REVISTA ELETRÔNICA DE JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

REVISTA OFICIAL DO TRIBUNAL DE
JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

VOLUME 14 – ANO 3

MARÇO E ABRIL 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 52

b) Agravos de Instrumento 59

c) Agravos Regimentais 148

d) Apelações 152

e) Embargos de Declaração 362

f) Embargos Infringentes 370

g) Mandados de Segurança 374

h) Reclamações 378

Seção de Direito Público:

a) Agravos de Instrumento 382

b) Agravos Regimentais 422

c) Apelações 424

d) Apelações/Reexames Necessários 539

e) Embargos de Declaração 552

f) Embargos Infringentes 560

g) Mandados de Segurança 563

3- Jurisprudência Criminal:

a) Agravos em Execução Penal 569

b) Apelações 572

c) Embargos de Declaração 662

d) *Habeas Corpus* 667

e) Procedimentos Investigatórios 683

f) Recursos em Sentido Estrito 684

4- Jurisprudência do Órgão Especial:

a) Ações Diretas de Inconstitucionalidade (Adin's) 692

b) Agravos Regimentais 760

c) Arguições de Inconstitucionalidade 781

d) Conflitos de Competência 803

5- Jurisprudência da Câmara Especial:

a) Agravos de Instrumento 825

b) Apelações 827

c) Apelações/Reexames Necessários 864

d) Conflitos de Competência 875

e) Conflitos de Jurisdição 878

f) *Habeas Corpus* 883

6- Conselho Superior da Magistratura 890

7- Noticiário 910

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. 14, mar./abr. 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
José Roberto NEVES AMORIM
Dimas BORELLI THOMAZ Júnior
JOÃO NEGRINI Filho
SÉRGIO RUI da Fonseca
Luiz Fernando SALLES ROSSI
Manoel de Queiroz PEREIRA CALÇAS
RICARDO Mair ANAFE
ÁLVARO Augusto dos PASSOS
Raymundo AMORIM CANTUÁRIA

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**
Desembargador RENATO GENZANI FILHO**

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
Desembargadora ANA MARIA ALONSO BALDY MOREIRA FARRAPO**
Desembargador MARIO CHIUVITE JÚNIOR*

4º GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO PRIVADO — QUARTA-FEIRA — PJ — 5º ANDAR — (SALA 509)

7ª Câmara de Direito Privado (sala 509 — 4ª feira — 9:30 horas — PJ)

Desembargador LUIZ ANTONIO SILVA COSTA
Desembargador MIGUEL ANGELO BRANDI JÚNIOR
Desembargador LUIS MARIO GALBETTI***
Desembargadora MARY GRÜN
Desembargador RÔMOLO RUSSO Júnior
Desembargador 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 LUCILA TOLEDO Pedroso de Barros
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 JONIZE SACCHI DE OLIVEIRA
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 TERCIO PIRES**
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 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**

16ª Câmara Extraordinária de Direito Privado

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

18ª Câmara Extraordinária de Direito Privado

Desembargador LUIZ EURICO Costa Ferrari***
Desembargador CESAR LACERDA
Desembargador José Henrique ARANTES THEODORO
Desembargador MARIO ANTONIO SILVEIRA
Desembargador João Carlos SÁ MOREIRA DE OLIVEIRA

19ª Câmara Extraordinária de Direito Privado

Desembargador Fernando MELO BUENO Filho***
Desembargador Reinaldo FELIPE FERREIRA
Desembargador Vicente Antonio MARCONDES D'ANGELO
Desembargador FLÁVIO ABRAMOVICI
Desembargador 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 (salas 211/213 — 4ª feira — 13:00 horas — PJ)

Desembargador OSVALDO José de OLIVEIRA
Desembargador VENICIO Antônio de Paula SALLES
Desembargador José Manoel RIBEIRO DE PAULA
Desembargador EDSON FERREIRA da Silva***
Desembargador JOSÉ LUIZ GERMANO
Desembargadora MARIA ISABEL CAPONERO COGAN**

13ª Câmara de Direito Público (salas 201/203 — 4ª feira — 9:30 horas — PJ)

Desembargador Augusto Francisco Mota FERRAZ DE ARRUDA
Desembargador RICARDO Mair ANAFE***
Desembargador Dimas BORELLI THOMAZ Júnior
Desembargador José Roberto de SOUZA MEIRELLES
Desembargadora FLORA MARIA NESI TOSSI SILVA
Desembargador DJALMA RUBENS LOFRANO FILHO**
Desembargador JULIO CESAR SPOLADORE DOMINGUEZ**

7º GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO PÚBLICO — QUINTA-FEIRA — PJ — (SALA 622)

14ª Câmara de Direito Público (salas 618/620/622 — 5ª feira — 13:30 horas — PJ)

Desembargador GERALDO Euclides Araujo XAVIER
Desembargador JOÃO ALBERTO PEZARINI
Desembargador OCTAVIO Augusto MACHADO DE BARROS Filho***
Desembargador HENRIQUE HARRIS JÚNIOR
Desembargadora MÔNICA de Almeida Magalhães SERRANO
Desembargador CLÁUDIO ANTONIO MARQUES DA SILVA**
Desembargadora SILVANA MALANDRINO MOLLO*

15ª Câmara de Direito Público (salas 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 (salas 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 (salas 201/203 — 3ª feira — 13:30 horas — PJ)

Desembargador LUIZ Alberto DE LORENZI
Desembargador CYRO Ricardo Saltini BONILHA***
Desembargador JOÃO NEGRINI Filho
Desembargador VALDECIR JOSÉ DO NASCIMENTO
Desembargador LUIZ FELIPE NOGUEIRA Júnior
Desembargador 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 (salas 201/203 — 3ª feira — 10:00 horas — PJ)

Desembargador ANTONIO José Martins MOLITERNO
Desembargador RICARDO GRACCHO
Desembargador ALBERTO GENTIL de Almeida Pedroso Neto
Desembargador ALDEMAR José Ferreira da SILVA***
Desembargador NELSON Paschoal BIAZZI Júnior
Desembargador 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 — (SALAS 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 (salas 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 (salas 201/203 — 2ª feira — 13:30 horas — PJ)

Desembargador PÉRICLES de Toledo PIZA Júnior
Desembargador MÁRCIO Orlando BARTOLI
Desembargador Luiz Antonio FIGUEIREDO GONÇALVES***
Desembargador Mário DEVIENNE FERRAZ
Desembargador IVO DE ALMEIDA
Desembargador SÉRGIO MAZINA MARTINS**

2ª Câmara de Direito Criminal (salas 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

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**
Desembargador JAIME FERREIRA MENINO**

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 (salas 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 (salas 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 (salas 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 (salas 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
Kenarik Boujikian
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
Kleber Leyser de Aquino
Angela Moreno Pacheco de Rezende Lopes
Renato Genzani Filho
Jaime Ferreira Menino

DOUTRINA

A Audiência de Custódia e a violação do Pacto de San José da Costa Rica

MARCELO ASSIZ RICCI

Juiz de Direito no Tribunal de Justiça de São Paulo

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. As origens do cargo de Delegado de Polícia. 3. Sistemas de investigação preliminar. 3.1. Investigação pelo Ministério Público (pelo órgão acusador). 3.2. Juizado de Instrução (investigação judicial). 3.3. A investigação coordenada pela Polícia - Inquérito Policial (sistema inglês). 3.4. O sistema de investigação criminal brasileiro. 3.5. A Exposição de Motivos do Código de Processo Penal. 4. Formas de incorporação dos tratados internacionais ao ordenamento jurídico brasileiro. 4.1. A incorporação legislativa. 4.2. A incorporação automática. 4.3. Alguns conceitos. 4.4. Ingresso dos tratados na ordem jurídica interna. 5. Conclusões.

1. Introdução.

No último mês de janeiro, o Conselho Nacional de Justiça anunciou o "Projeto Audiência de Custódia". O Tribunal de Justiça de São Paulo promulgou o Provimento Conjunto nº 03/2015, da Presidência do Tribunal de Justiça e da Corregedoria Geral de Justiça, como um projeto-piloto para implantação no Estado.

A principal inovação deste Provimento é estabelecer a apresentação da pessoa detida em flagrante delito ao Juiz competente em até 24 horas depois de

sua prisão.

O argumento fundamental para justificá-lo foi o atendimento à previsão do artigo 5º, item 7, do Pacto de San José da Costa Rica, cujo texto diz que "*toda pessoa presa, detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada por lei a exercer funções judiciais* (...)".

Este artigo tem por finalidade analisar o argumento de que a não realização da audiência de apresentação do preso ao Juiz, nos moldes do Provimento acima citado, implicava em violação da Convenção Interamericana de Direitos Humanos pelo Brasil.

Para cumprir esse propósito, analisar-se-á a evolução do cargo de Delegado de Polícia, os sistemas conhecidos de investigação preliminar, as formas de incorporação dos tratados na ordem jurídica interna e, finalmente, estabelecer algumas conclusões.

2. As origens do cargo de Delegado de Polícia

As raízes do cargo de Delegado de Polícia remontam ao período brevemente anterior à chegada da Corte Portuguesa ao Brasil.

Com o intuito de conter a criminalidade em Lisboa (difundida nos versos do cancioneiro popular: "*todas as noites se cometem tantas mortes e roubos, que, pelo hábito, já parecia que matar era cortesia e furtar modéstia*"), o Rei D. José I de Portugal cria o cargo de Intendente Geral da Polícia da Corte e do Reino, pelo Alvará de 25 de junho de 1760[1], que adotou como modelo a "*Lieutenance Générale de Police de Paris*".

Este modelo surgiu com o Decreto de 15 de março 1667, do Rei Luís XIV da França, que estabeleceu a criação de um cargo de Magistrado com competência exclusivamente de polícia, separado da função de Justiça contenciosa e distributiva, e equiparado às competências do Magistrado Civil e do Magistrado Criminal ("*le Lieutenant Civil et le Lieutenant Criminel*").

Acesso ao Sumário

1 Alvará, com força de Lei, em que se determina a Polícia da Corte, para conseguir a pública paz da mesma Corte e Reino (25 de junho de 1760), disponível em <http://www.fd.unl.pt/docentes_docs/ma/amh_MA_3848.pdf >, acesso em 23 de julho de 2.015.

Para fins da presente análise, as principais características da Intendência Geral da Polícia foram:

1) A separação entre a Justiça contenciosa e a Policia da Corte e do Reino;

2) A nomeação pelo Secretário de Estado dos Negócios Interiores do Reino (cargo semelhante ao atual Primeiro-Ministro);

3) Cargo com a graduação, autoridade, prerrogativas e privilégios de que gozavam os Desembargadores do Paço;

4) Jurisdição predominantemente criminal;

5) Os Corregedores e os Juízes do Crime estavam sob sua subordinação.

Para as Vilas e as Províncias, era possível a nomeação de representantes, chamados de Delegados e Subdelegados do Intendente ou da Intendência.

Ainda que se diga que "*o papel do Intendente Geral da Polícia separa-se desde daí do papel do juiz e passa a ser mais administrativo*"[2], é possível concluir, pela leitura de seu ato de criação, que foi conferida à instituição o exercício de funções judicantes. É importante ressaltar que a Teoria da Tripartição dos Poderes de Montesquieu havia sido elaborada há pouco mais de dez anos.

Com a fuga da Família Real Portuguesa para o Brasil, em março de 1.808, foi criada a Intendência Geral da Polícia da Corte e do Estado do Brasil pelo Alvará de 10 de maio de 1808[3], "*da mesma forma e com a mesma jurisdicção que tinha o de Portugal, segundo o Alvará da sua creação de 25 de junho de 1760, e do outro de declaração de 15 de janeiro de 1780*".

Deveria ser nomeado para o cargo de Intendente Geral da Policia da Corte e do Estado do Brasil um Desembargador do Paço, com status de Ministro de Estado.

Acesso ao Sumário

2 "Catástrofe e ordem pública: o terramoto de 1755 e a criação da Intendência-Geral da Polícia da Corte e do Reino", <http://www.academia.edu/1687126/Cat%C3%A1strofe_e_ordem_p%C3%BAblica_o_terramoto_de_1755_e_a_cria%C3%A7%C3%A3o_da_Intend%C3%AAncia-Geral_da_Pol%C3%ADcia_da_Corte_e_do_Reino>, acesso em 23 de julho de 2.015

3 Alvará de 10 de maio de 1808, disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_25/alvar100502.htm>, acesso em 23 de julho de 2.015.

Segundo Franco Perazzoni[4], "*o intendente podia autorizar outra pessoa a representá-lo nas províncias, surgindo desta atribuição o uso do termo "delegado" no Brasil. Este "delegado" exercia, contemporaneamente, funções típicas de autoridade policial (tanto administrativa como investigativa) e judiciais*".

Com a promulgação da Constituição do Império de 1.824, em atendimento a seu artigo 162, a Lei de 15 de outubro de 1827 criou a figura do Juiz de Paz, para "*cada umas das freguezias e das capellas filiaes curadas*", mediante eleições. Dentre suas competências, previstas no artigo 5º, a lei lhe conferia poderes de investigação criminal (§§ 7º, 8º, 9º, 10º).

A Lei de 6 de junho de 1831 torna mais nítida sua natureza policial, pois confere ao Juiz de Paz a "*punição de todos os crimes de Polícia*" (artigo 5º), "*autoridade cumulativa (...) sobre os crimes policiaes*" (equiparados à atuais contravenções penais), e "*a nomeação de Delegados em seus distritos*" (artigo 6º).

O Código do Processo Criminal de 1832 passou a prever (artigo 6º), nas cidades populosas, a figura do Chefe de Polícia, a ser exercido por um dos Juízes de Direito do local, cargo privativo de bacharel em Direito (artigo 44). Ou seja, estruturava a polícia como um órgão do Poder Judiciário. Sua criação acarretou a extinção do cargo de Intendente Geral da Polícia e do Delegado do Juiz de Paz.

É importante mencionar que o Decreto de 29 de março de 1833, ao regular o cargo de Chefe de Polícia, estabeleceu sua ascendência sobre o Juiz de Paz, que devia lhe participar "*os acontecimentos extraordinarios, que interessem á segurança e tranquilidade publica, e quaesquer outros, que demandem promptas providencias, informando-o da existencia de quaesquer ajuntamentos illicitos, ou em que houver perigo de desordem*" (artigo 2º).

Acesso ao Sumário

A figura do Delegado de Polícia, como conhecemos nos moldes atuais, começou a se desenhar com a reforma do Código de Processo Criminal pela Lei 261, de 03 de dezembro de 1841. Esta norma previu a estruturação da polícia

4 "Origens e Evolução Histórica do Cargo de Delegado de Polícia no Brasil", disponível em <http://sindepol.com.br/site/artigos/origens-e-evolucao-historica-do-cardo-de-delegado-de-policia-no-brasil.html>, acesso em 23 de julho de 2.015.

em Chefe de Polícia, Delegados e Subdelegados. Manteve a escolha do primeiro entre os Desembargadores e Juízes de Direito (bacharéis em Direito, na forma do artigo 24).

O Regulamento nº 120, de 31 de janeiro de 1842, que regulou a execução da parte policial e criminal da Lei nº 261 de 3 de dezembro de 1841, pela primeira vez fez a distinção entre polícia administrativa e polícia judiciária. Destaque-se o seu artigo 26, que estabeleceu que os Delegados deveriam ser propostos "*d'entre os Juizes Municipaes, de Paz, Bachareis formados, ou outros quaesquer Cidadãos*". Ou seja, preferencialmente entre os bacharéis em Direito.

Este regulamento, ainda, atribuía à Polícia e aos Juízes Municipais o procedimento de formação de culpa (artigo 262), instrumento preparatório para a acusação criminal, que fornecia ao Juiz de Direito os elementos para se conhecer a existência, a natureza e as circunstâncias do delito, assim como seu autor. A formação de culpa pode ser considerada a precursora do inquérito policial.

A Lei nº 2.033, de 20 de setembro de 1871, que alterou disposições da Legislação Judiciaria, e foi regulada pelo Decreto nº 4.824, de 22 de novembro de 1871, manteve a nomeação do Chefe de Polícia entre os Magistrados, doutores ou bacharéis de Direito.

Promoveu-se a separação entre Polícia e Justiça, ao se estabelecer que o Magistrado que exercesse o cargo de Chefe de Polícia não gozaria dos mesmos predicamentos da Magistratura, apesar de se manter na respectiva lista de antiguidade.

Restringiu a atribuição dos Chefes, Delegados e Subdelegados de Polícia ao preparo dos processos crimes, procedendo as diligências necessárias para descobrimento dos fatos criminosos e suas circunstâncias. A formação de culpa passou a ser instrumentalizada pelo inquérito policial, criado pelo Decreto nº 4.824, de 22 de novembro de 1871, e regulado em seus artigos 38 a 44.

É digno de nota que a Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 24 de fevereiro de 1891, em seu artigo 34, parágrafo 23, possibilitou aos Estados legislar sobre Processo Penal.

Acesso ao Sumário

A Lei Estadual nº 979, de 20 de dezembro de 1905, que reorganizou o Serviço Policial no Estado de São Paulo, estabeleceu que os cargos de Delegado de Polícia de primeira, segunda e terceira classes eram privativos de bacharéis em Direito, e que tinham preferência no preenchimento dos cargos de quarta e quinta classes.

Finalmente, a Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 16 de julho de 1934, devolveu à União a competência privativa para legislar sobre direito processual, em seu artigo 5, inciso XIX.

Em razão desta previsão constitucional, foi promulgado o Decreto-Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941 - o Código de Processo Penal em vigor -, que confere à Autoridade Policial a presidência do Inquérito Policial, peça destinada à apuração das infrações penais e da sua autoria.

É importante salientar que a atividade policial, especialmente a Polícia Judiciária, entendida como a função investigativa de apurar a existência e a materialidade das infrações penais e a respectiva autoria, surgiu como um desdobramento da atividade judicante, em razão da necessidade de se separar as funções de Polícia e de Justiça.

No Brasil, surgiu e se desenvolveu a figura do Delegado de Polícia, cargo privativo de bacharel em Direito, cuja função é considerada de natureza jurídica. Exerce cargo de autoridade.

Nos dizeres de Hélio Bastos Tornarghi[5], "*a autoridade, dentro de sua esfera de atribuições, não pede, manda*". As autoridades "*exercem em nome próprio o poder de Estado. Tomam decisões, impõem regras, dão ordens, restringem bens jurídicos e direitos individuais, tudo dentro dos limites traçados por lei*"

Esses conceitos serão importantes quando se analisar o sistema de investigação criminal que prevalece em nosso ordenamento jurídico e a natureza jurídica da prisão cautelar, em especial a prisão em flagrante delito.

Acesso ao Sumário

5 "Conceito de Autoridade Policial", disponível em <http://www.adepolrj.com.br/portal2/Noticias.asp?id=12305>, acesso em 23 de julho de 2.015.

3. Sistemas de investigação preliminar

É possível encontrar no Direito Romano as raízes de um procedimento destinado a apurar a existência e a materialidade de uma infração penal, e a respectiva autoria, preparatório a uma acusação criminal.

Franco Perrazoli[6] destaca que a investigação criminal "*possui natureza jurídica complexa, pois pode ser composta por atos administrativos e/ou jurisdicionais*".

O órgão encarregado pela condução das investigações criminais (Poder Judiciário, Ministério Público ou Polícia) é quem determinará a natureza jurídica (judicial ou administrativa) do procedimento investigativo.

Destacam-se três sistemas de investigação preliminar.

3.1. Investigação pelo Ministério Público (pelo órgão acusador)

Este sistema, também é conhecido como continental europeu, é adotado pela maioria dos países da Europa.

Como o nome sugere, o órgão do Ministério Público é o titular da investigação criminal. A apuração das infrações penais pode ser feita diretamente ou por intermédio da Polícia Judiciária, que atuará sob sua subordinação, semelhante ao sistema de investigação judicial.

Ao Ministério Público competirá, via de regra, o recebimento da "*notitia criminis*" e a instauração do procedimento de investigação, a determinação de diligências cautelares reais (busca e apreensão, interceptação telefônica, perícias) e o interrogatório do investigado, dentre outras.

Aury Lopes Júnior (2006) aponta que nesse sistema, via de regra, as medidas que limitam direitos fundamentais são submetidas ao crivo judicial.

Acesso ao Sumário

6 Ibid

3.2. Juizado de Instrução (investigação judicial)

os países que adotam o sistema da investigação preliminar judicial, o chamado Juiz Instrutor (ou Investigador) é o seu respectivo titular. A Polícia lhe é subordinada, desempenhando o papel de órgão auxiliar e executor das ordens emanadas para a elucidação da materialidade, das circunstâncias e da autoria do delito.

Cabe ao Juiz Instrutor conduzir a linha de investigação, determinar as diligências que entender necessárias para a colheita de elementos para a formação da convicção acerca da "*opinio delicti*", decidir pelas medidas cautelares de natureza real ou pessoal (prisão e liberdade provisória) e realizar o interrogatório.

É importante salientar que o Juiz Instrutor não está vinculado ao Ministério Público, nem à defesa, ainda que se permita a estes o requerimento de diligências. Nos países que adotam este sistema, o Juiz que conduz a apuração dos delitos não é o mesmo que conduz a instrução criminal.

3.3. A investigação coordenada pela Polícia - Inquérito Policial (sistema inglês)

Dentre os sistemas reconhecidos pela doutrina, método inglês de investigação criminal é apontado como o mais próximo ao sistema vigente no ordenamento jurídico brasileiro, razão pela qual o tema merece um maior aprofundamento.

Acesso ao Sumário

No Século XVIII, não havia uma força policial ou um serviço de acusação criminal públicos na Inglaterra. A aplicação da lei criminal era um problema dos particulares.

A força policial inglesa sob o comando do Estado foi criada por legislações dentre 1829 a 1856. Elas eram organizadas localmente e não estavam sob o controle direto do Governo Central, exceto a Polícia da região metropolitana de Londres. Não existia a figura do Promotor Público ("*public prosecutor*"). Os capturados eram acusados pela própria Polícia, que agia como

um particular, não como um agente do Estado.

Em 1879, foi criado o "*Director of Public Prosecutions*" (DPP), que não tratava diretamente das acusações criminais, mas exercia o papel de guia e de conselheiro da Polícia.

As acusações eram apresentadas aos Tribunais por oficiais de Polícia. Algumas forças policiais usavam advogados ("solicitators") para apresentá-las, cuja atuação não era marcada pela independência, mas como uma relação contratual comum entre profissional e cliente.

Anteriormente, a fase de julgamento era o centro do procedimento criminal na Inglaterra. A profissionalização da Polícia acarretou no surgimento da importante fase do "pré-julgamento", e sua regulamentação se fez necessária.

Quando a investigação e a persecução criminal eram conferidas aos cidadãos, a lei lhes previa alguns poderes de coerção. Esses poderes, na prática, tornaram-se insuficientes para a Polícia, acarretando a produção sistemática de excessos. Em razão disso, o Parlamento Inglês aprovou, em 1984, o "*Police and Criminal Evidence Act*", que codificou, especificou e estendeu os poderes da Polícia.

Em 1985, foi criado o "*Crown Prosecution Service*" (CPS - Serviço de Acusação da Coroa), que atuava sob as ordens do DPP (nomeado pelo "*Attorney General*", o Ministro do Parlamento responsável pelo CPS). Sua função era receber as acusações apresentadas pela Polícia ao Tribunal, para dar-lhes seqüência ou arquivá-las, aproximando o sistema inglês do sistema continental, existente no resto da Europa.

A Polícia chegou a manter o poder de dar início à persecução penal, com a apresentação das acusações diretamente ao Tribunal. Em 2001, essa atribuição foi transferida ao CPS.

O sistema inglês não confere ao Serviço de Acusação da Coroa poderes para interferir no trabalho de direção e condução das investigações, cuja atribuição é da Polícia.

Acesso ao Sumário

3.4. O sistema de investigação criminal brasileiro

O presente tópico não tem por objetivo estabelecer uma análise do Inquérito Policial, mas buscar algumas distinções entre o sistema inglês e o nosso sistema de investigação criminal.

A primeira, que a Polícia inglesa, até pouco tempo, podia avaliar o resultado de suas investigações e apresentar a acusação diretamente ao Poder Judiciário. O órgão responsável pela acusação (cuja criação é recente, à luz dos demais ordenamentos) não tem poderes para interferir no trabalho policial.

Como observa Fauzi Hassan Choukr (2006), as reformas nesse sistema tendem a colocar a Polícia como órgão auxiliar do titular da acusação criminal.

A segunda, que o ordenamento jurídico brasileiro prevê que o cargo de Autoridade Policial é privativo de bacharel em Direito, diferenciando-o das demais figuras de agentes policiais conhecidas no mundo, tornando-o personagem única no Direito Comparado, e aproximando-o das Autoridades (Juiz Instrutor ou Ministério Público) que presidem a investigação preliminar criminal nos demais sistemas.

3.5. A Exposição de Motivos do Código de Processo Penal

Por fim, em razão de seus argumentos ainda permanecerem válidos na atualidade, cabe trazer à baila o item IV da Exposição de Motivos do Código de Processo Penal de 1941, de autoria do Ministro da Justiça Francisco Campos, que faz observações sobre a dificuldade da implementação do sistema do Juízo de Instrução em um país com dimensões continentais:

> *"Foi mantido o inquérito policial como processo preliminar ou preparatório da ação penal, guardadas as suas características atuais. O ponderado exame da realidade brasileira, que não é apenas a dos centros urbanos, senão também a dos remotos distritos das comarcas do interior, desaconselha o repúdio do sistema vigente.*
>
> *O preconizado **juízo de instrução**, que importaria limitar a função da autoridade policial a prender criminosos, averiguar a materialidade dos*

Acesso ao Sumário

crimes e ***indicar*** *testemunhas, só é praticável sob a condição de que as distâncias dentro do seu território de jurisdição sejam fácil e rapidamente superáveis. Para atuar proficuamente em comarcas extensas, e posto que deva ser excluída a hipótese de criação de juizados de instrução em cada sede do distrito, seria preciso que o juiz instrutor possuísse o dom da ubiquidade. De outro modo, não se compreende como poderia presidir a todos os processos nos pontos diversos da sua zona de jurisdição, a grande distância uns dos outros e da sede da comarca, demandando, muitas vezes, com os morosos meios de condução ainda praticados na maior parte do nosso* ***hinterland****, vários dias de viagem, seria imprescindível, na prática, a quebra do sistema: nas capitais e nas sedes de comarca em geral, a imediata intervenção do juiz instrutor, ou a* ***instrução única****; nos distritos longínquos, a continuação do sistema atual. Não cabe, aqui, discutir as proclamadas vantagens do juízo de instrução.*

Preliminarmente, a sua adoção entre nós, na atualidade, seria incompatível com o critério de unidade da lei processual. Mesmo, porém, abstraída essa consideração, há em favor do inquérito policial, como instrução provisória antecedendo a propositura da ação penal, um argumento dificilmente contestável: é ele uma garantia contra apressados e errôneos juízos, formados quando ainda persiste a trepidação moral causada pelo crime ou antes que seja possível uma exata visão de conjunto dos fatos, nas suas circunstâncias objetivas e subjetivas. Por mais perspicaz e circunspeta, a autoridade que dirige a investigação inicial, quando ainda perdura o alarma provocado pelo crime, está sujeita a equívocos ou falsos juízos ***a priori****, ou a sugestões tendenciosas. Não raro, é preciso voltar atrás, refazer tudo, para que a investigação se oriente no rumo certo, até então despercebido. Por que, então, abolir-se o inquérito preliminar ou instrução provisória, expondo-se a justiça criminal aos azares do* ***detetivismo****, às marchas e contramarchas de uma instrução imediata e única? Pode ser mais expedito o sistema de unidade de instrução, mas o nosso sistema tradicional, com o inquérito preparatório, assegura uma justiça menos aleatória, mais prudente e serena."* (destaque no original)

Acesso ao Sumário

4. Formas de incorporação dos tratados internacionais ao ordenamento jurídico brasileiro

Conforme a definição trazida pela Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados (artigo 2º), podemos definir o tratado como a celebração escrita firmada por sujeitos de Direito Internacional (Estados ou organizações internacionais), e em observância às regras deste ramo do Direito.

Do processo de formação dos tratados, é importante destacar as seguintes etapas:

1) A assinatura pelo Chefe do Poder Executivo. Consiste na mera manifestação de consentimento com relação à forma e ao conteúdo do tratado;

2) A apreciação e aprovação pelo Poder Legislativo;

3) A ratificação pelo Chefe do Poder Executivo. Trata-se do ato em que o Estado se compromete ao cumprimento do tratado na ordem interna e externa.

A doutrina destaca duas teorias para a incorporação dos tratados na ordem jurídica interna.

4.1. A incorporação legislativa.

É também chamada de teoria dualista (de Karl Heinrich Triepel). Não basta sua ratificação para tornar o tratado um ato normativo apto a produzir efeitos na ordem jurídica interna. É necessário que se produza um ato legislativo distinto, previsto no direito interno do sistema jurídico do Estado que o aderiu, para recepcioná-lo e introduzi-lo no seio doméstico.

Acesso ao Sumário

A submissão de um Estado a um tratado internacional depende da vontade conjugada de seus Poderes Executivo e Legislativo. Este a expressa com a aprovação mediante Decreto Legislativo, enquanto aquele a expressa, na ordem externa, em primeiro momento, mediante a assinatura e, em segundo momento, mediante a ratificação, após a aprovação legislativa; finalmente, a seguir, na ordem interna, mediante a promulgação de Decreto Presidencial.

4.2. A incorporação automática.

É também chamada de teoria monista (de Hans Kelsen). Basta a sua ratificação para que o tratado passe a produzir efeitos na ordem jurídica interna.

4.3. Alguns conceitos.

Antes de se avançar com a presente análise, é importante trazer à memória dois conceitos considerados imprescindíveis à compreensão dos aspectos que serão a seguir abordados.

O primeiro, de soberania.

Segundo Marcelo Caetano, citado por José Afonso da Silva (2007), soberania é "*poder político supremo e independente*". Supremo porque "*não está limitado por nenhum outro na ordem interna*". Independente porque, "*na ordem internacional, não tem de acatar regras que não sejam voluntariamente aceitas e está em pé de igualdade com os poderes supremos de outros povos*".

O segundo, de poder constituinte.

Para fins desta exposição, podemos conceituá-lo como o poder inerente a um povo para instituir uma nova ordem, traduzida por um documento (constituição) que subordinará os atos normativos subsequentes. Sob outro aspecto, pode-se dizer que é o poder de criar, reformar ou modificar uma Constituição (o documento supremo de um Estado). Seu titular é o povo, que confere seu exercício ao legislador.

Acesso ao Sumário

4.4. Ingresso dos tratados na ordem jurídica interna.

Segundo parte (significantemente influente, senão majoritária) da doutrina, os tratados internacionais de direitos humanos ingressariam na ordem jurídica interna com status constitucional.

Esse entendimento se extrai da interpretação do artigo 5º, parágrafo 2º, da Constituição Federal: "*Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados,*

ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte".

Uma outra parcela dos doutrinadores que sustentam esse entendimento defende, ainda, que os tratados de direitos humanos ingressariam na ordem jurídica interna independente de ato normativo do Poder Executivo que confirmaria a ratificação do tratado.

Ou seja, quando se referir a tratados internacionais de Direitos Humanos, sua respectiva incorporação deveria ser feita conforme a teoria monista de Kelsen.

Não me parece que esta seja a melhor interpretação.

Vejamos.

Não se vislumbra que tenha sido a intenção do povo, expressada pelos legisladores que exerceram o Poder Constituinte Originário, traduzido pela Constituição promulgada em 05 de outubro de 1.988, conceder status constitucional a um ato normativo alienígena que viesse a ingressar no sistema jurídico interno, independentemente de sua natureza material (e sobre norma materialmente constitucional, um apontamento merece ser feito a seguir).

Especificamente sobre o Pacto de San José da Costa Rica, seu ingresso na ordem jurídica interna ocorreu por força do Decreto Presidencial n° 678, de 6 de novembro de 1992.

O STF foi suscitado a enfrentar a questão, na Ação Direta de Inconstitucionalidade 1480-3, do Distrito Federal, cujo Relator foi o Ministro Celso de Melo, a respeito de artigos da Convenção da Organização Internacional do Trabalho nº 158 que conflitavam com dispositivos da Constituição Federal.

Acesso ao Sumário

Na ocasião, entendeu-se que os tratados internacionais, além da necessidade de promulgação de Decreto Presidencial para o ingresso válido na ordem jurídica interna, consagrando-se a teoria dualista de incorporação de tratados, tinham a mesma posição hierárquica que a lei ordinária.

Para sustentar o argumento de que os tratados internacionais de Direitos Humanos ingressam na ordem jurídica interna com status constitucional, poder-

se-ia ainda alegar que o caso tratado pela Suprema Corte, acima mencionado, não se tratava de matéria de regulamentada pelo artigo 5º, da Carta Magna - alegação que, de antemão, não nos parece razoável.

No entanto, a questão também foi enfrentada diretamente pela Suprema Corte no julgamento do HC 72.131-1 RJ, em que se questionava a constitucionalidade de prisão civil por dívida do depositário infiel em alienação fiduciária em garantia, em razão do disposto no artigo 7º, parágrafo 7º, do Pacto de San José da Costa Rica.

É importante destacar, para fins da presente análise, que na decisão em apreço se reiterou o entendimento de que o tratado internacional - neste caso, sobre direitos humanos - ingressava na ordem jurídica interna como lei ordinária.

Não obstante, outro argumento em que se sustenta a tese do ingresso dos tratados internacionais de Direitos Humanos na ordem interna com status constitucional, além do já citado parágrafo 2º, do artigo 5º, da Constituição Federal, é o princípio da "*máxima eficácia das normas constitucionais*", formulado por Jorge Miranda (1996).

Segundo este jurista:

> "*Deve assentar-se no postulado de que todas as normas constitucionais são verdadeiras normas jurídicas e desempenham uma função útil no ordenamento. A nenhuma pode dar-se uma interpretação que lhe retire ou diminua a razão de ser. Mais: a uma norma fundamental tem de ser atribuído o sentido que mais eficácia lhe dê; a cada norma constitucional é preciso conferir, ligada a todas as outras normas, o máximo de capacidade de regulamentação. Interpretar a Constituição é ainda realizar a Constituição*".

No entanto, parece-me equivocada esta conclusão.

Não se vislumbra que, em razão da redação do artigo 5º, parágrafo 2º, da Constituição Federal estabelecer uma norma aberta, com a possibilidade de reconhecimento de outros direitos fundamentais que não elencados neste

Acesso ao Sumário

dispositivo constitucional, a máxima eficácia da norma somente seria alcançada, não apenas com a incorporação automática do tratado internacional de Direitos Humanos na ordem interna, mas com seu ingresso com status constitucional.

É importante apontar que o artigo 153, parágrafo 36, da Constituição de 24 de janeiro de 1.967, com redação dada pela Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969 ("*A especificação dos direitos e garantias expressos nesta Constituição não exclui outros direitos e garantias decorrentes do regime e dos princípios que ela adota"*), trazia dispositivo com redação semelhante, exceto no que diz respeito aos tratados internacionais.

É forçoso reconhecer que dispositivo com redação semelhante leva à mesma ordem de raciocínio.

No entanto, parece-me que esta disposição nunca levou ao reconhecimento automático da hierarquia constitucional dos direitos e garantias posteriormente consagrados, exceto se obedecessem ao processo legislativo pertinente.

É importante destacar a redação da Emenda Constitucional 45, de 30 de dezembro de 2004, que acrescentou o parágrafo 3º ao artigo 5º, da Constituição Federal ("*Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais"*).

Este dispositivo reforça a idéia de que não era a intenção do legislador, na época da promulgação da Constituição Federal, que o ingresso dos tratados internacionais de Direitos Humanos na ordem interna se desse com status constitucional.

Acesso ao Sumário

Ao contrário do que tenta fazer crer entendimento diverso, parece-me muito claro, com mais razão, que os tratados internacionais de Direitos Humanos somente ingressam na ordem jurídica interna com status constitucional se obedecerem ao mesmo processo legislativo para promulgação de uma emenda à Constituição.

Também não se afigura adequado entendimento de que a Emenda Constitucional 45 autoriza e realça a conclusão de que os tratados que anteriormente ingressaram na ordem jurídica interna teriam status constitucional. Um ato normativo, via de regra, produz efeitos para o futuro, sob pena de se gerar insegurança jurídica.

Vislumbra-se possível, caso seja esta a intenção, submeter o tratado internacional de Direitos Humanos ratificados antes da promulgação da Emenda em discussão ao quórum qualificado para que ele seja erigido à hierarquia constitucional.

Sob outro aspecto, deve-se ter muito cuidado em apontar, de maneira incisiva, a natureza materialmente constitucional dos direitos fundamentais, outro dos argumentos a sustentar a tese de incorporação automática dos tratados internacionais de Direitos Humanos com hierarquia constitucional. Ainda que haja um consenso que sejam direitos que devam ser universalmente tutelados.

José Joaquim Gomes Canotilho, *apud* Flávia Piovesan (2008), ao tratar do tema, admite que, "*o conteúdo da Constituição varia de época para época e de país para país e, por isso, é correto afirmar que não há reserva de Constituição no sentido de que certas matérias têm necessariamente que ser incorporadas na constituição pelo Poder Constituinte*".

Por outro lado, já na vigência da nova ordem constitucional, no julgamento do Recurso Extraordinário 466.343 SP, o Ministro Gilmar Mendes, em seu voto, exteriorizou o entendimento de que os tratados internacionais de Direitos Humanos ingressariam na ordem interna não com status constitucional, mas supralegal.

Esta parece ser a exegese mais adequada, não apenas à luz de todo o retro exposto, mas também em consonância com o disposto no artigo 27 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, concluída em 23 de maio de 1969, promulgado no Brasil pelo Decreto Presidencial nº 7.030, de 14 de dezembro de 2009 ("*uma parte não pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado"*).

Em outras palavras, com este entendimento é possível conciliar a

Acesso ao Sumário

obrigação do Estado perante a ordem externa com preservação de sua soberania. Também preserva a supremacia da Constituição perante a ordem interna.

O risco de se reconhecer o ingresso automático dos tratados internacionais de direitos humanos na ordem jurídica interna com caráter constitucional, buscando-se fundamento de validade no artigo 5º, parágrafo 2º, da Constituição Federal, é acarretar na admissão de seu ingresso neste sistema como cláusula pétrea.

Consequentemente, a sua reforma somente seria possível com a promulgação de uma nova Constituição - decorrência do Poder Constituinte Originário -, pois tratar-se-ia de uma norma da qual não seria possível a reforma, nos termos do artigo 60, parágrafo 4º, inciso IV, da Constituição Federal.

Por conseguinte, por coerência lógica, uma vez vigente como norma constitucional - e mais, como cláusula pétrea -, eventual denúncia do tratado não surtiria o efeito natural na ordem interna.

Esta linha de argumentação acarreta por reconhecer que os Estados estariam a reconhecer a supremacia do Direito Internacional e, por conseguinte, a ceder parcela significativa de suas soberanias a esta ordem supranacional.

É importante ressaltar que, nas relações internacionais, o Brasil rege-se pelo princípio da prevalência dos direitos humanos, mas, com a mesma relevância, também pelo princípio da autodeterminação dos povos (artigo 4º, incisos II e III, da Constituição Federal). Ou seja, respeita-se a soberania alheia. Com maior razão, deve-se zelar a própria soberania.

Acesso ao Sumário

Vivemos um momento em que se discute o poder de autodeterminação dos povos europeus, em razão da crise econômica grega e da dificuldade em se tomar decisões unilaterais sem afetar os demais Estados membros da União Europeia, em razão do Tratado de Maastricht[7].

É certo que não se trata, especificamente, de um tratado internacional de Direitos Humanos. Porém, a conjuntura europeia é um vivo exemplo de que não se afigura prudente abrir mão da soberania em favor de um ordenamento

7 "A Europa, há poucos anos", <http://observador.pt/opiniao/a-europa-ha-poucos-anos/>, acesso em 23 de julho de 2015.

supranacional.

Por fim, vislumbra-se como mais adequada a adoção de um tratamento uniforme para a incorporação de tratados internacionais ao ordenamento jurídico pátrio, e não um regime especial para os tratados internacionais de direitos humanos.

Para ser minimamente sustentável doutrinariamente, a defesa desta tese acarreta uma série de problemas, inconsistências e soluções inusitadas, tanto de ordem teórica como de ordem prática.

5. Conclusões

Dado o rumo que o debate a respeito desse tema tomou - caótico, desorganizado, sem critério, com alguns intérpretes do instituto permeando com argumentos estranhos à ciência jurídica e, afinal, sem se chegar a alguma conclusão satisfatória -, imperiosa se fez a investigação de vários seus conceitos, suas origens e suas finalidades.

Somente assim para que as idéias sejam colocadas em boa ordem, seguindo a boa lógica e disciplina e, assim, permitir que os homens se orientem e se dirijam no tempo e no espaço.

Passemos, portanto, a estabelecer algumas conclusões.

O artigo 7º, item 5, do Pacto de San José da Costa Rica diz que, "*Toda pessoa presa, detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada por lei a exercer funções judiciais*".

Conforme preceitua o artigo 301, do Código de Processo Penal, "*qualquer do povo poderá e as autoridades policiais e seus agentes deverão prender quem quer que seja encontrado em flagrante delito*".

Uma vez detido, "[será] *apresentado o preso à autoridade competente*". "*Resultando das respostas fundada a suspeita contra o conduzido, a autoridade mandará recolhê-lo à prisão*" - Artigo 304, caput e parágrafo 1º, do Código de Processo Penal.

Acesso ao Sumário

Primeiramente, cabe estabelecer qual é a natureza jurídica da prisão em flagrante.

Ela é uma espécie de prisão cautelar - ou processual. Uma medida cautelar tem por finalidade garantir a efetividade do processo principal. Ou seja, não se destina a discutir a questão de fundo - o mérito, ou o chamado bem da vida - mas tem caráter instrumental: visa a amenizar ou a eliminar o risco à efetividade do provimento principal acarretado por um fato qualquer.

É possível se afirmar, com tranquilidade, que a prisão cautelar tem natureza jurisdicional.

Conforme já analisado, o Delegado de Polícia é figura única nos sistemas de investigação criminal no Direito Comparado. Sua origem remonta à possibilidade de representação conferida pelo Intendente Geral da Policia da Corte e do Estado do Brasil, cargo exercido por um Desembargador do Paço, a pessoas autorizadas a exercer, nas províncias, funções de investigação criminal.

Conforme sua origem histórica, reforçada pela disposição do artigo 2º, parágrafo 6º, da Lei 12.830/2013, o cargo de Delegado de Polícia é exclusivo de bacharel em Direito, para o exercício de função com natureza técnico-jurídica.

Quando a pessoa detida lhe é apresentada, nos termos do já citado artigo 304, parágrafo 1º, do Código de Processo Penal, a Autoridade Policial não se limita à mera materialização da prisão que lhe é comunicada e conduzida pelo agente policial.

O Delegado de Polícia exerce juízo de valor. Avalia se, efetivamente, é caso de manutenção - momento em que vai ratificá-la - ou não - momento em que vai relaxá-la - da prisão em flagrante.

Trata-se de verdadeira concessão, ainda que de forma restrita, de parcela da função jurisdicional a outra Autoridade que não o Juiz de Direito.

Portanto, verifica-se que é perfeitamente possível apontar que a figura do Delegado de Polícia se enquadra na definição de "*outra autoridade autorizada por lei a exercer funções judiciais"*, prevista no artigo 7º, item 5, da Convenção Interamericana de Direitos Humanos.

Comumente, para sustentar que o Brasil descumpre o tratado acima mencionado, cita-se que a Corte Interamericana de Direitos Humanos, em reiterados julgamentos acerca do dispositivo em discussão, interpreta como Autoridade habilitada a exercer função judicial o funcionário público investido de jurisdição.

No entanto, conforme se tenta demonstrar nesta análise, verifica-se que essa seja exatamente a hipótese do ordenamento jurídico pátrio.

A lei confere, claramente, a outra Autoridade (oportuno, neste momento, relembrar o conceito dado por Hélio Bastos Tornaghi, já citado neste estudo) a prática – ainda que para um único ato – de função judicial, quando prevê a realização de juízo de valor acerca da prisão em flagrante, espécie de prisão cautelar, pelo Delegado de Polícia, cargo ocupado privativamente por bacharel em Direito.

Há quem diga que o Delegado de Polícia não se adequa o conceito de "*outra autoridade*", pois não atende ao disposto no artigo 8º, item 1, do Pacto de San José da Costa Rica, que prevê que a liberdade da pessoa deve ser apreciada por quem exerce as funções julgadoras com as garantias de imparcialidade e independência.

No entanto, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, no documento "*Garantías para la independencia de las y los operadores de justicia. Hacia el fortalecimiento del acceso a la justicia y el estado de derecho en las américas*"[8], de 05 de dezembro de 2.013, no parágrafo 195, reconhece a possibilidade de apreciação de questões acerca de prisões por órgãos não jurisdicionais:

> *...195. Al respecto, la CIDH reitera que el derecho de toda persona a ser oída, en cualquier proceso, por un juez competente, independiente e imparcial se encuentra recogido como un componente del debido proceso reconocido en el artículo 8.1 de la Convención Americana y XXVI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.*

8 "Garantías para la independencia de las y los operadores de justicia. Hacia el fortalecimiento del acceso a la justicia y el estado de derecho en las américas", <https://www.oas.org/es/cidh/defensores/docs/pdf/Operadores-de-Justicia-2013.pdf>, acesso em 25 de julho de 2.015

> *Dichas garantías deben ser observadas en cualquier órgano del Estado que ejerza funciones de carácter materialmente jurisdiccional, es decir, cualquier autoridad pública, sea administrativa, legislativa o judicial, que decida sobre los derechos o intereses de las personas a través de sus resoluciones.*

É importante destacar o caso Vélez Loor vs. Panamá[9], em sentença de 23 de novembro de 2010, em que a Corte Interamericana entendeu de que a prisão pode ser apreciada por órgão administrativo, desde que cercado das garantias de imparcialidade e independência:

> *108. Este Tribunal considera que, para satisfacer la garantía establecida en el artículo 7.5 de la Convención en materia migratoria, la legislación interna debe asegurar que el funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones jurisdiccionales cumpla con las características de imparcialidad e independencia que deben regir a todo órgano encargado de determinar derechos y obligaciones de las personas. En este sentido, el Tribunal ya ha establecido que dichas características no solo deben corresponder a los órganos estrictamente jurisdiccionales, sino que las disposiciones del artículo 8.1 de la Convención se aplican también a las decisiones de órganos administrativos. Toda vez que en relación con esta garantía corresponde al funcionario la tarea de prevenir o hacer cesar las detenciones ilegales o arbitrarias, es imprescindible que dicho funcionario esté facultado para poner en libertad a la persona si su detención es ilegal o arbitraria.*

Também merece ser mencionado o caso Palamara Iribarne vs. Chile[10], em sentença de 22 de novembro de 2005:

> *191 g) si una detención es llevada a cabo por una persona que no es juez, esta debe cumplir con tres requisitos: estar autorizado por ley para ejercer funciones jurisdiccionales, cumplir con la garantía de independencia e imparcialidad y tener la facultad de revisar los motivos de la detención de una persona y, de ser el caso, decretar su libertad. El fiscal naval*

Acesso ao Sumário

9 "Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Vélez Loor vs. Panamá, sentencia de 23 de noviembre de 2010", < http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_218_esp2.pdf>, acesso em 25 de julho de 2015.

10 "Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Palamara Iribarne vs. Chile, sentencia de 22 de noviembre de 2005", < http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_218_esp2.pdf>, acesso em 25 de julho de 2.015

que ordenó la detención del señor Palamara estaba autorizado por ley para cumplir funciones jurisdiccionales y tenía la facultad de decretar la libertad de la persona. Sin embargo, no era independiente e imparcial;

Pode se extrair as garantias de independência e imparcialidade da Autoridade Policial dos parágrafos 4º[11], 5º[12] e 6º[13], do artigo 2º, da Lei 12.830, de junho de 2.013, que dispõe sobre a investigação criminal conduzida pelo Delegado de Polícia.

Não obstante, independente da teoria a respeito da forma de ingresso dos tratados no ordenamento jurídico doméstico, cabe apreciar se o dispositivo do Pacto de San José da Costa Rica em análise é autoaplicável.

Não são necessárias grandes digressões para se perceber que os termos e conceitos dele trazidos, e especialmente o procedimento a ser realizado para a perfeita concretização da norma, que não desce a minúcias, precisam de melhor esclarecimento, a ser feito por um ato normativo de outra espécie.

A Constituição Federal é clara neste aspecto. A competência para legislar sobre direito processual é privativa da União (artigo 22, inciso I). E a reserva legislativa é de tamanha evidência que o próprio Provimento Conjunto da Presidência do Tribunal de Justiça e da Corregedoria Geral de Justiça faz referência ao Projeto de Lei 554/2001, que propõe alterar o § 1º do art. 306 do Código de Processo Penal.

O ato infra legal (decreto, regulamento ou ato administrativo normativo) serve para regulamentar, disciplinar e esclarecer o ato normativo que lhe é hierarquicamente superior, naquilo que lhe for permitido, dentro da esfera de atribuições e para melhor funcionamento da rotina de trabalho do ente emissor da norma.

Mas uma ordem natural deve ser seguida. Primeiramente, deve surgir a

11 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.

12 A remoção do delegado de polícia dar-se-á somente por ato fundamentado.

13 O indiciamento, privativo do delegado de polícia, dar-se-á por ato fundamentado, mediante análise técnico-jurídica do fato, que deverá indicar a autoria, materialidade e suas circunstâncias.

Acesso ao Sumário

lei (*lato sensu*); depois, o ato infra legal que a regulamenta.

Não se vislumbra possível a antecipação desta última etapa, sob pena que incorrer na invasão de competência legislativa. Não se regulamenta projeto de lei, que nada mais é do que uma lei em gestação, sujeita a discussão, alteração, arquivamento ou rejeição, ao longo de seu trâmite nas casas legislativas.

O Provimento revela-se como norma inovadora, e não complementadora, em diversos pontos.

A Convenção Interamericana de Direitos Humanos diz que a pessoa detida deve ser conduzida à presença de "*um juiz ou outra autoridade*", "*sem demora*". Não diz qual é o lapso temporal a ser considerado como satisfatório para o cumprimento dessa exigência.

Levando-se em conta o nosso ordenamento jurídico, pode-se dizer, com segurança, que se está a falar de um prazo para a prática de um ato. Trata-se, portanto, de matéria de natureza processual, cuja reserva legislativa da União já foi apontada.

O artigo 6º do Provimento Conjunto prevê uma verdadeira etapa do procedimento processual penal não prevista em lei, onde se diz a natureza das perguntas que poderão ser feitas ao detido, e quais poderão ser as atuações do Ministério Público e da Defensoria Pública no ato.

Um ato normativo emanado pelo Poder Judiciário restringe-se a regulamentar a atuação de seus membros. Não vincula os agentes de outros órgãos aos quais não detém ascendência ou poder correcional.

É possível afirmar que o Provimento Conjunto fere o princípio da isonomia.

Sob a justificativa de efetivar uma garantia ao preso em flagrante delito, prevê tratamentos diferenciados. Começou válido para apenas algumas regiões da Capital, permanece em vigor apenas nos dias da semana, e não atinge o restante do Estado.

Não se vislumbra a observância à melhor doutrina de Direitos Humanos que fundamentou a edição do ato, especialmente o princípio ou o critério da

aplicação do dispositivo mais benéfico ao indivíduo.

Apenas por amor à argumentação, vale lembrar, ante a mesma *ratio*, que o STF declarou, no HC 90900, em controle difuso, por violação ao artigo 22, inciso I, da Constituição Federal, a inconstitucionalidade formal da Lei 11.819/05 do Estado de São Paulo, que autorizava a utilização de aparelhos de videoconferência para os interrogatórios e audiências com réus presos.

Pelo exposto, conclui-se que a ausência de previsão da audiência de custódia não implicava em violação da Convenção Interamericana de Direitos Humanos pelo Brasil.

O Pacto de San José da Costa Rica está em vigor no Brasil há cerca de vinte e três sem que, até então, fosse suscitada a ilegalidade da persecução penal em razão do Juiz não ter mantido contato imediato com preso para decidir sobre a manutenção da prisão.

Já há quem sustente, seguindo essa lógica, que todas as persecuções penais que envolveram réus presos em flagrante delito, ao longo desse período, deveriam ser consideradas nulas[14].

Vale lembrar que a Lei 11.719, de 20 de junho de 2.008, veio a alterar o Código de Processo Penal, para mover o interrogatório do réu de primeiro para o último ato do processo após o recebimento da denúncia. Forçosamente aumentou o lapso temporal para o contato pessoal entre o réu e o Juiz após a prisão, sem que se ouvissem protestos de qualquer espécie.

Há quem veja na iniciativa de implementar a audiência de custódia uma tentativa de preparar o campo para a implantação do juiz de garantias.

Não obstante a atualidade do item IV da Exposição de Motivos do Código de Processo Penal de 1941, deve prevalecer a opção do legislador, principalmente ante a discussão do Projeto de Lei do Senado 554/2011, já citado, e, principalmente, a Proposta de Emenda Constitucional 89/2015, que pretende alterar a Constituição Federal para dispor sobre a reforma do sistema de persecução penal e dá outras providências.

14 "Desde 1992, a falta de Audiência de Custódia pode anular condenações?", disponível em <http://www.conjur.com.br/2015-jul-23/senso-incomum-falta-audiencia-custodia-anular-condenacoes-antigas>, acesso em 23 de julho de 2015.

Acesso ao Sumário

É possível reconhecer que o contato pessoal com a pessoa detida pode conferir maiores subsídios para o Magistrado decidir sobre a manutenção ou não da prisão cautelar.

Inclusive, ao tratar do habeas corpus, há previsão semelhante – muito anterior, diga-se de passagem, à Convenção Americana de Direitos Humanos – que confere ao Juiz ou Tribunal a faculdade de requisitar a imediata condução do preso a sua presença, para melhor apreciar o *mandamus*, conforme disposto nos artigos 656 e 657, do Código de Processo Penal.

No entanto, a sua implementação por ato normativo diverso que a lei ordinária parece-nos configurar um vício incontornável.

BIBLIOGRAFIA

BARBOSA, Ruchester Marreiros. "Audiência de Custódia e o Sistema da Dupla Cautelaridade Como Direito Humano Fundamental", disponível em <http://ruchesterbarbosa.jusbrasil.com.br/artigos/173154765/audiencia-de-custodia-e-o-sistema-da-dupla-cautelaridade-como-direito-humano-fundamental>, acesso em 25 de julho de 2.015.

CHOUKR, Feuzi Hassan. *Garantias Constitucionais na Investigação Criminal*. 3ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

DENIS, Vicent. "Édit de mars 1667 créant la charge de lieutenant de police de Paris", disponível em < http://criminocorpus.revues.org/80>, acesso em 25 de julho de 2.015.

FERNANDES, Antônio Scarance. *Processo Penal Constitucional*. 5ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

HOLLOWAY, Thomas H. *Polícia no Rio de Janeiro - Repressão e Resistência numa Cidade do Século XIX*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1997.

LOPES JR, Aury. *Sistemas de Investigação Preliminar no Processo Penal*. 4ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

LE CLÈRE, Marcel. *Histoire de la Police*. Paris: Presses Universitaires de France, 1947.

MARQUES, José Frederico. *Elementos de Direito Processual Penal*. 2ª edição. Campinas: Millennium, 2000.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. 11ª edição. Coimbra: Coimbra Editora, 1996.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 15ª edição. São Paulo: Atlas, 2004.

MORAES, Bismael Batista. *Direito e Polícia – Uma Introdução à Polícia Judiciária*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986.

MORAES, Bismael Batista. "O inquérito policial é o vilão no direito brasileiro?". Revista Brasileira de Ciências Criminais, Ano 07, n. 28, p. 255-264, out-dez. 1999.

MORAES, Bismael Batista, LIMA, Francisco de Camargo. "A polícia judiciária, o delegado e o inquérito policial no Brasil". Revista dos Tribunais, Ano 101, vol. 925, p. 267-277, dez. 2012.

PERAZZONI, Franco. "Origens e Evolução Histórica do Cargo de Delegado de Polícia no Brasil", disponível em <http://sindepol.com.br/site/artigos/origens-e-evolucao-historica-do-cardo-de-delegado-de-policia-no-brasil.html>, acesso em 23 de julho de 2.015.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 9ª edição. São Paulo: Saraiva, 2008.

PITOMBO, Sérgio Marcos de Moraes. "Polícia judiciária e as regras orientadoras do processo penal". Polícia à Luz do Direito, Revista dos Tribunais, p. 34-40, 1991.

QUEIROZ, Carlos Alberto Marchi de. "3 DE DEZEMBRO: Nasce o Delegado de Polícia", disponível em < http://www.adpesp.org.br/artigos-exibir?art=219>, acesso em 23 de julho de 2.015.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 29ª edição. São Paulo: Malheiros, 2007.

SPENCER, John R. "Accusatorial and Inquisitorial systems", disponível em <http://www.law.cam.ac.uk/faculty-resources/download/accusatorial-and-inquisitorial-systems/2926/pdf>, acesso em 23 de julho de 2.015.

STRECK, Lênio Luiz. "Desde 1992, a falta de Audiência de Custódia pode anular condenações?", disponível em <http://www.conjur.com.br/2015-jul-23/senso-incomum-falta-audiencia-custodia-anular-condenacoes-antigas>, acesso em 23 de julho de 2.015.

TEMER, Michel. *Elementos de Direito Constitucional*. 12ª edição. Malheiros, 1996.

TORNAGHI, Hélio Bastos. "Conceito de Autoridade Policial", disponível em <http://www.adepolrj.com.br/portal2/Noticias.asp?id=12305>, acesso em 23 de julho de 2.015.

TUNHAS, Paulo. "A Europa, há poucos anos", disponível em < http://observador.pt/opiniao/a-europa-ha-poucos-anos/>, acesso em 23 de julho de 2.015.

ZACCARIOTTO, José Pedro. *A Polícia Judiciária no Estado Democrático de Direito*. São Paulo: Brazilian Books, 2005.

ZANDER, Michael. "The English Prosecution System", disponível em < http://www.radicali.it/download/pdf/zender.pdf>, acesso em 23 de julho de 2.015.

Acesso ao Sumário

SEÇÃO DE DIREITO PRIVADO

Ações Rescisórias

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Rescisória nº 2043567-96.2013.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é autor SÃO PAULO TURISMO S/A, é réu ÉTICA RECURSOS HUMANOS E SERVIÇOS LTDA.

ACORDAM, em 11º Grupo 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 27053)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores SILVEIRA PAULILO (Presidente), MAIA DA ROCHA, CAMPOS MELLO, SÉRGIO RUI, ALBERTO GOSSON e ADEMIR BENEDITO.

São Paulo, 10 de março de 2016.

VIRGILIO DE OLIVEIRA JUNIOR, Relator

Ementa: Ação rescisória. Ação ajuizada por São Paulo Turismo S/A. Tutela antecipada reclamada. Mérito. A r. sentença e o v. Acórdão estão apoiados em documento falso fornecido pela ré. Pedido inicial amparado no art. 485, incisos III (dolo da parte vencedora), VI (prova falsa) e VII (documento novo), do Código de Processo Civil. A ré Ética contestou o feito. Réplica. Decisão colegiada: tutela antecipada concedida - suspensa a execução e mantida, ainda, a sustação do protesto do título de R$ 742.116,85. O MP opinou pela falta de interesse em atuar neste feito. Recolhidas as custas da rescisória. A ré se defendeu, afastando, assim, qualquer discussão em torno da higidez do ato processual. Mérito. Ação rescisória embasada nos incisos III (dolo da parte vencedora), VI (prova falsa) e VII (documento novo), do art. 485 do Código de Processo Civil. Pretendida a desconstituição da sentença e do Acórdão da c. 22ª Câmara de Direito Privado. Ação de inexistência de débito julgada

Acesso ao Sumário

improcedente e procedente a reconvenção. Documento falso que retira das decisões judiciais a higidez delas. Declaração de ex-funcionário da Receita Federal que o documento não é de sua autoria. Documento que não pode gerar efeitos em desfavor da autora. Documento que, se retirado dos autos, torna insubsistentes as decisões judiciais. Documentos novos. Negligência não caracterizada. Documento vindo da Receita Federal que atestar, por si, a sua própria validade. Cópia da execução fiscal n. 2005.61.82.061268-5, processada junto à 5ª Vara Especializada de Execuções Fiscais. Cópia que, por si só, ampara a pretensão da autora, restabelecendo, com mais força, a falta de validade e eficácia do documento de fls.284 destes autos, do qual consta declaração falsa. Do dolo da ré. Dolo não caracterizado. Litigância de má-fé não aplicada por falta de dolo. Ação rescisória julgada procedente. Sentença e Acórdão rescindidos. Retorno dos autos à vara de origem. Ônus de sucumbência imposto à ré: despesas do processo e honorários advocatícios arbitrados por equidade em 10% sobre o valor da causa.

VOTO

A São Paulo Turismo S/A ajuizou a presente ação rescisória contra a Ética Recursos Humanos e Serviços Ltda., visando, inicialmente, obter a concessão de tutela antecipada para ser suspensa a execução que corre junto ao d. Juízo 'a quo' da 35ª Vara Cível do Foro Central da Capital paulista e, de outro lado, para ser mantida a sustação do título levado a protesto. Reclama, ainda, o reconhecimento de litigância de má-fé, com que agiu a ora ré. No mérito, argumenta que a sentença e o Acórdão estão apoiados em documento falso fornecido pela ré, até porque se desconhecia da existência de documentos (que classifica como novos) anteriormente à sentença e à própria perícia contábil. Embasa sua pretensão no art. 485, incisos III (dolo da parte vencedora), VI (prova falsa) e VII (documento novo), do Código de Processo Civil. Pede, ao final, a procedência desta ação rescisória para que seja rescindido o Acórdão e, em consequência, seja novamente apreciada a ação ajuizada pela autora contra a ré, julgando-se, então procedente essa ação declaratória originária (entre as mesmas partes) e a total improcedência da reconvenção. Subsidiariamente, requer a procedência da ação para o fim de serem rescindidos o Acórdão e a sentença de Primeiro grau, retornando o feito à fase pericial, com a desconsideração do documento falso e

Acesso ao Sumário

a consideração dos documentos novos. Pleiteia a intimação do representante do Ministério Público e, ainda, junta a guia do depósito. Apesar da dificuldade na citação da ré, a empresa Ética contestou o feito, afirmando inexistir documento novo a embasar a inicial, devendo, por isso, ser julgada improcedente a ação (fls.1087/1114). Veio a réplica, em seguida (fls.1119/1132).

É o relatório.

[1] Cuidam os autos de ação rescisória ajuizada pela São Paulo Turismo (antiga Anhembi Turismo) contra a empresa Ética.

Na inicial, reclamou e obteve a concessão de tutela antecipada para ficar suspensa a execução e mantida, ainda, a sustação do protesto do título de R$ 742.116,85 (fls.17 e fls.1049/1052).

Assinale-se, de pronto, que o Ministério Público, após sua intimação, declarou não ter interesse para atuar neste feito, que cuida de direito individual disponível, envolvendo partes maiores e capazes (fls.1075).

Outrossim, segue sustado o título levado a protesto, conforme certidão de fls.1065 dos autos.

Houve o recolhimento das custas (fls.18 e 663).

Por último, tem-se por superada eventual irregularidade na citação da ré, dado que contestou o feito sem reclamar em torno de eventual vício na prática do ato processual.

Citada a ré e encontrando-se defendida, conhece-se do pedido inicial.

[2] A presente ação rescisória, que está embasada nos incisos III (dolo da parte vencedora), VI (prova falsa) e VII (documento novo), do art. 485 do Código de Processo Civil, tem por objetivo "a desconstituição do V. Acórdão proferido pela 22ª Câmara de Direito Privado do E. Tribunal de Justiça, em sede do Recurso de Apelação [...] com trânsito em julgado em 13/08/2013" (fls.01). Tal Acórdão manteve a sentença de Primeiro grau que "julgou improcedentes a ação declaratória de inexistência de débito cambial e a ação cautelar de sustação de protesto ajuizadas pela Autora" e, de outro lado, julgou "parcialmente procedente a reconvenção apresentada pela Ré", quando a autora/reconvinda acabou condenada a pagar à ré/reconvinte a importância de R$ 1.529.288,84 (fls.36/44). E isso se deu porque o d. juiz sentenciante se apegou ao laudo pericial para dar por vencida a tese da autora, salientando, então, que "a ré efetuou o recolhimento de parte das contribuições previdenciárias dos funcionários, que prestaram serviços à autora e, posteriormente, aderiu ao REFIS, relativamente à parte inadimplente" (fls.39).

A r. decisão colegiada, ao confirmar o 'decisum' singular, destacou que "ficou demonstrado que a ré estava com sua situação regularizada perante o INSS, no que diz respeito ao pagamento das contribuições previdenciárias dos trabalhadores temporários contratados pela autora" (fls.33).

Acesso ao Sumário

Tais conclusões judiciais estão apegadas ao documento de fls.284 e 400 destes autos, ora atacado de falso pela autora.

[a] Do inciso VI do art. 485 - documento falso.

Respeitosamente, entende-se que as decisões dos d. Juízos 'a quo' e 'ad quem' padecem da falta de higidez, porquanto assentadas em documento falso.

Esse o fundamento principal da parte inconformada, que prorrompe inclusive contra o laudo contábil, exatamente porque considerou a ré "em situação regular junto ao REFIS", quando, e segundo a própria autora, não estaria (fls.05).

Aliás, quando da concessão do efeito suspensivo, constou da decisão de fls.1049/1052, que a autora se apega ao documento de fls. 290 dos autos, de 23.08.2013, em que a Delegacia da Receita Federal junta declaração do funcionário, agora aposentado, Waldir Sanchez, em que ele, após tomar conhecimento da declaração em favor da empresa Ética, afirma, em poucas linhas, que não é de sua autoria tal documento, até porque "**declarações desse teor não eram de minha competência**" [fls.291].

A declaração, que serviu de amparo à pretensão reconvencional da ré, está assim redigida:

"Pelo presente, esclarecemos para os devidos fins, que a firma supra, protocolou em 04/08/2000, sob n. 35464.001117/200-11, defesa perante este órgão, relativa a tomadora de serviço Anhembi Turismo e Eventos da Cidade de São Paulo - CNPJ 62.002.886/0001-60, para esclarecer que o débito objeto da notificação acima é de responsabilidade da empresa prestadora do serviço, como também o pagamento do referido débito fiscal.

Em razão disso a firma prestadora do serviço, Ética Recursos Humanos e Serviços Ltda., aderiu ao programa Refis, incluindo estes débitos, conforme protocolo n.640.000.002.603 já deferido.

Assim sendo, informamos que a firma tomadora do serviço Anhembi Turismo e Eventos da Cidade de São Paulo não é responsável pelo débito estando a prestadora do serviço com sua situação regularizada perante o INSS.

Portanto a N. Debead 35027602-1 supra mencionada foi cancelada" [fls. 284 e 400].

Olhando-se o documento, é possível tê-lo por verdadeiro. Todavia, sabendo-se que não foi elaborado pelo funcionário da Receita Federal, o documento perde sua validade, pois o conteúdo dele não representa a verdade declarada. A verdade, aí, se encontra alterada.

Dado que o funcionário Waldir Sanchez, já aposentado, negou a autoria de tal documento, é evidente que essa declaração não poderia gerar efeitos que, realmente, desembocaram no decreto de improcedência da ação de inexistência de débito fiscal e na procedência parcial do pedido reconvencional.

Acesso ao Sumário

O documento necessariamente tem que ser considerado falso.

Segundo De Plácido e Silva, entende-se por falso "o que não é verdadeiro, o que não é real, e é feito para engano ou impostura" (cf. Vocabulário Jurídico, Forense, Vo. II, D-I, 2ª edição, 1967, p.675).

Tal documento decorre, em sua origem, de falsidade ideológica, que consiste, de acordo com o art. 299 do Código Penal, em inserir em documento público ou particular "declaração falsa ou diversa da que devia ser escrita, com o fim de prejudicar direito, criar obrigação ou alterar a verdade sobre fato juridicamente relevante".

"Na falsidade ideológica o título ou o documento se mostra como verdadeiro; mas, não exprime a verdade o que nele se contém. Estrutura-se, assim, na falsidade da declaração contida no título ou no documento que, que se apresenta como autêntico e verdadeiro, desde que, ordinariamente, passado por quem tinha autoridade para passá-lo" (cf. De Plácido e Silva, obra citada, p. 675).

Não obstante não se possa indicar quem elaborou tal documento, não padece dúvida que proveio da Secretaria da Receita Federal, cuja 'autoridade' deu-lhe, inegavelmente, as feições de documento válido a documento, agora, reconhecidamente falso.

Bem por isso, não se pode ter por válido documento que é falso.

Embora não tenha havido preocupação em se determinar se a assinatura constante do documento de fls. 284 pertence ou não ao funcionário aposentado da Receita Federal, tal fato se mostra desnecessário ante a própria declaração do ex-funcionário Waldir Sanchez negue ter firmado aquela declaração, até por não ser de sua competência funcional, que implica em abarcar a invalidade do documento de fls. 284 como um todo.

Expressa o art. 485, inciso VI, que a sentença de mérito pode ser rescindida, já estando transitada em julgado, quando "se fundar em prova, cuja falsidade [...] seja provada na própria ação rescisória".

Esse documento é prova da falsidade e se presta a dar fundamento à rescisória ora ajuizada.

Já se decidiu: "Para que a rescisória proceda, é necessário que, sem a prova falsa, não pudesse subsistir a sentença" (cf. anotação de T. Negrão e outros, Saraiva, 2012, 44ª edição, p.602, nota 31ª ao art.485).

De fato, a autora, que se encontra apegada a esse inciso VI, estabelece que, sem tal documento falso, a perícia não teria sido favorável à ré, que a deu estando incluída no REFIS, "afastando, assim, a solidariedade tributária da São Paulo Turismo" (fls.05). Nem os decretos decisórios teriam sido proferidos em ambas as instâncias do Poder Judiciário paulista, e que qualificaram a ação de improcedente e a reconvenção de parcialmente procedente.

Acesso ao Sumário

Em outras palavras: "Referido documento [...] dá conta de que o débito que originou a notificação N. Debead 35.027.602-1 teria sido incluído no REFIS ao qual a Ré teria aderido" e, ainda, que "a São Paulo Turismo não seria a responsável pelo débito previdenciário, o que levou o d. Juízo a quo a crer que a retenção dos pagamentos feita pela Autora seria irregular" (fls.07).

Cuidando-se de documento falso, cuja ilicitude está demonstrada na própria rescisória, não há outro meio que não o de se acolher a pretensão da autora, até para que haja a subtração do "montante histórico de R$ 208.139,71 (doc. 12) valor este que será subtraído da condenação, na hipótese de rescisão do V. Acórdão, com base, apenas, no referido documento" (fls.08).

[b] Do inciso VII do art. 485 - documento novo.

A autora, sabidamente, teria que demonstrar a falta de pagamento dos débitos pela ré para alcançar a procedência de seu pedido inicial no âmbito desta rescisória. E isso está feito nos autos, ainda que se pudesse admitir que ela já poderia ter tido acesso aos documentos que invoca, agora, como novos. Não obstante, tem-se que não houve negligência na obtenção deles à época em que as partes discutiam nos autos da ação de inexistência de débito cambial, pois, simplesmente ela mesma acabou ludibriada pelo documento firmado pelo ex-funcionário do INSS, tanto mais que não poderia, naquela ocasião, ter como falsa a declaração que só poderia se apresentar como verdadeira aos litigantes (fls. 1125). Documento vindo da Receita Federal que, só por isso, atesta a sua própria validade.

Por essa razão, é possível admitir como novo o documento "que foi elaborado, v.g., antes da propositura da ação, mas que não foi juntado aos autos porque a parte desconhecia a sua existência ou porque, embora dela sabendo, esteve impossibilitada de juntá-lo por justa causa ou força maior" (cf. Costa Machado, Código de Processo Civil, 5ª edição, Barueri - SP; Manole, 2013, p.910).

Ou seja, o documento que a autora não juntou nos autos principais e que, ao ter notícia de sua existência, junta-os neste feito para dar maior sustentação ao documento falso.

Veio, então, para os autos cópia da execução fiscal n. 2005.61.82.061268-5, processada junto à 5ª Vara Especializada de Execuções Fiscais, "que comprova que a Ré foi excluída do seu REFIS em 18/03/2005, data anterior à do início da perícia" (fls.09). O INSS ajuizou execução fiscal contra a Ética e outros para exigir o pagamento de R$ 26.872.999,08, conforme certidões de Dívida Ativa de ns. 35.132.993-5, 35.132.994-3 e 35.132.995-1, em 12 de dezembro de 2005 (fls.200/203 e 207/236).

A juntada de tais documentos teve por propósito específico comprovar que, "caso persistissem cobranças em Juízo referentes a débitos previdenciários, restaria cabalmente comprovado o cancelamento do indigitado REFIS e, por

Acesso ao Sumário

conseguinte, robustecida a falsidade do documento fornecido pela Ré" (fls.08).

Tem-se, então, que os "débitos do mesmo período das NFLDs[1], não foram pagos pela Ré, e estão sendo executados pelo INSS" (fls.09).

Isso, por si só, ampara a pretensão da autora, restabelecendo, com mais força, a falta de validade e eficácia do documento de fls.284, do qual consta declaração falsa.

O ofício n. 006/2013, juntado a fls.614 dos autos, dá conta de estarem "liquidadas as referidas NFLDs 35.027.600-5 e 35.027.602-1", e que dizem respeito à autuação sofrida pela autora em razão de "débitos previdenciários da ré Ética, decorrentes, todos eles, da falta de pagamento de contribuições patronais relacionadas aos instrumentos contratuais" (fls.03). Tal fato reforça a tese da ora SPTrans de que "as duas NFLDs foram quitadas pela Autora, através de REFIS assumido pela Prefeitura Municipal de São Paulo, enquanto a Ré, que alegava que as referidas NFLDs estavam sendo por elas pagas por meio de REFIS, teve, na verdade, seu REFIS cancelado por inadimplência, fatos que levam à conclusão de que o total da condenação está comprometido pelos documentos novos ora trazidos à luz" pela autora da rescisória (fls.10/11).

[c] Do inciso III do art. 485 - dolo da parte vencedora na ação principal.

A autora sustenta ter a ré agido com dolo nos autos da ação principal. Todavia, essa conduta não restou caracterizada neste feito, porquanto, e ainda que se trate de documento falso, desconhece-se plenamente quem foi o seu autor. Entende-se, pois, não servir a presente tese como fundamento para se dar guarida à rescisória. Por esse enfoque, fica afastada essa questão.

[d] Da litigância de má-fé.

Dado inexistir prova em torno da autoria do documento falso, impossível aplicar à ré a sanção processual.

[3] Considerando, pois, a presença de documento falso a permitir o acolhimento da ação rescisória, entende-se possível declarar-se rescindidos o v. Acórdão da c. 22ª Câmara de Direito Privado e a r. sentença de Primeiro grau, e ordenando, em decorrência, o retorno do feito à fase que imediatamente antecede a perícia técnica, de sorte que os autos, indo para as mãos do perito judicial, proceda ele a elaboração de laudo oficial, desconsiderando, então, o documento de fls.291, ora tachado de falso, e apreciando todos os documentos aqui admitidos como novos. Após a entrega do laudo pericial, o juiz do processo determinará o que for pertinente ao prosseguimento do feito.

Dado que a autora foi vitoriosa em maior extensão, responderá a ré pelas despesas do processo e honorários advocatícios, estes arbitrados, por equidade, à falta de condenação, em 15% sobre o valor atualizado da causa (fls.18).

Acesso ao Sumário

1 NFLDs - Notificações Fiscais de Lançamento de Débito.

Ante o exposto, julgada procedente a ação rescisória, em razão de que ficam rescindidos o v. Acórdão e a r. sentença, ordenando-se, então, o prosseguimento do feito com a realização da perícia técnica. Restitua-se o depósito em favor da autora, porque vencedora na demanda.

Agravos de Instrumento

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2002074-37.2016.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante UNIMED CAMPINAS COOPERATIVA DE TRABALHO MÉDICO, é agravada RENATA ROCHA DOS SANTOS.

ACORDAM, em 10ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 22.972)**

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

São Paulo, 1 de março de 2016.

CARLOS ALBERTO GARBI, Relator

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. LEVANTAMENTO DO VALOR DEPOSITADO. CAUÇÃO NÃO PRESTADA.

1. Em que pese a expressa previsão legal (art. 475-O, III, CPC), a exigência de caução para a prática de atos que importem alienação de propriedade não pode ser entendida como absoluta.

2. Tendo em vista a subsunção do caso em exame às hipóteses legais de dispensa e também frente à baixa probabilidade de êxito do agravo de despacho denegatório de recurso especial interposto pela agravante, desnecessária a fixação de caução no caso em exame para autorizar o levantamento,

Acesso ao Sumário

pela agravada, da quantia definida na decisão da impugnação

3. O Egrégio Superior Tribunal de Justiça definiu em sede de recurso repetitivo que não cabe o arbitramento de honorários advocatícios em execução provisória

Recurso não provido. Decisão mantida.

VOTO

Insurgiu-se a agravante em face da decisão proferida pelo Doutor **Luis Fernando Cirillo** que, ao decidir impugnação ao cumprimento provisório de sentença, deferiu o levantamento da quantia depositada em juízo independentemente da prestação de caução pelo exequente. Sustentou, no recurso, que o risco de dano é evidente, tendo em vista que, diante da situação de necessidade alegada pela exequente a justificar a assistência judiciária que lhe foi deferida, há risco de irreversibilidade em caso de alteração do título executivo judicial pela Instância Superior. Sustentou, ainda, que o entendimento pacífico do Egrégio Superior Tribunal de Justiça é no sentido de não ser cabível indenização em caso de inadimplemento contratual. Sustentou, por fim, que não foram arbitrados os devidos honorários advocatícios pelo sucesso na sua impugnação.

Deferido o efeito suspensivo ao recurso, foram dispensadas as informações e a agravada, intimada, respondeu ao recurso pleiteando a manutenção da decisão recorrida.

É o relatório.

A decisão agravada foi proferida nos termos seguintes:

"Vistos.

Trata-se de execução provisória porque ainda pende de julgamento agravo interposto contra a negativa de seguimento de recurso especial.

Pretende-se o levantamento, independentemente de prestação de caução, de valor incontroverso quanto ao montante, pois a exequente acabou por concordar com o montante sustentado pela executada na impugnação à penhora.

Não há prova de situação de necessidade que permita deferir o pedido com base no inciso I do § 2º do art. 475-O do CPC.

Por outro lado, a caução é em princípio dispensada nos casos como o dos autos, em que o trânsito em julgado só não ocorreu em razão da pendência de agravo perante o STF ou STJ (CPC art. 475-O, § 2º, II). A exceção prevista na norma, de manifesto risco de grave dano, de difícil ou incerta reparação, não pode se considerar como presente simplesmente porque o valor pode não ser restituído

Acesso ao Sumário

depois de levantado, caso o título exequendo seja desconstituído. A incerteza ou dificuldade para a restituição é ínsita a qualquer levantamento. Fosse a intenção do legislador a de não permitir o levantamento caso houvesse risco de impossibilidade de reversão não editaria a norma do citado inciso II, em sua segunda parte.

Em outras palavras, o caso dos autos também não se reveste de excepcionalidade no que tange ao risco de dano irreparável ou de difícil reparação caso o levantamento do dinheiro ocorra sem a prestação de caução.

ISTO POSTO, defiro o levantamento do incontroverso. Expeça-se em favor da exequente, a partir do depósito de fls. 55, mandado de levantamento de R$ 23.686,55, montante que a executada considera o correto (fls. 62).

Oportunamente (após o trânsito em julgado da condenação exequenda), tornem conclusos para extinção da execução do julgado, pois as partes entraram em acordo sobre o montante do crédito exequendo, e determinação para devolução do excedente do depósito à executada, sem que se cogite de recolhimento de custas finais porque o cumprimento do julgado se deu antes da realização de penhora.

Intime-se." (fls. 15).

A agravada ajuizou ação de obrigação de fazer em face da agravante, cujo pedido, ao final, foi julgado procedente para condenar a última a custear o tratamento indicado na inicial, confirmando, assim, a liminar anteriormente deferida, bem como para condená-la ao pagamento de indenização por danos morais no valor de R$ 4.000,00, posteriormente majorada pelo Tribunal a R$ 15.000,00.

A agravante, em seguida, interpôs recurso ao Egrégio Superior Tribunal de Justiça, ao qual foi negado seguimento pela Presidência do Tribunal, estando atualmente pendente o respectivo agravo de despacho denegatório de recurso especial. Tendo em vista que referido recurso, em regra, não é dotado de efeito suspensivo, a agravada pediu o cumprimento provisório da sentença.

Embora impugnado o valor inicialmente apresentado para pagamento, a agravada reconheceu o equívoco na elaboração do cálculo e concordou com a quantia indicada pela agravante, daí o acolhimento da impugnação nos termos da decisão acima copiada. A agravante, entretanto, não concorda com o levantamento da quantia depositada em juízo antes da fixação de caução. Daí o ajuizamento do presente recurso de agravo.

Dispõe o art. 475-O, III, do Código de Processo Civil, que, em sede de execução provisória, **"o levantamento de depósito em dinheiro e a prática de atos que importem alienação de propriedade ou dos quais possa resultar grave dano ao executado dependem de caução suficiente e idônea, arbitrada**

Acesso ao Sumário

de plano pelo juiz e prestada nos próprios autos".

Todavia, em que pese a expressa previsão legal, a exigência de caução para a prática de atos que importem alienação de propriedade não pode ser entendida como absoluta. Sobre o tem, oportuno lembrar a doutrina da CASSIO SCARPINELLA BUENO: *"a exigência de caução deve-se basear na demonstração da necessidade de contracautela, isto é, quando o executado estiver na iminência de sofrer algum dano ou, quando menos, ameaça a direito seu [...] A 'execução provisória completa' depende, pois, de prestação de caução nas situações em que o executado demonstrar convincentemente ao juízo que sofrerá dano pela satisfação do exequente"* (Curso Sistematizado de Direito Processual Civil - Vol. 3 - Ed. Saraiva, São Paulo, 2010 - p. 183 e 185).

Nesse sentido, observa-se que a própria Lei estabelece algumas hipóteses em que a caução poderá ser dispensada.

No caso em exame, o valor a ser levantado é inferior a 60 salários mínimos, decorre de condenação por ato ilícito perpetrado pela agravante (indevida recusa na cobertura de tratamento médico) e, embora não tenha sido documentalmente demonstrada, a situação de necessidade da agravada pode ser presumida no caso em exame, tanto que foi comtemplada com os benefícios da assistência judiciária gratuita.

Não fosse por isso, trata-se de execução provisória em que está pendente o julgamento de agravo de despacho denegatório de recurso especial ao Egrégio Superior Tribunal de Justiça. Nessa hipótese, diante da significativa probabilidade de tornar-se definitivo o título executivo judicial, o art. 475-O, § 2º, inc. II, do CPC, também dispensa a caução para levantamento da quantia depositada em juízo. Para exigir a prestação de caução nesse caso, deve o executado comprovar a ameaça de risco de dano irreparável ou de difícil reparação.

O levantamento da quantia em sede de execução provisória sempre implicará em risco de perecimento do direito do executado, diante da potencial possibilidade de reversão de condenação ainda controversa. Sucede que, a despeito do referido risco processual - materializado na ausência de garantia da restituição do montante - convém lembrar que a exequente, por sua vez, responde objetivamente por eventual dano decorrente da reversão do julgado no qual está amparada a execução.

Ademais, ao contrário do que foi alegado pelo agravante, a atual orientação da jurisprudência do Egrégio Superior Tribunal de Justiça é forte no sentido de reconhecer a existência de dano moral indenizável na hipótese de recusa indevida de tratamento médico ao consumidor: *STJ - AgRg no AREsp 718634/DF - rel. Min. Raul Araújo - DJe 16/12/2015; STJ - AgRg no AREsp 733825/SP - rel. Min. Antonio Carlos Ferreira - DJe 16/11/2015; STJ - AgRg no REsp 1301763/DF - rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva - DJe 23/10/2015;*

Acesso ao Sumário

STJ - AgRg no AREsp 744607/MG - rel. Min. Marco Buzzi - DJe 29/09/2015; STJ - REsp 993.876/DF, rel. Min. Nancy Andrighi - DJ 18.12.07; STJ - AgRg no Ag 846.077/RJ - rel. Min. Humberto Gomes de Barros - DJ 18.7.07; STJ - REsp 880.035/PR - rel. Min. Jorge Scartezzini, DJ 18.12.06; STJ - REsp 259.263/SP - rel. Min. Castro Filho - DJ 20.2.06.

Também há pouca probabilidade de alteração do valor da indenização, porque somente nas hipóteses de arbitramento de quantia ínfima ou exorbitante, que não é o caso dos autos, costuma haver intervenção do Egrégio Superior Tribunal de Justiça no quanto decidido pelas instâncias inferiores (STJ - AgRg no AREsp 708704/PE - rel. Min. Moura Ribeiro - DJe 03/02/2016).

Assim, tendo em vista a subsunção do caso em exame às hipóteses legais de dispensa, e também frente à baixa probabilidade de êxito do agravo de despacho denegatório de recurso especial interposto pela agravante, desnecessária a fixação de caução no caso em exame para autorizar o levantamento, pela agravada, da quantia definida na decisão da impugnação.

Incabível, de outra parte, o arbitramento de honorários advocatícios em execução provisória, conforme entendimento definido pelo Egrégio Superior Tribunal de Justiça em sede de recurso repetitivo: "*RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C DO CPC. DIREITO PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. HONORÁRIOS. 1. Para efeitos do art. 543-C do CPC, firmam-se as seguintes teses: 1.1. Em execução provisória, descabe o arbitramento de honorários advocatícios em benefício do exequente. 1.2. Posteriormente, convertendo-se a execução provisória em definitiva, após franquear ao devedor, com precedência, a possibilidade de cumprir, voluntária e tempestivamente, a condenação imposta, deverá o magistrado proceder ao arbitramento dos honorários advocatícios. 2. Recurso especial provido*" (STJ - REsp 1291736/PR - Corte Especial - DJe 19/12/2013).

A decisão agravada, portanto, não comporta alteração e deve ser mantida.

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

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2143127-74.2014.8.26.0000, da Comarca de Praia Grande, em que é agravante R.C.S., é agravado L.C.C.S. (MENOR(ES) REPRESENTADO(S)).

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

Acesso ao Sumário

integra este acórdão. **(Voto nº 26.873)**

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

São Paulo, 3 de março de 2016.

PERCIVAL NOGUEIRA, Relator

Ementa: ALIMENTOS - PRETENSÃO DE INCIDÊNCIA SOBRE VERBAS RESCISÓRIAS - Bloqueio de percentual sobre as parcelas - Acordo formulado na seara trabalhista em razão de acidente de trabalho, no qual destacou-se a natureza indenizatória das verbas recebidas pelo trabalhador - Ausente a natureza salarial, as verbas recebidas não incorporam a obrigação alimentar - Incidência do descontos afastada, deferindo-se o levantamento da quantia depositada em conta judicial ao seu titular – Recurso provido.

VOTO

Trata-se de agravo de instrumento interposto por R.C.S. contra a r. decisão constante de fls. 34 e 135/136, que determinou o bloqueio e a transferência para conta judicial da representante legal do exequente, de quantia equivalente a 30% do valor acordado no processo trabalhista de titularidade do réu, ora agravante, respeitando-se o pagamento das parcelas mensais.

Sustenta o arrazoado, em síntese, a inexistência de direito a amparar a pretensão do agravado, asseverando que a indenização imposta na seara trabalhista visa compensar danos experimentados em acidente de trabalho que implicou na sua parcial e permanente incapacitação para atividades que requeiram habilidade com os membros superiores, não possuindo natureza salarial e, portanto, isentas da incidência dos descontos da pensão alimentícia.

Ademais, o título judicial que fixou a pensão em 20% dos rendimentos líquidos do alimentante nada dispôs acerca da incidência sobre verbas rescisórias ou indenizatórias.

Assim, postula a reforma da decisão que deferiu incidência das verbas alimentares sobre verbas trabalhistas de cunho exclusivamente indenizatório, destinada a compensar o mal sofrido em acidente de trabalho, com vistas a permitir a subsistência do alimentante. Subsidiariamente, na hipótese de ser mantido algum desconto, pleiteia que seja abatido os 30% referentes aos honorários advocatícios (fls. 01/10).

Acesso ao Sumário

Indeferida a liminar pleiteada para manter o bloqueio, determinando-se apenas a suspensão do levantamento enquanto não dirimida a questão (fls.139). Em contraminuta defendeu-se a natureza salarial da verba recebida e postulou-se o seu desprovimento (fls. 142/148).

A d. Procuradoria Geral de Justiça manifestou-se pelo desprovimento (fls. 151/152). Oportunizada manifestação acerca do julgamento virtual, não houve oposição.

É o relatório.

Analisando o acordo formulado na esfera trabalhista juntado às fls. 26/27 do presente instrumento, extrai-se que:

> *À vista dos pedidos em discussão, o valor do acordo é referente a 100% de verbas de natureza indenizatória, a saber: R$ 2.470,00 - férias indenizadas em dobro + 1/3; indenização por danos morais decorrentes do acidente de trabalho - R$ 40.000,00; indenização da estabilidade acidentária - R$ 20.030,00* (fls. 27) - g.n.

Embora discutidas na ação trabalhistas verbas de caráter estritamente salariais, concordou o reclamante em receber apenas as verbas indenizatórias. O acordo foi devidamente homologado nesse sentido.

Logo, abstraídas as discussões acerca da incidência de alimentos sobre as verbas rescisórias, em razão da diversidade das verbas que a compõe, aquelas recebidas pelo agravante não possuem natureza a integrar a obrigação alimentar, por versarem natureza exclusivamente indenizatória.

Pertinente a citação de Yussef Said Cahali colacionada no parecer da d. Procuradoria Geral de Justiça:

> "impende reconhecer, porém, a existência de jurisprudência entendendo que a indenização trabalhista, propriamente, não constitui salário, assim, não poderá, quem a presta, ser coagido a proceder a descontos da mesma, à título de alimentos devidos pelo empregado demitido; a obrigação de alimentar não faz o alimentário participar de indenização por despedida injusta do alimentante, uma vez que a pensão alimentícia é devida no seu vencimento e não antecipadamente" (DOS ALIMENTOS, RT, 5ª edição, 2.007, pág. 535).
>
> Nesse sentido, confira-se:
>
> "DIREITO DE FAMÍLIA. ALIMENTOS. VERBAS INDENIZATÓRIAS. NATUREZA NÃO SALARIAL. AUSÊNCIA DE ACORDO QUE PREVÊ A INCIDÊNCIA DAS VERBAS RESCISÓRIAS DO CONTRATO DE TRABALHO NA BASE DE CÁLCULO DA PENSÃO ALIMENTÍCIA. RECURSO IMPROVIDO. DECISÃO UNÂNIME. Como é cediço, as verbas rescisórias do contrato de trabalho, inclusive à título de PDV, acidente de trabalho, abono indenizatório e multa rescisória não se incluem na base de cálculo da pensão alimentícia, posto que não possui natureza

Acesso ao Sumário

salarial e visa oferecer estabilidade por determinado lapso temporal ao trabalhador desempregado;. Ademais, as partes não convencionaram nenhum acordo, no sentido de que o FGTS constitua base de cálculo da pensão alimentícia, não sendo possível, in casu, a proceder com o desconto da porcentagem do valor das verbas rescisórias do contrato de trabalho do genitor dos alimentandos. (TJPE; AC 0144459-3; Recife; Quarta Câmara Cível; Rel. Des. Eurico de Barros Correia Filho; Julg. 15/01/2009; DOEPE 18/02/2009) (Publicado no DVD Magister nº 25 - Repositório Autorizado do TST nº 31/2007)"

"ALIMENTOS. Execução. Verbas rescisórias do contrato de trabalho. Plano de demissão voluntária. Caráter indenizatório. Desconto a título de pensão alimentícia. Não-incidência. Apelação provida. (TJMG; AC 1.0000.00.198622-3/000; Belo Horizonte; Quinta Câmara Cível; Rel. Des. José Francisco Bueno; Julg. 30/11/2000; DJMG 29/12/2000)".

Impõe-se, pois, a reforma da decisão.

Ante ao exposto, meu voto **dá provimento ao recurso, para revogar a determinação de bloqueio e determinar o levantamento das quantias depositadas.**

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2226086-68.2015.8.26.0000, da Comarca de Igarapava, em que é agravante D.S., é agravado V.P.G.S. (MENOR(ES) REPRESENTADO(S)).

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 34922)**

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

São Paulo, 8 de março de 2016.

RUI CASCALDI, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: EXECUÇÃO DE ALIMENTOS - Acordo para pagamento de crédito alimentar através de levantamento de quantia existente em conta do FGTS - Impossibilidade - A penhora ou levantamento de saldo de FGTS em conta de titularidade do executado

só pode ser admitida como forma de proteger um bem maior, que é a vida do credor de alimentos - Hipótese em que esta já se encontra garantida por penhora sobre os frutos de contrato de arrendamento de propriedade agrícola de titularidade do devedor, em função da qual o arrendatário faz depósitos mensais em conta judicial à disposição do credor - Benefício não verificado - Acordo não homologado - Recurso desprovido.

VOTO

Trata-se de agravo de instrumento interposto contra decisão que indeferiu a homologação de acordo realizado entre as partes de ação de execução de alimentos, em que o exequente concorda em receber em pagamento do seu crédito alimentar a quantia de R$ 90.000,00, a ser sacada mediante alvará de conta de FGTS vinculada ao executado, ora agravante.

Recorre, este, sustentando, em síntese, que o referido acordo não causa prejuízo a nenhuma das partes, pelo contrário, estaria beneficiando o exequente, que só conseguirá a satisfação de seu crédito após 5 anos de penhora dos frutos do contrato de arrendamento rural.

Recurso processado sem o efeito ativo pretendido e sem resposta, apesar de ensejada a oportunidade.

Manifestou-se a D. Procuradoria Geral de Justiça pelo desprovimento deste recurso.

É o relatório.

É verdade que há vedação legal à penhora de numerário existente em conta de FGTS vinculada a trabalhadores, conforme expressamente previsto no § 2º do art. 2º da Lei nº 8.036/90, que rege a matéria, ou levantamento fora das hipóteses legais, e que a jurisprudência minorado tal rigor para solver dívida de alimentos, que tem absoluta prioridade diante do fato de se prestar à sobrevivência da pessoa, direito fundamental constitucionalmente garantido.

No entanto, a penhora das contas vinculadas só é admitida como medida drástica a ser tomada após a realização de inúmeras outras tentativas de obtenção de bens penhoráveis, diante da inexistência de bens passíveis de penhora, porque, nesse caso, se mostra menos danosa, pois, ao mesmo tempo, evita a prisão do devedor e se satisfaz os alimentos, de que necessita o credor para sua sobrevivência.

Ou seja, a penhora ou levantamento de saldo de FGTS em conta de titularidade do executado só pode ser admitida como forma de proteger um bem maior, que é a vida do credor de alimentos.

Acesso ao Sumário

No caso, sua sobrevivência já se encontra garantida por penhora sobre os frutos de contrato de arrendamento de propriedade agrícola de titularidade do agravante, em função da qual o arrendatário faz depósitos mensais em conta judicial à disposição do credor, ora agravado.

Não se verifica, por fim, qual o benefício este teria com o pagamento antecipado de verbas de caráter alimentar, cujo objetivo é a sobrevivência do credor e não o acúmulo de capital.

Diante do exposto, NEGA-SE PROVIMENTO ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2005168- 90.2016.8.26.0000, da Comarca de São José dos Campos, em que é agravante GUILHERME MAGALHÃES, é agravado POLICLIN S/A SERVIÇOS MÉDICO HOSPITALARES.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 2ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 26707)**

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

São Paulo, 14 de março de 2016.

ALVARO PASSOS, Relator

Ementa: TITULO EXECUTIVO JUDICIAL - Cumprimento de sentença - Desconsideração da personalidade jurídica - Possibilidade - Inexistência de bens da pessoa jurídica para garantia da execução - Responsabilização patrimonial de seus sócios - Necessidade - Decisão mantida - Recurso improvido.

Acesso ao Sumário

VOTO

Vistos.

Trata-se de agravo de instrumento interposto contra decisão de fl. 184 que, nos autos de ação monitória, em fase de cumprimento de sentença, deferiu a desconsideração da pessoa jurídica da executada.

Inconformada, a agravante requer a reforma da decisão, diante dos motivos expostos na minuta de fls.01/10.

Indeferido o efeito requerido (fls. 214), com contraminuta a fls. 216/219 e, encontrando-se em termos, foram os autos remetidos para julgamento.

É o relatório.

O recurso não merece prosperar.

É cediço que a desconsideração da personalidade jurídica das sociedades empresárias é medida extraordinária que somente pode se efetivar mediante o preenchimento de determinados requisitos.

A teoria da desconsideração da personalidade jurídica encontra-se, presentemente, prevista no art. 50 do novo Código Civil, que assim dispõe:

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

A jurisprudência tem admitido, com fulcro nessa teoria, a penhora de bens particulares de sócio em execução movida contra a sociedade da qual faz parte, quando há prova ou evidência de comportamento impróprio da sociedade, consistente em conduta lesiva ao patrimônio de terceiro com a utilização da pessoa jurídica como instrumento para fraude ou para o abuso e, também, nos casos de dissolução irregular ou de inexistência de bens da pessoa jurídica para garantia da execução.

Neste sentido corrobora a jurisprudência abaixo colacionada:

> "Penhora - Bens particulares de sócios - Admissibilidade, uma vez inexistente bens da pessoa jurídica para a garantia executaria, não estando a mesma extinta. Aplicação da teoria da desconsideração da pessoa jurídica" (1º TACSP, 5ª Câm., Ap 618.051-4, rel. Juiz Carlos Luiz Bianco, RT 721/156).

No caso em tela, esgotadas, sem sucesso, as diligências no sentido de localização de bens da devedora passíveis de penhora, mostra-se necessária a desconsideração da personalidade jurídica, para o fim de ser garantido o Juízo da execução.

Portanto, irretocável a r. decisão agravada, que se mantém por seus fundamentos.

Finalmente, cabe consignar que, ao ser adotada uma tese, todas as outras, com ela incompatíveis, são rejeitadas automaticamente. E, ainda que sejam examinados um a um os fundamentos expostos nos articulados, aqueles que não se encaixam na tese acolhida pelo julgador estão rechaçados.

Acesso ao Sumário

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

Diante do exposto, **nego provimento ao agravo.**

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2273195-78.2015.8.26.0000, da Comarca de Santos, em que são agravantes ERNESTO PINTO FERREIRA (ESPÓLIO) e ALEXANDRE RODRIGUES FERREIRA (INVENTARIANTE), é agravado O JUÍZO.

ACORDAM, em 5ª 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 29564)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores MOREIRA VIEGAS (Presidente sem voto), ERICKSON GAVAZZA MARQUES e J.L. MÔNACO DA SILVA.

São Paulo, 16 de março de 2016.

A.C.MATHIAS COLTRO, Relator

Ementa: Agravo de Instrumento - Inventário - Pretendida expedição de alvará para alienação de bens imóveis gravados com a cláusula de inalienabilidade - Existência, no caso, de justa causa a autorizar a venda dos bens - Numerário deixado pelo testador que é insuficiente para arcar com o ITCMD e com as despesas processuais - Cancelamento do gravame - Admissibilidade - Precedentes do Colendo Superior Tribunal de Justiça - Decisão reformada - Agravo provido, com observação.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de agravo de instrumento contra decisão que, em sede de inventário, indeferiu pedido visando à expedição de alvará para venda de dois imóveis, para pagamento do ITCMD e custas processuais, sob o argumento de que os bens estão gravados com cláusula de inalienabilidade.

Pretende o inventariante a reforma do decisum, com a expedição do alvará, para a alienação dos imóveis, sustentando, em síntese, que somente em relação a tais bens, além do que não há numerário suficiente para arcar com os valores do ITCMD e das custas processuais.

Regularmente processado, foram prestadas as informações (págs. 43/44).

É o relatório necessário.

Segundo se observa, havia sido deferida a expedição de alvará permitindo a alienação de um imóvel localizado na zona rural do Município de Pedro de Toledo/SP, em 10 de novembro de 2014 (págs. 28).

Todavia, não se logrou êxito na alienação, o que motivou o pedido para expedição de novo alvará visando, desta feita, a venda de dois prédios situados no Município de Cubatão/SP, para os quais foi formalizada proposta de aquisição, no valor de R$ 400.000,00, dos quais será descontada a comissão de corretagem, no importe de R$ 20.000,00, sendo que a quantia que sobrar será suficiente para o pagamento do ITCMD e das despesas processuais estimadas.

Tal pleito foi indeferido, sob o argumento de que os referidos bens foram gravados com cláusula de inalienabilidade, motivo do inconformismo.

Pese o considerado pelo egrégio juízo, tem-se que o agravo comporta provimento.

Como é cediço, a cláusula de inalienabilidade importa severa restrição ao direito de propriedade, já que impede que o proprietário disponha livremente do bem.

Sob a égide do Código Civil de 1916, tal cláusula era sobremaneira drástica, pois sequer decisão judicial era possível cancelá-la (cf. art. 1676).

No atual Código Civil, exige-se que o testador indique, expressamente, a justa causa para a aposição da cláusula restritiva (cf. art. 1848).

Desse modo, hodiernamente, não basta a simples manifestação de vontade do testador, mas a existência de justa causa à restrição.

No caso, constata-se que ao lavrar a escritura do testamento, o autor da herança instituiu a cláusula de inalienabilidade visando a proteger o patrimônio, constituído na maior parte de bens imóveis, que geram frutos e podem garantir a subsistência do herdeiro, que não teria revelado grandes aptidões para atividades lucrativas e laborais (págs. 16).

Por outro lado, necessário salientar que os valores deixados em conta bancária, são insuficientes para o pagamento do ITCMD e das despesas processuais, razão pela qual já se havia deferido, anteriormente, a expedição de alvará para venda de imóvel localizado na zona rural do Município de Pedro de Toledo/SP.

Ora, não obtido êxito com a venda de tal imóvel, não se entrevê óbice

Acesso ao Sumário

à expedição de alvará para a alienação de outros imóveis, ainda que gravados com a cláusula de inalienabilidade e para os quais houve efetiva proposta de compra, até e porque o não recolhimento do tributo e das despesas processuais trará prejuízo muito maior ao espólio, já que incidirão multa e outros acréscimos legais.

Impende ressaltar que a jurisprudência vinha atenuando o rigor da regra instituída no referido artigo 1676 do Código Civil revogado, permitindo a desconstituição da cláusula restritiva quando ela se tornasse fator de lesividade a interesses legítimos.

Nesse sentido:

RECURSO ESPECIAL Nº 1.375.286 - SP (2012/0246977-5) RELATOR: MINISTRO PAULO DE TARSO SANSEVERINO

RECORRENTE: ANTÔNIO CARACCIOLO E OUTROS

ADVOGADO: WERNER SUNDFELD

RECORRIDO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL. DOAÇÃO. HERDEIROS NECESSÁRIOS. ANTECIPAÇÃO DE LEGÍTIMA. CLÁUSULA DE INALIENABILIDADE. INDISPONIBILIZAÇÃO DE BEM IMÓVEL POR TRINTA ANOS. INTERPRETAÇÃO DO ART. 1676 DO CC/16 A LUZ DO PRINCÍPIO DA FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE. INCIDÊNCIA DO ART. 2035 E 1848 DO CCB. POSSIBILIDADE DE CANCELAMENTO DA CLÁUSULA DE INALIENABILIDADE APÓS A MORTE DO DOADOR ANTE A AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA PARA A SUA MANUTENÇÃO. RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

DECISÃO

Vistos etc.

Trata-se de recurso especial interposto por ANTÔNIO CARACCIOLO E OUTROS, com fundamento na alínea "a" do permissivo constitucional, contra o acórdão do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, cuja ementa está assim redigida:

Doação com cláusulas restritivas de inalienabilidade e impenhorabilidade. Pedido de cancelamento. Falecimento dos doadores.

A escritura pública de doação é clara no sentido de persistência das cláusulas restritivas gravadas enquanto os donatários fossem vivos.

Recurso improvido.

Desde a petição inicial, os recorrentes formularam o pedido de cancelamento de cláusulas restritivas de inalienabilidade, impenhorabilidade e o usufruto constituídos sobre imóvel a eles doado por seus pais, tendo em vista o seu falecimento.

A sentença julgou improcedente o pedido, reconhecendo a incidência do disposto no art. 1676 do CC/16.

O Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo a manteve, dizendo

Acesso ao Sumário

poder extrair-se do ato de doação o intuito de manter a inalienabilidade durante a vida dos donatários, cuja cláusula, assim, não pode ser cancelada.

Em suas razões recursais, aduziram que a sorte das cláusulas de inalienabilidade e impenhorabilidade deve ser a mesma do usufruto constituído em favor dos doadores, institutos que, em verdade, pretendiam a preservação do sustento dos usufrutuários enquanto vivos. Com a extinção do usufruto, extintas também deveriam restar ditas restrições ao direito de propriedade. Referiram violados os arts. 1576 do CC/16, atual art. 1789 do CC/02, a resguardarem o direito dos herdeiros à metade do patrimônio. Asseriu-se, ainda, uma evolução legislativa acerca da matéria, abrandando-se, atualmente, a regra anterior, que vedava terminantemente o cancelamento por ato judicial da cláusula de inalienabilidade, exigindo-se, agora, a justificação, no art. 1.848 do CC/02, da instituição de referidas restrições.

Destacaram que os seus herdeiros necessários, por outro lado, manifestaram anuência no cancelamento das cláusulas em questão, negando-se, assim, vigência aos arts. 104, 107 a 114 do CC/02.

Finalizaram dizendo que as restrições ao direito de propriedade não podem ser perpétuas, decorrendo, aliás, do art. 1238 do CCB o direito ao usucapião do imóvel em questão, desde a extinção do usufruto.

Enfatizaram que, dos donatários sobreviventes, que contariam com idades de 47 a 71 anos à data da interposição do recurso, três não possuiriam herdeiros, somando-se a isso o fato de talvez não vir a tê-los, o que impediria que usufruíssem do bem doado, especialmente porque dentre os atuais proprietários, apenas três se dedicam à atividade rural. Pediram o provimento do recurso.

O recurso especial não foi admitido na origem.

Interposto agravo em recurso especial a ele dei provimento para mais bem analisar o recurso especial.

É o relatório.

Passo a decidir.

De início, é necessário registrar que, em sendo o recurso especial modalidade recursal de fundamentação vinculada, não se permite extrair do acórdão, contra o qual se volta o apelo, realidade fática nele não consignada, e, assim, não se pode, agora, proceder à investigação da vontade do donatário falecido.

A Corte de origem fora categórica em reconhecer, com apoio nas provas e nas cláusulas do instrumento de doação, que os doadores tiveram por premissa, ao doarem seus imóveis aos filhos, mantê-los inalienáveis durante a vida destes de forma a proteger o patrimônio de eventual dilapidação.

Não há, assim, atribuir objetivo e ideação outros aos celebrantes do

Acesso ao Sumário

negócio jurídico entabulado, que não aqueles verificados pela instância a quo, soberana na análise das provas coligidas.

O arcabouço fático, assim, é o de pais que resolveram doar a Fazenda São José do Cambui aos seus filhos, inserindo no contrato cláusulas de inalienabilidade e impenhorabilidade a vigorarem durante a vida dos donatários.

Passados sete anos do falecimento do último dos doadores e, assim, desfeito o usufruto instituído, ajuizaram, os donatários, ação com o objetivo de cancelar as cláusulas de inalienabilidade e impenhorabilidade.

Aduziu-se violado o art. 1576 do CCB/16 (ou art. 1789 do CCB/02) que estabelece: "Havendo herdeiros necessários, o testador só poderá dispor da metade da herança.", e, por outro lado, sustentou- se que a melhor interpretação do art. 1676 do CC/16 seria aquela em que a eficácia das cláusulas não ultrapassasse a morte do doador.

Relembro que este Superior Tribunal já se manifestou acerca da necessidade de se interpretar a regra do art. 1.676 do Código Civil de 1916 com ressalvas, admitindo-se o cancelamento da cláusula de inalienabilidade nas hipóteses em que a restrição, no lugar de cumprir sua função de garantia de patrimônio aos descendentes, representar lesão aos seus legítimos interesses.

Por oportuno, cito os seguintes julgados:

CIVIL. PEDIDO DE ALVARÁ PARA DESCONSTITUIÇÃO PARCIAL DE CLÁUSULA DE IMPENHORABILIDADE. IMÓVEL RURAL. SOLICITAÇÃO DE FINANCIAMENTO PARA DESENVOLVIMENTO DE ATIVIDADE AGROPECUÁRIA. CÉDULA RURAL HIPOTECÁRIA. CÓDIGO CIVIL ANTERIOR, ART. 1.676. EXEGESE. SÚMULA N. 7-STJ.

I. A orientação jurisprudencial adotada pelo STJ é no sentido de se atenuar a aplicação do art. 1.676 do Código Civil anterior, quando verificado que a desconstituição da cláusula de impenhorabilidade instituída pelo testador se faz imprescindível para proporcionar o melhor aproveitamento do patrimônio deixado e o bem-estar do herdeiro, o que se harmoniza com a intenção real do primeiro, de proteger os interesses do beneficiário.

II. Caso que se amolda aos pressupostos acima, porquanto a pretensão de liberar da cláusula restritiva se destina a obter financiamento através de cédula rural hipotecária que grava apenas 20% da gleba e está vinculada ao desenvolvimento de atividade agropecuária.

III. A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial (Súmula n. 7-STJ).

IV. Recurso especial não conhecido. (REsp 303424/GO, Rel. Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR, QUARTA TURMA, julgado em 02/09/2004, DJ 13/12/2004, p. 363)

PRESTAÇÃO DE CONTAS PROPOSTA CONTRA A ADMINISTRADORA

Acesso ao Sumário

DE BEM IMÓVEL, A QUAL, PORÉM, SE OPÕE AO PEDIDO MEDIANTE A ASSERTIVA DE CELEBRAÇÃO DE UM NEGÓCIO JURÍDICO EM QUE SEU MARIDO FIGUROU COMO COMPROMISSÁRIO-COMPRADOR. TRANSAÇÃO EFETUADA QUANDO VIGENTE A CLÁUSULA DE INALIENABILIDADE. INTERPRETAÇÃO DO ART. 1.676 DO CÓDIGO CIVIL. COISA JULGADA. MOTIVOS DA SENTENÇA. QUESTÃO PREJUDICIAL.

- Segundo já decidiu a Quarta Turma do STJ, a regra restritiva à propriedade inscrita no art. 1.676 do Código Civil deve ser interpretada com temperamento, pois a sua finalidade foi a de preservar o patrimônio a que se dirige, para assegurar à entidade familiar, sobretudo aos pósteros, uma base econômica e financeira segura e duradoura. Hipótese em que a transação se fez de irmão a irmão há muitos anos, não negada pelos interessados, com a quitação integral do preço, sendo falecidos os promitentes-vendedores, de molde a dar ensejo ao cancelamento, no Cartório Imobiliário, dos gravames da inalienabilidade e da impenhorabilidade.

- A coisa julgada incide apenas sobre o dispositivo propriamente dito da sentença, não sobre os motivos ou sobre questão prejudicial, salvante quanto a esta a propositura de ação declaratória incidental.

Recurso especial não conhecido. (REsp 89792/MG, Rel. Ministro BARROS MONTEIRO, QUARTA TURMA, julgado em 18/04/2000, DJ 21/08/2000, p. 135)

DIREITO CIVIL. ART. 1.676 DO CODIGO CIVIL. CLAUSULA DE INALIENABILIDADE. PROMESSA DE COMPRA E VENDA. VALIDADE, PELAS PECULIARIDADES DA ESPECIE. A REGRA RESTRITIVA A PROPRIEDADE ENCARTADA NO ART. 1.676 DO CODIGO CIVIL DEVE SER INTERPRETADA COM TEMPERAMENTO, POIS A SUA FINALIDADE FOI A DE PRESERVAR O PATRIMONIO A QUE SE DIRIGE, PARA ASSEGURAR A ENTIDADE FAMILIAR, SOBRETUDO AOS POSTEROS, UMA BASE ECONÔMICA E FINANCEIRA SEGURA E DURADOURA. TODAVIA, NÃO PODE SER TÃO AUSTERAMENTE APLICADA A PONTO DE SE PRESTAR A SER FATOR DE LESIVIDADE DE LEGITIMOS INTERESSES, SOBRETUDO QUANDO O SEU ABRANDAMENTO DECORRE DE REAL CONVENIENCIA OU MANIFESTA VANTAGEM PARA QUEM ELA VISA PROTEGER ASSOCIADO AO INTUITO DE RESGUARDAR OUTROS PRINCIPIOS QUE O SISTEMA DA LEGISLAÇÃO CIVIL ENCERRA, COMO SE DA NO CASO EM EXAME, PELAS PECULIARIDADES QUE LHE CERCAM.

RECURSO ESPECIAL NÃO CONHECIDO. (REsp 10020/SP, Rel. Ministro CESAR ASFOR ROCHA, QUARTA TURMA, julgado em 09/09/1996, DJ 14/10/1996, p. 39009)

A cláusula de inalienabilidade representa uma severa restrição ao direito de propriedade, pois impede que o proprietário exerça um dos poderes

Acesso ao Sumário

inerentes ao domínio: o de dispor livremente do bem.

A doutrina apura que, na Roma antiga, o patrimônio da família possuía caráter inalienável, sendo desonroso se desfazer dos bens dos antepassados. O costume, com o tempo, se evanesceu para, então, no ano de 69 d.C. retornar ao meio social no intuito de defender o patrimônio contra a dilapidação póstuma; como que uma reação ao egoísmo e prodigalidade de seus descendentes, época em que se difundiu a utilização da cláusula de inalienabilidade.

O Código Civil de 1916 a instituiu com força por todo desmesurada, talvez por influência desse sentir desonroso herdado do costume romano, tanto que proibiu o cancelamento por decisão judicial da cláusula de inalienabilidade, fosse instituída inter vivos, fosse instituída causa mortis, à exceção de eventual conflito entre interesse privado e público (desapropriação ou satisfação de tributos).

O dispositivo está assim redigido:

Art. 1676. A cláusula de inalienabilidade temporária, ou vitalícia, imposta aos bens pelos testadores ou doadores, não poderá, em caso algum, salvo os de expropriação por necessidade ou utilidade publica, e de execução por dívidas provenientes de impostos relativos aos respectivos imóveis, ser invalidada ou dispensada por atos judiciais de qualquer espécie, sob pena de nulidade.

Em alguns casos, - deve-se reconhecer - a cláusula se mostra razoável, vindo ao encontro da intenção do doador e em benefício dos donatários, imobilizando o bem sob a propriedade destes para assegurar-lhes um substrato financeiro garantidor de uma vida confortável.

Nem sempre, todavia, será assim, seja porque a imobilização do bem nas mãos dos donatários poderá não garantir-lhes a subsistência, seja porque a própria função social do imóvel objeto do negócio a título gratuito resta por todo combalida, assumindo-se uma posição “antieconômica”, nas palavras de Clóvis Bevilacqua, com a sua retirada do mercado por dilargadas décadas.

Não por outro motivo, o Código Civil de 2002 passou a exigir que o instituidor da inalienabilidade, nos casos de testamento, indique expressamente uma justa causa para a restrição imposta.

Acerca da inovação legislativa ponderaram Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery (Código Civil Comentado. 10. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 1.580-1.581): 5. Cláusula de inalienabilidade, impenhorabilidade e incomunicabilidade sobre os bens da legítima. O CC 1848 estabelece a possibilidade de o bem da legítima ser gravado pelo testador com cláusula de inalienabilidade, impenhorabilidade e incomunicabilidade, excepcionalmente: apenas incide quando exista justa causa. Em outras palavras, o que determina a validade da cláusula não é mais a vontade indiscriminada do testador, mas a existência de justa causa para a restrição imposta voluntariamente

Acesso ao Sumário

pelo testador. Pode ser considerada justa causa a prodigalidade, ou a incapacidade por doença mental, que diminuindo o discernimento do herdeiro, torna provável que esse dilapide a herança. (Grifou-se)

Na vigência do art. 1.646 do Código Civil de 1916, a doutrina criticava a possibilidade do dominus clausular ampla e irrestritamente como inalienáveis os bens por ele transmitidos, especialmente aqueles integrantes da legítima.

Cito, nesse sentido, lição de Orlando Gomes (GOMES, Orlando. Sucessões. 15. ed. rev. e atual. por Mario Roberto Carvalho de Faria. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2012, p. 182-183): De resto, a ojeriza volta-se contra a cláusula, em quaisquer circunstâncias. A civilística francesa sempre lhe foi adversa.

Tende, entretanto, a admiti-la, se temporária e baseada num interesse sério. Argumenta-se que a autorização imotivada para tornar inalienáveis os bens da herança atenta contra o princípio da livre circulação das riquezas, um dos pilares sobre o qual se apoia o ordenamento jurídico, comprometendo respeitáveis interesses sociais. Invocam-se, ademais, razões propriamente jurídicas para condená-la. A proibição de alienar seria contrária aos princípios que dominam a propriedade. A faculdade de dispor é um dos atributos essenciais de domínio, de sorte que a sua supressão pela vontade particular o desnaturaria. O poder de disposição, inerente à propriedade, é ineliminável por verba testamentária, pois, não sendo autolimitável, também não pode ser importante a outrem, dado que os direitos do herdeiro se medem pelos do autor de herança.

Haveria, em resumo, uma impossibilidade jurídica. Rejeita-se a objeção, demonstrando-se que a faculdade de alienar não é, realmente, da essência da propriedade, nem ao menos característica desse direito. A inalienabilidade não ataca o domínio no poder de disposição material da coisa, pois diz respeito apenas à disposição jurídica.

Se, por esse aspecto, não constitui aberração jurídica, é, entretanto, insustável quando a proibição de alienar recai nos bens da legítima. Pertence ela de pleno direito aos herdeiros necessários, a eles devendo passar nas condições em que se encontram no poder do autor da herança. Da circunstância de que constituem reserva inalterável, os bens da legítima devem transmitir-se tal como se achavam no patrimônio do defunto. Em consequência, quando ocorre o óbito do autor da herança a plenitude dos direitos não pode sofrer restrições, atentatórias, que são, da legítima expectativa convertida em direito adquirido.

Não se justifica, realmente, a permissão de clausular a legítima. A preocupação do testador de preservar da adversidade o herdeiro necessário pode ser atendida por outros meios jurídico que não a sacrificam.

De resto, a proteção visada pelo ascendente cauteloso se transforma, não raro, num estorvo, antes prejudicando do que beneficiando, ou numa

Acesso ao Sumário

inutilidade. Permitida, por outro lado, a livre disposição testamentária dos bens inalienáveis, nada impede que seu titular o grave, em testamento, com o mesmo ônus, e assim sucessivamente, permanecendo eles retirados da circulação por várias gerações.

Necessário se torna, assim, abolir a prerrogativa de clausular os bens com a inalienabilidade, ao menos da legítima. (Grifou-se)

Perceba-se que, se à primeira vista a lição não caberia ao caso dos autos porque doação e não testamento, analisando-se de modo parcimonioso a situação, o ato inter vivos de transferência de bem do patrimônio dos pais aos filhos configura adiantamento de legítima e, com a morte dos doadores, passa a ser legítima propriamente dita, razão da necessidade de equilibrarem-se os quinhões, colacionando-se e redistribuindo aquilo que exceder ao que legalmente receberia sucessor.

O negócio jurídico de doação, por outro lado, na forma como celebrado, tendo os seus efeitos projetados por décadas a fio, pode, na esteira do que prescreve o art. 2.035 do CCB, ver ditos efeitos regulados pelas normas da novel codificação civil, especialmente porque a cláusula de inalienabilidade erigida na década de 80 está a fragilizar a função social do imóvel rural objeto da doação há mais de 30 anos.

Não havendo justo motivo para que se mantenha congelado o bem sob a propriedade dos donatários, todos maiores, que manifestam não possuir interesse em manter sob o seu domínio a referida fazenda, há de se cancelar a cláusula de inalienabilidade.

A intenção de resguardar o patrimônio dos filhos acaba por colocá-lo em risco, pois não detêm os atuais proprietários interesse em manter imóvel, que exige de conhecimentos específicos para dele usufruir-se e a ele dar sua efetiva função social, sob a sua propriedade.

Querem voltar a dele dispor, como, aliás, decorre de ordinário do direito de propriedade.

Mais do que isso, em sendo vitalícia a inalienabilidade, o direito de propriedade apenas poderia ser, em toda a sua plenitude, exercido pelos herdeiros dos donatários e, consoante alegam no recurso especial, os seus herdeiros renunciam em favor dos pais ao seu direito, não se maculando, sequer, os direitos da prole existente, acaso fosse este o interesse do doador.

A fazenda, ademais, razoável conceber-se, nem por todos haveria de ter o mesmo trato, alguns podendo dela usufruir e outros, seja por desinteresse, seja por trilharem destinos diversos daqueles que eventualmente teriam sido almejados pelos pais, acabam por desempenhar funções outras que poderiam depender, muitas vezes, para o seu desenvolvimento ou manutenção do numerário obtido com a venda do imóvel de que se cuida.

Ante o exposto, dou provimento ao recurso especial para, julgando procedente o pedido inicial, autorizar a extinção do gravame.

Intimem-se.

Acesso ao Sumário

Brasília (DF), 11 de setembro de 2014.
MINISTRO PAULO DE TARSO SANSEVERINO
Relator

In casu, há justa causa a autorizar o cancelamento do gravame e, por conseguinte, a venda dos imóveis, porquanto inexiste numerário suficiente para honrar os débitos oriundos do ITCMD e das despesas processuais, sendo certo que a mantença da restrição trará consequências adversas aos herdeiros e a cláusula perderá a sua função, que é a de justamente proteger o patrimônio transmitido aos sucessores.

Por conseguinte, tem-se por razoável a desconstituição da cláusula de inalienabilidade no tocante aos imóveis localizados no Município de Cubatão, objeto da matrícula 3219 do CRI local, autorizando-se, pois, a venda deles e expedindo-se o respectivo alvará, com prazo de 180 dias.

Vale observar, por fim, que a quantia obtida com a venda e que sobejar o valor do ITCMD e das despesas processuais do inventário deverá ser depositada em conta judicial e servirá, por certo, ao pagamento de outras despesas futuras e inerentes ao próprio feito (v.g. certidões, declarações, honorários advocatícios, registro do formal de partilha etc.).

Para tanto, pois, é provido o agravo.

Essas as razões pelas quais se entende ser caso de dar-se provimento ao agravo, manifestando-se aqui o quanto se tem como necessário e suficiente à solução da causa, dentro da moldura em que apresentada e segundo o espectro da lide e legislação incidente na espécie, sem ensejo a disposição diversa e conducente a outra conclusão, inclusive no tocante a eventual pré-questionamento de questão federal, anotando-se, por fim, haver-se decidido a matéria consoante o que a turma julgadora teve como preciso a tanto, na formação de sua convicção, sem ensejo a que se afirme sobre eventual desconsideração ao que quer que fosse, no âmbito do debate travado entre os litigantes.

Ante o exposto, ao agravo é dado provimento, com observação, nos termos enunciados.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2116614-35.2015.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante ANTONIO AUGUSTO, é agravado UNIMED PAULISTANA SOCIEDADE COOPERATIVA DE TRABALHO MÉDICO.

ACORDAM, em 10ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça

Acesso ao Sumário

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 26.395)**

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

São Paulo, 16 de fevereiro de 2016.

JOÃO CARLOS SALETTI, Relator

Ementa: CUMPRIMENTO DE SENTENÇA - Inaplicabilidade da multa prevista no artigo 475-J do CPC - Executada que efetuou depósito de 30% do valor do débito, no prazo legal, e ofereceu parcelamento do restante - Exequente que não se opôs ao parcelamento, mas exige se imponha à executada a multa do artigo 475-A, porque prevista na lei - Conduta que não se compadece com a concordância para com o parcelamento, medida esta benéfica para o seu interesse e que encontra fundamento no artigo 745-A, do CPC, aplicável subsidiariamente ao cumprimento da sentença - Decisão que nega a imposição da multa, mantida. Agravo não provido.

VOTO

Em ação de obrigação de fazer, na fase de cumprimento de sentença, o Juízo decidiu pela inaplicabilidade da multa estipulada no artigo 475-J do Código de Processo Civil (fls. 20).

Insurge-se o exequente. Alega: **a)** a r. decisão agravada não tem fundamento legal e contraria texto legal, pois a aplicação da multa prevista pelo artigo 475-J é decorrente da lei, não podendo e não devendo o Magistrado afastar a imposição com o simples fundamento subjetivo de ter a parte se oposto ou não à execução de modo contumaz; mesmo que fosse possível, tal interpretação não guarda correspondência com os documentos juntados ao processo; **b)** após mais de sete anos de demanda, passando por todas as instâncias do Poder Judiciário, promoveu a execução definitiva da sentença, requerendo o pagamento e a aplicação dos artigos correspondentes à execução de título judicial; **c)** o pleito foi deferido pelo Juízo em 2 de dezembro de 2014 e em 21 de janeiro de 2015, a executada juntou petição requerendo o parcelamento da dívida executada, depositando o correspondente a 30% do valor da execução e se comprometendo a adimplir o restante em 6 parcelas iguais e consecutivas; **d)** contrariamente ao afirmado pelo r. despacho agravado, se opôs clara e inequivocamente ao

Acesso ao Sumário

parcelamento da dívida, insistindo sempre na aplicação da multa do artigo 475-J do diploma processual.

Requer o provimento do recurso para ser reformada a r. decisão recorrida.

A agravada respondeu às fls. 103/107.

É o relatório.

1. Pretende o exequente seja aplicada à executada a multa do artigo 475-J do Código de Processo Civil.

O Juízo decidiu pela inaplicabilidade da multa, sob o fundamento de que o exequente "*não se opôs de forma contumaz ao parcelamento da dívida (fl. 606)*".

De fato. Na petição reproduzida às fls. 86/87, o recorrente afirmou que:

> "em nenhum momento (...) concordou com o parcelamento do débito requerido nesta execução, ao contrário requereu a aplicação da multa de 10% sobre o valor atualizado da execução, nos moldes do artigo 475-J do CPC e imediata execução do saldo devedor apurado a época."
>
> "No entanto não se opõe ao parcelamento da dívida, uma vez que já foram depositadas 4 parcelas de 7 do montante devido e provavelmente até a apreciação desta petição a 5 parcela também já estará depositada nos autos."
>
> "Assim, a intenção de parcelamento da empresa executada de uma forma ou de outra prevaleceu sobre o texto legal".

Não obstante, asseverou, "*entende devida a aplicação da multa prevista no artigo 475-J*" (fls. 87).

Desse modo, em que pese tenha a executada depositado, no prazo legal, valor inferior ao devido (30%), é indubitável que a concordância do exequente com esse depósito e com o parcelamento afastou a consideração de descumprimento da obrigação no lugar de seu cumprimento espontâneo no prazo de quinze dias assegurado pela norma. A concordância não se compadece com a pretendida imposição do aditivo que, aliás, incidiria, fosse o caso, não sobre o todo da obrigação, mas sobre a parte não paga no prazo de quinze dias.

Assim prevê o artigo 745-A do Código de Processo Civil:

> "No prazo para embargos, reconhecendo o crédito do exequente e comprovando o depósito de 30% do valor em execução, inclusive custas e honorários de advogado, poderá o executado requerer seja admitido a pagar o restante em até seis parcelas mensais, acrescidas de correção monetária e juros de um por cento ao mês".

A norma não se acha no capítulo do Código de Processo Civil reservado ao cumprimento da sentença, mas pode ser aplicada subsidiariamente neste caso.

Anotam THEOTÔNIO NEGRÃO e continuadores (cf. *Código de Processo*

Acesso ao Sumário

Civil e Legislação Processual em Vigor, 45ª edição, Saraiva), esclarecendo sobre a aplicabilidade do dispositivo também em execução de título judicial, em fase de cumprimento de sentença:

> "O art. 475-R do CPC expressamente prevê a aplicação subsidiária das normas que regem o processo de execução de título extrajudicial, naquilo que não contrariar o regramento do cumprimento de sentença, sendo certa a inexistência de óbice relativo à natureza do título judicial que impossibilite a aplicação da norma em comento, nem mesmo incompatibilidade legal. Portanto, o parcelamento da dívida pode ser requerido também na fase de cumprimento de sentença, dentro do prazo de 15 dias previsto no art. 475-J, caput, do CPC. Caracterizado parcelamento como técnica de cumprimento espontâneo da obrigação fixada na sentença e fruto do exercício de faculdade legal, descabe a incidência da multa calcada no inadimplemento (art. 475-J do CPC)..." (nota 4b, ao artigo 745-A do CPC, pág. 916).

Além disso, também anotam:

> "O parcelamento da dívida não é direito potestativo do devedor, cabendo ao credor impugná-lo, desde que apresente motivo justo e de forma fundamentada, sendo certo que o juiz poderá deferir o parcelamento se verificar atitude abusiva do exequente, uma vez que tal proposta é-lhe bastante vantajosa, a partir do momento em que poderá levantar imediatamente o depósito relativo aos 30% do valor exequendo e, ainda, em caso de inadimplemento, executar a diferença, haja vista que as parcelas subsequentes são automaticamente antecipadas e é inexistente a possibilidade de impugnação pelo devedor" (STJ-4ªT., Resp 1.264.272, Min. Luis Felipe, j. 15.5.12, DJ 22.6.12) (nota 5ª do mesmo artigo, pág. 916).

Neste caso, a resistência oposta pelo credor reside unicamente em que a lei manda aplicar a multa. Por relevante que seja o motivo porque, afinal, a norma se acha em vigor, menos importante não é que, diante da notória situação de quase insolvabilidade vivenciada pela Unimed Paulistana, a ponto de ser obrigada pela ANS a transferir sua carteira de clientes, o parcelamento, sem imposição de multa, é medida benéfica para o recorrente.

Diante desse quadro, a r. decisão, portanto, merece ser mantida.

2. Ante o exposto, nego provimento ao recurso.

É meu voto.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2268797-88.2015.8.26.0000, da Comarca de Santos, em que é agravante G.M.A. (JUSTIÇA GRATUITA) (MENOR(ES) REPRESENTADO(S)), é agravado T.O.C.D.

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 n. 13.353)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores CLAUDIO GODOY (Presidente), AUGUSTO REZENDE e RUI CASCALDI.

São Paulo, 15 de março de 2016.

CLAUDIO GODOY, Relator

Ementa: Agravo de instrumento. Execução de alimentos. Penhora sobre eventuais créditos do devedor na chamada Nota Fiscal Paulista. Possibilidade. Art. 655, XI, do CPC. Decisão reformada. Recurso provido.

VOTO

Cuida-se de agravo de instrumento tirado de decisão que, em ação de execução de alimentos, indeferiu expedição de ofício à Fazenda do Estado para verificação da existência e eventual penhora de créditos do devedor, resultantes da adesão ao programa da *Nota Fiscal Paulista*. Sustenta o agravante que a execução se arrasta há anos, sem completa satisfação de crédito essencial, não havendo qualquer óbice à providência constritiva postulada, conforme precedentes desta Corte que cita.

Deferido o efeito ativo (fls. 32/33), o recurso foi regularmente processado, sem resposta.

A Procuradoria de Justiça foi pelo provimento (fls. 41/43).

É o relatório.

Assente-se persistirem, ao que se entende, as ponderações lançadas quando deferido o efeito ativo postulado. Conforme lá se assentou:

"O pleito liminar deve ser deferido.

Com efeito, além dos precedentes citados na interposição, inúmeros são os arestos desta Corte permitindo a expedição de ofício como requerido pelo agravante, para verificação da existência e penhora de créditos do

Acesso ao Sumário

devedor, decorrentes da adesão ao programa da Nota Fiscal Paulista. A título exemplificativo, vale conferir: ***TJSP, AI n. 2217782-80.2015, rel. Des. Cesar Lacerda; AI n. 2217714-33.2015, rel. Des. Cesar de Almeida; AI n. 2174169-10.2015, rel. Des. Roque Mesquita; AI n. 2173564-64.2015, rel. Des. Ana Coutinho.***

A consideração básica é a de que estes créditos traduzem real montante pecuniário, passível de constrição. E tanto mais se na espécie se executa verba alimentar.

Claro que a situação pressupõe adesão do consumidor ao programa e a existência de valores que sejam créditos ressarcíveis. Mas o que só se apura com o ofício a expedir."

Acrescente-se, apenas, que a pretensão do credor nada mais é do que buscar, mediante intervenção judicial, informação protegida por sigilo e atinente a possível crédito do devedor, bem assim penhorá-lo, senão por aplicação, ainda que analógica, do inciso I do artigo 655 do Código de Processo Civil, de todo modo diante da previsão do inciso XI daquele mesmo artigo. Note-se que, salvo as exceções legais, de que ora não se cuida, todo o patrimônio do executado responde pela dívida (CPC, art. 591).

Nesta esteira, e além dos precedentes acima indicados, confira-se julgado desta Câmara:

> *EXECUÇÃO - PENHORA - Decisão que indeferiu a expedição de ofício à Secretaria da Fazenda Estadual, para obtenção de informações sobre eventuais créditos do executado junto ao "Programa Nota Fiscal Paulista" e posterior bloqueio destes - Descabimento - Impossibilidade de a parte, por si própria, obter as almejadas informações - Satisfação do credor é a diretriz máxima do processo de execução - Créditos obtidos no referido programa equivalem a dinheiro - Inteligência do art. 655, I, do Código de Processo Civil - Ante o insucesso de tentativas anteriores de realizar penhora junto aos ativos financeiros depositados em instituições bancárias, bem como à busca infrutífera de bens aptos à constrição, expedição do guerreado ofício é medida que se impõe - Recurso provido.* **(Agravo de Instrumento 0111631-32.2012.8.26.0000, Rel. Rui Cascaldi, 1ª Câmara de Direito Privado, j. 11/09/2012)**
>
> Ante o exposto, **DÁ-SE PROVIMENTO** ao recurso.

ACÓRDÃO

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

Acesso ao Sumário

2241454-20.2015.8.26.0000, da Comarca de São José do Rio Preto, em que é agravante UNIÃO FEDERAL, é agravado F.I.C.M.L. - MASSA FALIDA.

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 em parte ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 28448)**

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

São Paulo, 15 de fevereiro de 2016.

FRANCISCO LOUREIRO, Relator

Ementa: FALÊNCIA. Habilitação de crédito previdenciário requerida mediante ofício expedido pela Justiça do Trabalho. Artigo 114, VIII, da Constituição Federal. Caráter excepcional da regra, a ser interpretada de forma restritiva. Juízo trabalhista que não tem legitimidade ativa para conduzir o incidente de habilitação de crédito. Necessidade, contudo, de comunicar o Procurador da Fazenda Nacional, a quem cabe a postura ativa de formular os requerimentos perante o Juízo falimentar. Principio da economia processual. Decreto de extinção afastado, para determinar o prosseguimento da habilitação, com oportunidade à União de postular a correção do polo ativo. Recurso parcialmente provido.

VOTO

Cuida-se de agravo de instrumento, com pedido de antecipação dos efeitos da tutela recursal, tirado de decisão que indeferiu o requerimento formulado pelo Juízo da 3ª Vara do Trabalho de São José do Rio Preto em face do B.I.S.P.S.A., no qual se pretendeu a habilitação de crédito decorrente da ação trabalhista (...) RT, envolvendo contribuições previdenciárias no importe de R$4.443,16 onde figura como reclamante o Sr. J.F.B.

Fê-lo o decisum recorrido, nos seguintes termos:

"(...) De acordo com o art. 114, inciso VIII, da Constituição Federal, 'Compete à Justiça do Trabalho processar e julgar (...) a execução, de ofício, das contribuições sociais previstas no art. 195, I, a , e II, e seus acréscimos legais, decorrentes das sentenças que proferir'. Assim, somente pode providenciar a execução, de ofício, das custas e contribuições previdenciárias decorrentes da sentença que proferir.

Acesso ao Sumário

Contudo, não detém legitimidade para transferir a responsabilidade para o juízo universal da falência, uma vez que na lei 11.101/2005 não prevê a hipótese de habilitação, de ofício, no concurso de credores. O crédito deve ser habilitado pelo credor, que no caso dos autos é a União Federal, por meio do INSS (Instituto Nacional do Seguro Social). Neste sentido: 'Agravo. Certidão expedida pela Justiça do Trabalho informando sobre crédito previdenciário reconhecido em sentença judicial. Pretensão da União Federal de habilitação de ofício. Inexistência de previsão na Lei n° 11.101/2005, cabendo à União Federal valer-se da habilitação de crédito. Agravo improvido.' (TJSP, Câm. Reservada à Falência e Recuperação, Agr. Instrum. 0211802-65.2010.8.26.0000, Rel. Des. Pereira Calças, j. 19.10.2010) Além disso, a Justiça do Trabalho não tem legitimidade para requerer a habilitação de crédito junto ao Juízo Universal da Massa Falida, nem mesmo em nome de terceiro, no caso, os créditos trabalhistas de J.F.B., por não ter este competência de determinar, de ofício, a inclusão do referido crédito no quadro geral de credores da massa falida. Neste sentido: 'APELAÇÃO CÍVEL. HABILITAÇÃO DE CRÉDITO TRABALHISTA EM FALÊNCIA. SENTENÇA QUE JULGOU PROCEDENTE A HABILITAÇÃO DO CRÉDITO. INSURGÊNCIA QUANTO A ILEGITIMIDADE DA JUSTIÇA DO TRABALHO PARA HABILITAR O CRÉDITO. PROCESSO QUE TEM INÍCIO ATRAVÉS DE OFÍCIO DA VARA DO TRABALHO. INEXISTÊNCIA DE MANIFESTAÇÃO NOS AUTOS DOS CREDORES INTERESSADOS. NÃO FORMADA A RELAÇÃO PROCESSUAL. NULIDADE DO FEITO RECONHECIDA. EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO. APELAÇÃO CONHECIDA E PROVIDA.'. (Apelação AC 5404040PR0540404-0, 18ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Paraná. J. 23.9.2009, Rel. José Carlos Delacqua)'. Ante o exposto, INDEFIRO a presente HABILITAÇÃO DE CRÉDITO pleiteada pelo JUÍZO DA 3ª VARA DO TRABALHO DE SÃO JOSÉ DO RIO PRETO e de J.F.B. em face da MASSA FALIDA DO B.I.S.P.S.A., ficando resguardado ao Sr. J.F.B., o direito de requerer a inclusão de seu crédito através de sua própria habilitação. Intime-se e oficie-se ao INSS, com cópia integral da presente habilitação, para os devidos fins. Decorrido o prazo para oferecimento de eventuais recursos contra esta decisão, ao arquivo. Int".

Alega a agravante, em síntese, que a própria Constituição Federal, no artigo 114, VIII estabelece a possibilidade da execução, de ofício, pelo Juízo Trabalhista, das contribuições sociais decorrentes de condenação que proferir, motivo pelo qual o argumento de ausência de legitimidade não pode ser mantido, certa de que "como pode executar de oficio tais contribuições, não há óbice presumido para sua habilitação de crédito em ação falimentar, decorrendo de tal dispositivo CONSTITUCIONAL, sua legitimidade" (p. 4).

Afirma, por outro lado, que "nos termos do art. 108, da Consolidação dos Provimentos da Corregedoria Geral da Justiça do Trabalho de 2012, em caso de

Acesso ao Sumário

crédito previdenciário apurado de ofício, cabe ao juízo trabalhista encaminhar a respectiva certidão ao juízo falimentar, dando ciência do fato ao representante da União que atua na execução *ex officio*, no caso, o Procurador Federal. A seguir, o Procurador Federal deve comunicar o fato à PGFN, para que, nos termos da lei falimentar, requeira a reserva de numerários. Tais conclusões são corroboradas pelo Parecer PGFN/CRJ 1068/09" (p. 4).

Em razão do exposto e pelo que mais argumenta às p. 1/8 pede, ao final, o provimento do recurso.

Não convertido o presente agravo de instrumento em agravo retido, foi deferido em parte o pedido de liminar.

Devidamente intimados nem a agravada, nem o administrador judicial ofertaram resposta, nem houve oposição das partes a realização do julgamento virtual (p.93).

É o relatório.

O recurso comporta provimento parcial, para afastar o decreto de extinção e determinar o prosseguimento da habilitação de crédito, com oportunidade à União para postular a correção do polo ativo.

O artigo 114, VIII, da Constituição Federal permite a execução de ofício das contribuições sociais previstas no artigo 195, I e II e seus acréscimos legais, das sentenças que preferir, porém, não é possível interpretá-lo com a largueza que pretende a União.

A interpretação, no caso, deve ser feita de maneira restritiva diante do caráter excepcional da regra.

A execução dos seus julgados na própria Justiça Trabalhista difere da mera habilitação de crédito perante outro juízo (da falência).

No caso do incidente de habilitação, a interpretação da União culminaria em exigir do magistrado posição ativa em relação ao crédito do interessado em evidente violação do princípio da imparcialidade.

Porém, dentro do âmbito permissivo da regra constitucional e do artigo 108 da Consolidação dos Provimentos da Corregedoria Geral da Justiça do Trabalho (mencionado pelo procurador da fazenda nacional, à página 4), cabe ao juízo trabalhista apenas encaminhar a respectiva certidão ao juízo falimentar, "dando ciência do fato ao representante da União que atua na execução *ex officio*, no caso, o Procurador Federal. A seguir, o Procurador Federal deve comunicar o fato à PGFN, para que, nos termos da lei falimentar, requeira a reserva de numerários. Tais conclusões são corroboradas pelo Parecer PGFN/CRJ 1068/09".

Ou seja, o Juízo Trabalhista, na execução que já tramita na Justiça do Trabalho (no âmbito de sua competência) encaminha a certidão ao Juízo

Acesso ao Sumário

Falimentar e comunica o fato ao Procurador Federal que, posteriormente, cientifica a Procuradoria Geral da Fazenda Nacional para que esta requeira a reserva de numerários.

Portanto, não cabe ao Juízo do Trabalho promover a habilitação, como bem ponderou o D. Magistrado *a quo*, mas sim ao Procurador da Fazenda Nacional, a quem cabe a postura ativa de formular os requerimentos pertinentes perante o Juízo falimentar.

Conforme a própria União afirma em suas razões:

> "(...) conforme consta do art. 99 da Consolidação dos Provimentos da Corregedoria-Geral da Justiça do Trabalho, A certidão de crédito previdenciário e os documentos que a instruem serão remetidos, por ofício (pelo Juiz do Trabalho), para a Vara da Justiça Comum em que tramita o processo de falência, dando-se ciência do ato ao representante judicial da União. Assim, faz-se imperiosa a comunicação imediata da PGF à PGFN quanto à remessa do referido ofício para que a PGFN possa requerer a reserva de numerário e inclusão do crédito no Quadro Geral de Credores" (p. 5).

Ou seja, não tem o Juízo do Trabalho legitimidade ativa para conduzir o incidente de habilitação de crédito, como faz crer a recorrente.

Cabível, porém, afastar o decreto de extinção para que a Procuradoria Geral de Fazenda Nacional seja intimada a se manifestar nos autos demonstrando interesse em assumir o polo ativo do incidente, corrigindo-o, se for o caso, em atenção ao princípio da economia processual, aproveitando-se os atos e documentos até então juntados nos autos.

Em suma, dou provimento parcial ao recurso, para que seja providenciado as medidas acima explicitadas.

ACÓRDÃO

Acesso ao Sumário

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2021654-87.2015.8.26.0000, da Comarca de Araçatuba, em que são agravantes MARLENE QUEIROZ NUNES DE PAULA e ANTONIO NUNES DE PAULA (ESPÓLIO), é agravado BANCO BAMERINDUS DO BRASIL S/A - EM LIQUIDAÇÃO EXTRAJUDICIAL.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 14ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 42288e)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores MAURÍCIO

PESSOA (Presidente sem voto), THIAGO DE SIQUEIRA e LÍGIA ARAÚJO BISOGNI.

São Paulo, 22 de fevereiro de 2016.

MELO COLOMBI, Relator

Ementa: FRAUDE À EXECUÇÃO. DAÇÃO DE IMÓVEL À FILHA DO EXECUTADO QUE, NA QUALIDADE DE FIADORA DO PAI, QUITOU A DÍVIDA, SUBROGANDO-SE NO DIREITO DO CREDOR E PROSSEGUINDO NOS MESMOS AUTOS. REQUISITOS.

1. O ora agravado ajuizou monitória tendo por objeto dívida oriunda de concessão de crédito em conta bancária.

2. Quando do ajuizamento desse feito, contudo, já havia penhora registrada na matrícula do imóvel objeto do decreto de fraude, relativa a um feito executivo.

3. Na execução, a filha do executado, na qualidade de fiadora do pai, quitou a dívida, sub-rogando-se nos direitos do credor. E se voltou contra os afiançados nos mesmos autos.

4. De maneira que a transferência do imóvel pelo executado e esposa à sua filha, como dação em pagamento na execução, ainda que posterior à citação do executado na segunda, não configura fraude à execução.

5. Recurso provido.

VOTO

Trata-se de agravo de instrumento interposto por Marlene Queiroz Nunes de Paula e o espólio de Antonio Nunes de Paula contra r. decisão copiada às fls. 17 que, em ação de execução proposta por Banco Bamerindus do Brasil S/A, declarou que a dação em pagamento realizada em outra execução pelo falecido e sua esposa se deu em fraude à execução.

Os agravantes sustentam violação a coisa julgada e validade da tradição do bem.

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

Acesso ao Sumário

Acórdão de fls. 108/111 firmou a competência desta Turma para solucionar o recurso.

É o relatório.

Consoante dispõe o Código de Processo Civil, considera-se em fraude à execução a alienação ou oneração de bens, quando, ao tempo da alienação ou oneração, corria contra o devedor demanda capaz de reduzi-lo à insolvência (artigo 593, II).

No caso, porém, o Banco Bamerindus, ora agravado, ajuizou ação monitória contra Antonio Nunes de Paula para reaver saldo devedor oriundo da utilização de crédito em conta corrente. O feito data de agosto de 1998, e consigna dívida contraída entre 9.4.96 e 5.8.98, conforme fls. 13/16.

Ocorre que, nessa ocasião, já corria contra o mesmo devedor execução aparelhada pelo Banco Geral do Comércio, inclusive com penhora registrada na matrícula do imóvel 576, do CRI de Pedra Preta/MT. Veja-se que, de acordo com a av. 6 do aludido registro imobiliário, o mandado de penhora é de 8.4.96 (vide fls. 53).

Naquele feito executivo, a senhora Ângela Queiroz Nunes, filha do executado e de Marlene Queiroz de Paula, na qualidade de fiadora do pai, quitou a dívida perante o banco, que era superior a um milhão de reais. E, sub-rogando-se nos direitos do credor, prosseguiu na execução, obtendo para si o imóvel objeto da matrícula 576, pelo valor do débito, como dação em pagamento. Esse acordo obteve homologação judicial. E embora tenha ocorrido somente em março de 2006, consideradas as circunstâncias do caso, temos por não configurados os requisitos do art. 593, II, do Código de Processo Civil.

A alegação de que o executado Antonio Nunes de Paula teria adquirido e alienado bens depois de falecido não vinga.

Verifica-se da Av. 12 da matrícula em testilha que a escritura pública de aquisição dataria **do ano de 1991**, tendo sido apenas registrada em 2004. E o R. 14 se refere a dação em pagamento feita **pelo espólio** nos autos daquela outra execução em que realizada a penhora anterior, conforme se verifica do Termo de Audiência reproduzido às fls. 32.

Ou seja, "data venia", a dação em pagamento questionada não fraudou a presente execução.

Posto isso, dá-se provimento ao recurso para afastar o decreto de fraude.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

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

2264135-81.2015.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante MARIA CLAUDIA DA SILVA, é agravada DECOLAR. COM LTDA.

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 19273)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores PAULO PASTORE FILHO (Presidente) e IRINEU FAVA.

São Paulo, 22 de fevereiro de 2016.

AFONSO BRÁZ, Relator

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO. ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA. Ação de indenização por danos materiais c/c danos morais. Efetiva hipossuficiência de recursos não comprovada. Documentos insuficientes para comprovar a impossibilidade de arcar com o recolhimento da taxa judiciária. Indeferimento mantido. RECURSO DESPROVIDO.

VOTO

Agravo de instrumento interposto contra r. decisão do MM. Juízo *a quo*, acostada à fl. 81, que indeferiu o pedido de assistência judiciária formulado pela autora, nos autos da ação de indenização por danos materiais c/c danos morais, sob o fundamento de que *(...) a autora aufere renda mensal próxima de R$ 4.000,00 e que lhe confere capacidade econômica para custear as despesas processuais sem prejuízo do sustento próprio e de eventuais familiares (...)* e determinou o recolhimento das custas iniciais, no prazo de 10 (dez) dias, sob pena de cancelamento da distribuição.

Sustenta a recorrente, em síntese, ter direito à assistência judiciária mediante afirmação de não possuir condições de arcar com o recolhimento da taxa judiciária sem comprometimento do seu sustento e de sua família. Aduz suficiência da declaração de pobreza (fl. 30) para o conhecimento do pedido. Busca a reforma do *decisum*, e o provimento do recurso, para concessão da assistência judiciária.

Recurso instruído com as peças necessárias e regularmente processado, com concessão do efeito suspensivo. Dispensadas as informações. (fls. 85/86) e sem contraminuta ante a não triangulação da relação processual.

É o relatório.

Acesso ao Sumário

É do comando constitucional que a assistência jurídica integral e gratuita seja prestada aos que comprovarem insuficiência de recursos.

Não se pode olvidar da supremacia da norma constitucional, porém podemos harmonizar tais dispositivos, expurgando-se do benefício àqueles que não revelam efetiva necessidade do favor estatal. Sem esse filtro, necessário para atender os realmente necessitados, teremos uma distribuição indiscriminada do benefício, em favorecimento de todos, sem nenhum critério, onerando desnecessariamente o Estado e reduzindo a efetiva defesa daqueles que efetivamente dela necessitam.

Assim a mera declaração não comprova a hipossuficiência para os fins deste feito e, dessa forma, não fornece lastro suficiente a concessão da justiça gratuita.

O direito assegurado pela Lei nº 1.060/50 não é absoluto e a declaração de que a requerente é pobre terá de ser apreciada em seus devidos termos, tanto que o artigo 5° autoriza o indeferimento do pedido de assistência judiciária se o juiz tiver fundadas razões e os elementos trazidos aos autos não autorizem a dar crédito à declaração de miserabilidade.

O julgador deve analisar a real necessidade da concessão do benefício de assistência judiciária, caso a caso, para então aferir se a requerente tem ou não condições de arcar com os encargos do processo.

Trata-se de ação de inexistência de débitos c/c danos morais, causa a que se deu o valor de R$ 83.971,84 (fl.64), que demanda o recolhimento da taxa judiciária, inicial, da quantia de R$ 839,72.

A caracterização da insuficiência econômica, necessária para a concessão do benefício da assistência judiciária, deve resultar da consideração do valor da taxa judiciária a ser recolhida inicialmente e da possibilidade da ocorrência das despesas elencadas no artigo 3º, incisos IV a VII da Lei 1.060/50[1], é o que se depreende do art. 13 do referido diploma que estabelece expressamente: "Se o

Acesso ao Sumário

1 Lei 1060/50 - Art. 3º. A assistência judiciária compreende as seguintes isenções:

I - das taxas judiciárias e dos selos;

II - dos emolumentos e custas devidos aos Juízes, órgãos do Ministério Público e serventuários da justiça;

III - das despesas com as publicações indispensáveis no jornal encarregado da divulgação dos atos oficiais;

IV - das indenizações devidas às testemunhas que, quando empregados, receberão do empregador salário integral, como se em serviço estivessem, ressalvado o direito regressivo contra o poder público federal, no Distrito Federal e nos Territórios; ou contra o poder público estadual, nos Estados;

V - dos honorários de advogado e peritos.

VI - das despesas com a realização do exame de código genético - DNA que for requisitado pela autoridade judiciária nas ações de investigação de paternidade ou maternidade. (Incluído pela Lei nº 10.317, de 2001)

VII - dos depósitos previstos em lei para interposição de recurso, ajuizamento de ação e demais atos processuais inerentes ao exercício da ampla defesa e do contraditório. (Incluído pela Lei Complementar nº 132, de 2009).

Parágrafo único. A publicação de edital em jornal encarregado da divulgação de atos oficiais, na forma do inciso III, dispensa a publicação em outro jornal. (Incluído pela Lei nº 7.288, de 1984)

assistido puder atender, em parte, as despesas do processo, o Juiz mandará pagar as custas que serão rateadas entre os que tiverem direito ao seu recebimento".

Ademais disso, diante da natureza da presente demanda que se caracteriza pela ausência de complexidade, que afasta desde logo outras despesas extraordinárias no curso do feito, deixa estampado que o recolhimento da taxa judiciária, certamente não inviabilizará o sustento próprio ou da família da requerente.

In casu, não obstante a recorrente ter apresentado declaração de pobreza (fl. 30), alegando não possuir condições de arcar com o recolhimento da taxa judiciária dada sua hipossuficiência, juntou aos autos cópias dos Impostos de Rendas referentes aos anos de 2012 a 2014 (fls. 65/70), sendo que às fls. 69 aufere-se que a mesma recebeu no ano de 2014 R$ 45.391,40, o que dá uma média de mensal de aproximadamente R$ 3.780,00.

Ademais, os demonstrativos de pagamentos acostados às fls. 74/76 demonstram que a agravante recebe, em média mensal, R$ 3.200,00, situação que não se coaduna com a alegada miserabilidade.

Como bem asseverado pelo Juízo de base *(...) indefiro a assistência judiciária pedida, pois a autora aufere renda mensal próxima de R$ 4.000,00 e que lhe confere capacidade econômica para custear as despesas processuais sem prejuízo do sustento próprio e de eventuais familiares (...)*

Destarte, deve ser mantida a r. decisão agravada.

Considerando precedentes dos Tribunais Superiores, que vêm registrando a necessidade do prequestionamento explícito dos dispositivos legais ou constitucionais supostamente violados e, a fim de evitar eventuais embargos de declaração, apenas para tal finalidade, por falta de sua expressa remissão na decisão vergastada, mesmo quando os tenha examinado implicitamente, dou por prequestionados os dispositivos legais e/ou constitucionais apontados pela parte.

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

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2231061-36.2015.8.26.0000, da Comarca de Agudos, em que são agravantes CLAUDIO CENTINARI, COMPANHIA AGRÍCOLA QUATÁ, REGINA CÉLIA TOZATO CENTINARI, PEDRO PAVANELLO, IRINEU PAVANELLO, JOSÉ PAVANELLO FILHO, JOÃO ANGELO PAVANELLO, JOSÉ CARDOSO NETO e GUIOMAR GALLI CARDOSO, é agravado MOVIMENTO DOS

Acesso ao Sumário

SEM TERRA.

ACORDAM, em 20ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 34045)**

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

São Paulo, 22 de fevereiro de 2016.

ÁLVARO TORRES JÚNIOR, Relator

Ementa: POSSESSÓRIA - Reintegração de posse de imóvel - Liminar concedida contra o Movimento dos Sem Terra - Revogação - Admissibilidade - Remessa dos autos da ação de reintegração de posse à Vara Federal de Bauru-SP, pela qual tramitam a desapropriação do imóvel e a declaratória de produtividade do imóvel promovida pelos autores da reintegração de posse - Viabilidade - As duas ações versam sobre o mesmo imóvel que é discutido nesta ação de reintegração de posse - Falta de identidade de partes - Irrelevância - Art. 103 do CPC - Conexão imprópria - Ocorrência - Há possibilidade do INCRA ser imitido na posse do imóvel, com a eventual reforma da sentença proferida na ação declaratória que também tramita na Justiça Federal e que ainda não transitou em julgado - Imóvel objeto desta ação possessória é de interesse federal, por ser objeto de desapropriação para fins de reforma agrária - Competência da Justiça Federal - Precedentes do STJ - Cabe também à Justiça Federal decidir sobre a legitimidade do INCRA para intervir nesta ação possessória - Súmula 150 do STJ - Aplicação - Recurso desprovido.

VOTO

1. Agravo de instrumento interposto pelos autores contra a decisão que revogou liminar de reintegração de posse de imóvel e determinou a remessa dos autos à Justiça Federal de Bauru.

Os autores-recorrentes sustentam ser da Justiça Estadual a competência para o processamento da ação, pois a matéria nela discutida (posse e esbulho sobre imóvel) não guarda relação com o que se discute nas demandas que

Acesso ao Sumário

tramitam na Justiça Federal (processos nºs 0001181-45.2008.403.6108 e 0003912-04.2014.4.03.6108). Sustentam também a ilegitimidade do INCRA para intervir como assistente litisconsorcial dos réus, em ação possessória movida contra integrantes do MST e afirmam que são os únicos e legítimos possuidores da área. Enfatizam, ademais, que o esbulho possessório praticado pelos réus, integrantes do MST, tem lhes causado prejuízos e os impedem de realizar a necessária manutenção das áreas de terra para o regular cultivo de cana-de-açúcar. Pugnam, portanto, pela manutenção da liminar anteriormente concedida.

Recurso processado no efeito suspensivo (para manter a liminar de reintegração de posse e sobrestar a remessa dos autos à Justiça Federal), sendo dispensada a requisição de informações ao juiz da causa. Sem contrariedade do agravado (MST), pois ainda não citado, houve resposta do assistente litisconsorcial do agravado (INCRA).

2. Em ação possessória de imóvel ajuizada por Companhia Agrícola Quatá e outros contra Movimento dos Sem Terra - MST (cf. fls. 29-38), foi deferida liminar de reintegração de posse em favor dos autores (cf. fls. 120-121).

Após tomar ciência da concessão da liminar, o Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária (INCRA) interveio nos autos na qualidade de assistente litisconsorcial dos réus e informou existir anterior ação de desapropriação do mesmo imóvel [por interesse social para fins de reforma agrária (proc. nº 0003912-04.2014.403.6108), ajuizada perante a 1ª Vara Federal de Bauru]. Tal desapropriação refere-se ao imóvel da matrícula nº 8.169 (o mesmo da possessória) e que está localizado no município de Agudos-SP. Afirmou ainda o INCRA ter obtido imissão de posse no imóvel em 30-10-2014, anteriormente ao alegado esbulho possessório ocorrido em 20-4-2015. Disse também que a sentença proferida em ação declaratória de produtividade de área desapropriada ajuizada pelos autores junto à Justiça Federal (proc. nº 0001181-45.2008.403.6108), ainda não transitou em julgado e pode ser reformada em segunda instância. Com esses fundamentos, pediu a revogação da liminar e a remessa dos autos à Justiça Federal de Bauru-SP (cf. fls. 133-138).

Diante disso, o juiz da causa revogou a liminar e determinou a remessa dos autos desta ação possessória à 1ª Vara Federal de Bauru (cf. fl. 161). E os autores pediram a reconsideração da decisão (cf. fls. 167-174), que foi mantida pelo juiz da causa, nos seguintes termos:

"*Vistos.*

Nos termos da Súmula 150 do STF: 'Compete à Justiça Federal decidir sobre a existência de interesse jurídico que justifique a presença, no processo, da União, suas autarquias ou empresas públicas (v. jurisprudência s/esta Súmula em RSTJ 80/439)'.

Acesso ao Sumário

Assim, na manifestação expressa do INCRA, ao que compete à Justiça Federal, constando na página 126 o auto de emissão na posse, mandado expedido pelo Juízo Federal da 1ª Vara de Bauru datado de 30 de outubro de 2014 e na página 128 a decisão para que o INCRA se abstenha de proceder qualquer ato de assentamento de famílias proferida em 17 de outubro de 2014, com eventual invasão houve descumprimento daquela determinação.

Observe-se que a sentença que reconheceu a carência da ação e consequentemente julgou extinta, não transitou em julgado.

Assim, a reintegração de posse pela autora e a decisão acerca da legitimidade ou não do INCRA de integrar o polo passivo da ação, é competência da Justiça Federal.

Assim, encaminhe-se os autos à Justiça Federal da Comarca de Bauru-SP.

Int." (sic, cf. fl. 193).

Como se observa da decisão agravada, as duas ações da 1ª Vara da Justiça Federal de Bauru (a declaratória de produtividade de imóvel rural ajuizada pelos autores desta possessória e a de desapropriação para fins de reforma agrária que lhes foi aforada pelo INCRA) versam sobre o mesmo imóvel, exatamente o imóvel cujo esbulho é objeto desta possessória da 1ª Vara Cível da Comarca de Agudos-SP (reintegração de posse), pouco importando não haver identidade de parte em todas as demandas - condição, aliás, não prevista no art. 103 do CPC.

De mais a mais, "*para que se configure a conexão, é bastante que ocorra a identidade do pedido ou da 'causa petendi', não sendo necessária a identidade de partes*" (cf. Bol. TRF-3ª Região 9/74 e RP 2/346, em. 40, apud Theotonio Negrão, CPCLPV, Saraiva, 34ª ed., p. 207).

O que interessa é a afinidade existente entre as ações, que conduzirá ao julgamento do mesmo tema (ao menos em parte) mais de uma vez. Aí está o fundamento da reunião de processos: evitar a coexistência de decisões contraditórias e dar maior eficiência à atividade processual (princípio da economia processual).

Acesso ao Sumário

Ainda que, na conformidade da norma processual vigente, possa não existir tecnicamente conexão, não se pode ignorar que há espécies de conexão.

Diz-se própria a conexão quando entre as ações há identidade de um ou mais elementos. Assim, *v.g.*, a conexão existente entre duas ações em que se pleiteia o despejo e, portanto, mesmo pedido, embora com causas de pedir diversas, como a infração contratual consistente na cessão não consentida da locação e a falta de pagamento. A conexão aqui é clássica porque comum o pedido. Idêntica classificação se emprestaria se houvesse comunhão quanto à 'causa petendi', como ocorre quando se postula a anulação de um negócio jurídico por dolo e noutra ação a indenização pela prática do mesmo vício. Mas

imprópria ela é toda vez que o elo entre as ações é mais tênue, porém existente, uma vez que em ambas o juiz deverá decidir questões idênticas ou afins.

No caso, há possibilidade de o INCRA ser imitido na posse do imóvel, com a eventual reforma da sentença proferida na ação que tramita perante a Justiça Federal (declaratória de produtividade de imóvel rural ajuizada pelos autores desta possessória) e que ainda não transitou em julgado (cf. fls. 5-6). Além disso, o imóvel objeto desta ação possessória é de interesse federal, pois sobre ele pende ação de desapropriação para fins de reforma agrária. E, se assim é, cabe à Justiça Federal decidir a questão relativa à posse que os autores discutem em relação a tal bem, evitando-se decisões conflitantes.

O instituto da conexão tem, como sua razão maior de ser, evitar o risco de decisões inconciliáveis. Por esse motivo, diz-se, também, que são conexas duas ou mais ações quando, em sendo julgadas separadamente, podem gerar decisões inconciliáveis, sob o ângulo lógico e prático.

E em tal contexto se insere a hipótese aqui tratada.

Mutatis mutandis, aplica-se aqui o que decidiu o STJ:

"*PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. CONFLITO POSITIVO DE COMPETÊNCIA. JUSTIÇA ESTADUAL E JUSTIÇA FEDERAL. COMUNIDADE REMANESCENTE DO QUILOMBO DO CAMBURY JÁ DEVIDAMENTE CADASTRADA E IDENTIFICADA PELO INSTITUTO NACIONAL DE COLONIZAÇÃO E REFORMA AGRÁRIA (INCRA) POR MEIO DE RELATÓRIO DE IDENTIFICAÇÃO E DELIMITAÇÃO (RTID). DECISÃO EXPEDIDA PELO JUÍZO ESTADUAL DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE QUE AFETA UM DOS MORADORES DA COMUNIDADE QUILOMBOLA MENCIONADA. 1. A decisão deferitória da liminar proferida pelo Juízo Federal da 1ª Vara da Subseção Judiciária de Caraguatatuba/SP no bojo da ação civil pública evidencia que o INCRA emitiu parecer conclusivo sobre a legitimidade da comunidade para fins do art. 68 do ADCT (emissão de título em razão de propriedade definitiva), por meio de Relatório de Identificação e Delimitação (RTID), os quilombolas moradores da área foram devidamente identificados e cadastrados pelo INCRA em seu relatório, esse reconhecimento também se deu pela Fundação do Instituto de Terras do Estado de São Paulo (ITESP), que emitiu minucioso relatório histórico-antropológico (fls. 8-17). Em contrapartida, o Juízo de Direito da 1ª Vara Cível de Ubatuba/SP proferiu decisão determinando a reintegração dos autores da respectiva ação na posse de área ocupada por Genésio dos Santos, um dos moradores da área ocupada pela comunidade remanescente do quilombo do Cambury. 2. O processo de demarcação e titulação das terras ocupadas por comunidade remanescente de quilombo compete ao INCRA. Dessarte, ressoa evidente que as demandas judiciais as quais envolvam a posse dessas áreas repercutem, de todo o modo,*

Acesso ao Sumário

no processo demarcatório de responsabilidade da autarquia federal agrária. Logo é inarredável o interesse federal em tais demandas, razão pela qual deve ser fixada a competência da Justiça Federal para o seu processamento e julgamento, consoante o art. 109, I, da Constituição Federal. 3. Conflito positivo de competência conhecido, a fim de declarar a competência do Juízo Federal da 1ª Vara da Subseção Judiciária de Caraguatatuba/SP para decidir sobre as questões afetas ao direito de propriedade da área ocupada pela comunidade remanescente do quilombo do Cambury, com a determinação de remessa dos autos da ação de reintegração de posse (processo n. 0000003-15.1976.8.26.0642) ao Juízo federal em testilha" (cf. Conflito de Competência nº 129229-SP, rel. Min. Benedito Gonçalves, j. 08-10-2014, sem ênfase no texto original).

"*PROCESSO CIVIL. CONFLITO DE COMPETÊNCIA. JUÍZO CÍVEL E JUÍZO FEDERAL. AÇÃO DE INTERDITO PROIBITÓRIO. PEDIDO DE INTERVENÇÃO DO INCRA. DECLARAÇÃO, PELO JUÍZO FEDERAL, DE AUSÊNCIA DE INTERESSE DA AUTARQUIA. PROPOSITURA DE AÇÃO DE OPOSIÇÃO, QUE NÃO FORA CONSIDERADA NA DECISÃO PROFERIDA PELO JUÍZO FEDERAL. INCOMPETÊNCIA ABSOLUTA DA JUSTIÇA ESTADUAL. CONFLITO CONHECIDO. - A existência, conexa à ação possessória, de ação de oposição ajuizada por Autarquia Federal, torna o Juízo Estadual absolutamente incompetente para decidir toda questão. - A decisão do Juízo Federal que não tomou em consideração a existência da referida oposição, é passível de revisão, não se aplicando, à hipótese, as orientações contidas nas Súmulas 150 e 254/STJ. Conflito conhecido e provido, para o fim de declarar a competência do Juízo Federal, ora suscitado*" (cf. Conflito de Competência nº 85.115-RR, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 25-6-2008).

Destarte, conforme o que foi aqui exposto e diante das normas processuais vigentes, a "conexão imprópria" recomenda a remessa dos autos desta ação possessória à 1ª Vara da Justiça Federal de Bauru-SP, que conheceu das demandas anteriores (a desapropriação e a declaratória ajuizada pelos autores do feito possessório).

Cabe também à Justiça Federal decidir sobre a legitimidade do INCRA para intervir no processo, nos termos da súmula 150 do STJ.

3. Posto isso, o meu voto nega provimento ao recurso.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2216046-27.2015.8.26.0000, da Comarca de Santos, em que é agravante

SERGIO ROBERTO DE OLIVEIRA, são agravados SNEL COMÉRCIO DE ALIMENTOS LTDA., COMPANHIA LIBRA DE NAVEGAÇAO e COMPAÑIA SUD AMERICANA DE VAPORES 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: "Deram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto n° 16688)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores COELHO MENDES (Presidente), JOSÉ WAGNER DE OLIVEIRA MELATTO PEIXOTO e MENDES PEREIRA.

São Paulo, 7 de março de 2016.

COELHO MENDES, Relator

Ementa: CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. INCLUSÃO DE SÓCIO NO POLO PASSIVO, EM RAZÃO DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. NÃO VERIFICADOS OS REQUISITOS PREVISTOS NO ART. 50 DO CPC. NÃO DEMONSTRADO O ABUSO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. AUSÊNCIA DE BENS E ENCERRAMENTO IRREGULAR DAS ATIVIDADES SÃO INSUFICIENTES PARA JUSTIFICAR A PRETENSÃO EM QUESTÃO. PRECEDENTES. RECURSO PROVIDO.

VOTO

Vistos.

Trata-se de agravo de instrumento interposto contra decisão, digitalizada às fls. 37, que, em cumprimento de sentença, afastou a alegação de ilegitimidade pretendida pelo agravante e deferiu os requerimentos formulados pela parte credora.

O agravante sustenta, em síntese, que não pode ser incluído no polo passivo, pois jamais administrou ou gerenciou a empresa executada e detinha apenas 1% das cotas sociais.

Afirma não estarem presentes os requisitos previstos no artigo 50 do Código Civil, salientando não bastar a mera ausência de saldo em conta corrente.

Pleiteia o provimento.

Recurso processado sem liminar e respondido.

É o relatório.

Acesso ao Sumário

O inconformismo merece acolhimento.

No caso concreto, o agravante foi incluído no polo passivo em razão da desconsideração da personalidade jurídica da empresa, da qual era sócio minoritário.

Consoante se verifica dos autos, a desconsideração da personalidade jurídica foi deferida sob o entendimento de que a ausência de saldo bancário permitia concluir a presença dos requisitos do artigo 50 do Código Civil (fls. 74). Por outro lado, de fato, foram realizadas várias tentativas infrutíferas para encontrar bens passíveis de penhora, assim como demonstrado que a empresa executada teve baixa em sua inscrição no CNPJ, por omissão contumaz (fls. 850/852).

No entanto, a desconsideração da personalidade jurídica é medida excepcional e o patrimônio pessoal dos sócios está sujeito à constrição de modo secundário, condicionada à ocorrência do abuso da personalidade jurídica.

O artigo 50 do Código Civil dispõe:

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

Em comentário sobre este artigo, Silvio de Salvo Venosa preleciona:

"(...) *O abuso da personalidade jurídica deve ser examinado sob o prisma da boa-fé objetiva, que deve nortear todos os negócios jurídicos. Aliás, o texto presente adota o entendimento objetivo para caracterizar o desvio de finalidade. Nem sempre deverá ser avaliada com maior profundidade a existência de dolo ou culpa. A despersonalização é aplicação de princípio da equidade trazida modernamente pela lei*. (...). Código Civil Interpretado, Ed. Atlas, 2010, p. 65.

Saliente-se, conforme significativa jurisprudência, a ausência de patrimônio combinada com o encerramento irregular da empresa, sem outros elementos, não caracteriza a hipótese prevista no artigo 50 do Código de Processo Civil.

Vale mencionar:

"*CIVIL.* ***DISSOLUÇÃO IRREGULAR DA SOCIEDADE EMPRESÁRIA. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. AUSÊNCIA DE INDÍCIOS DO ABUSO DA PERSONALIDADE****. ART. ANALISADO: 50, CC/02. 1. Ação de prestação de contas distribuída em 2006, da qual foi extraído o presente recurso especial, concluso ao Gabinete em 05/07/2013. 2. Discute-se*

Acesso ao Sumário

se o encerramento irregular da sociedade empresária, que não deixou bens suscetíveis de penhora, por si só, constitui fundamento para a desconsideração da personalidade jurídica. 3. A criação de uma sociedade de responsabilidade limitada visa, sobretudo, à limitação para os sócios dos riscos da atividade econômica, cujo exercício, por sua vez, a todos interessa, na medida em que incentiva a produção de riquezas, aumenta a arrecadação de tributos, cria empregos e gera renda, contribuindo, portanto, com o desenvolvimento socioeconômico do País. 4. No entanto, o desvirtuamento da atividade empresarial, porque constitui verdadeiro abuso de direito dos sócios e/ou administradores, é punido pelo ordenamento jurídico com a desconsideração da personalidade jurídica da sociedade, medida excepcional para permitir que, momentaneamente, sejam atingidos os bens da pessoa natural, de modo a privilegiar a boa-fé nas relações privadas. 5. ***A dissolução irregular da sociedade não pode ser fundamento isolado para o pedido de desconsideração da personalidade jurídica, mas, aliada a fatos concretos que permitam deduzir ter sido o esvaziamento do patrimônio societário ardilosamente provocado de modo a impedir a satisfação dos credores em benefício de terceiros, é circunstância que autoriza induzir existente o abuso de direito, consubstanciado, a depender da situação fática delineada, no desvio de finalidade e/ou na confusão patrimonial.*** *6. No particular, tendo a instância ordinária concluído pela inexistência de indícios do abuso da personalidade jurídica pelos sócios, incabível a adoção da medida extrema prevista no art. 50 do CC/02. 7. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, desprovido.*" (REsp 1395288/SP, Ministra Nancy Andrighi, DJe 02/06/2014).

Considerando estas circunstâncias, o agravante não deveria ter sido incluído no polo passivo da presente execução.

Posto isto, pelo meu voto, **DOU PROVIMENTO** ao recurso, nos termos acima.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2252779-89.2015.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante BANCO SANTANDER BRASIL S/A, são agravados DIVA SACRAMENTO DE SOUZA e MARILENE SOUZA DE OLIVEIRA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 13ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram

provimento em parte ao recurso. V.U." de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 21273)**

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

São Paulo, 7 de março de 2016.

ANA DE LOURDES COUTINHO SILVA DA FONSECA, Relatora

Ementa: ATO ATENTATÓRIO À DIGNIDADE DA JUSTIÇA - MULTA - Pretensão de que seja afastada ou reduzida a multa imposta pela prática de ato atentatório à dignidade da justiça (CPC, art. 600, II) - Cabimento parcial - Hipótese em que a conduta do recorrente se subsume à hipótese tipificada no artigo 600, incisos II e III do Código de Processo Civil - Valor da multa, contudo, que deve ser reduzido de 20% para 10% sobre o valor atual do débito - RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

VOTO

Cuida-se de recurso de agravo, sob a forma de instrumento, interposto contra respeitável decisão de fls. 24, que condenou o agravante ao pagamento de multa de 20% sobre o valor atual do débito, por ato atentatório à dignidade da justiça.

Sustenta que não houve o aventado ato atentatório à dignidade da justiça.

Argumenta que não houve recusa em dar cumprimento à determinação judicial e que "o que ocorreu foram falhas sistêmicas, em razão do grande volume de operações financeiras, que fizeram com que a ordem de transferência não fosse cumprida" (fls. 04).

Acrescenta que a multa acarretará enriquecimento sem causa à parte adversa.

Recurso bem processado e respondido.

É o relatório.

O recurso comporta parcial provimento.

Com efeito, dispõe o inciso III do artigo 600 do Código de Processo Civil que:

"*Considera-se atentatório à dignidade da justiça o ato do devedor que:(...) III - resiste injustificadamente às ordens judiciais*".

No caso em exame, é patente o descumprimento à ordem judicial.

Acesso ao Sumário

O valor executado foi bloqueado e penhorado em 07.05.2014 (fls. 73).

A execução foi extinta em 10.12.2014, com determinação de expedição de guia de levantamento (fls. 78), o que não se concretizou por ausência de transferência do valor pelo banco agravante, conforme ofício do Banco do Brasil (fls. 85).

Foi expedido ofício ao banco agravante em fls. 06.07.2015 para que providenciasse a transferência do valor (fls. 96).

Somente em 19.11.2015, após a intimação da r. decisão ora agravada, é que o banco recorrente noticiou o transferência do valor (fls. 109-110)

Injustificado o descumprimento de ordem judicial, sob a alegação de "falhas sistêmicas".

A ausência de regular transferência do valor bloqueado e penhorado para a conta judicial configura ato atentatório à dignidade da justiça, com oposição maliciosa à execução e resistência injustificada às ordens judiciais. A conduta do executado impediu o regular andamento da execução, com o levantamento oportuno do valor, em evidente prejuízo à parte exequente.

Tanto no artigo 600, como no artigo 601, o Código de Processo Civil, "*visando a impedir atos maliciosos tendentes a dificultar ou retardar a efetividade da tutela jurisdicional executiva, ressalta o dever de lealdade do executado e sanciona com multa as deslealdades que descreve*" (cf. **Cândido Rangel Dinamarco**, "Instituições de direito processual civil", 3ª ed., 2009, Malheiros, vol. IV, p. 80).

Nesse contexto, a multa deve ser mantida.

O valor, contudo, deve ser reduzido para 10% sobre o valor do débito, máxime diante da notícia e comprovação de cumprimento da determinação, ainda que extemporânea, percentual que se mostra mais adequado para as circunstâncias do caso em exame.

Diante do exposto, **dá-se parcial provimento** ao recurso apenas para reduzir o valor da multa para 10% sobre o valor do débito.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2144458-57.2015.8.26.0000, da Comarca de Maracaí, em que são agravantes WALTER ALFREDO ELITT e SEMENTES ELITT LTDA., são agravados CARLOS ALBERTO CARDOSO e CAMILA CARDOSO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 12ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram

provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 28.883)**

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

São Paulo, 9 de março de 2016.

CERQUEIRA LEITE, Relator

Ementa: Reintegração de posse - Liminar deferida a favor dos autores, ao ser provido recurso de agravo de instrumento por eles interposto - Acórdão que incumbiu aos autores o encargo de depositários da lavoura que existia à época no imóvel da controvérsia possessória - Fato novo praticado pelo réu, ao arrendar área a sobrinha que plantou lavoura de milho - Decisão do juízo que autoriza a terceira à colheita - Incoerência, se os autores são os depositários judiciais e têm deveres a cumprir - Subsistência da reintegração de posse, mediante depósito da lavoura existente e a ser colhida pelos autores - Decisão de primeiro grau revogada - Recurso provido para esse fim.

VOTO

Deferida liminar de reintegração de posse aos autores, ao ser provido recurso de agravo de instrumento por eles interposto, mediante termo de depósito de plantação cultivada no imóvel, uma porção de terras na "Fazenda Anhumas", o juízo de primeiro grau ordenou a expedição de mandado de reintegração e simultaneamente deferiu a Camila Cardoso, terceira estranha à controvérsia possessória, a providência de manejar e colher a lavoura de milho cultivada, sob o preceito de, na qualidade de arrendatária, se abster de iniciar outra plantação.

Irresignados, os autores objetam, sustentando que a r. decisão mostra-se temerária e afronta o acórdão que deu provimento ao recurso de agravo de instrumento que deferiu a liminar de reintegração de posse. Em resumo, advogam que o arrendamento do imóvel objeto da controvérsia possessória, entre tio e sobrinha, está viciado de má-fé e conluio, inclusive porque não existe prova conclusiva de que o cultivo seja de iniciativa da sobrinha do réu, Camila Cardoso. Assim, pretendem que a colheita seja feita por eles e mantida sob depósito judicial de acordo com o acórdão precedente.

No afastamento eventual do relator sorteado, o Des. Jacob Valente deferiu efeito ativo ao recurso, sob o fundamento de que a colheita deve ser feita pelos

Acesso ao Sumário

recorrentes, que estão na posse, mediante depósito.

Comunicado o efeito ativo ao juízo de primeiro grau, escoou-se o prazo para contraminuta.

É o relatório.

A coerência é um dos apanágios da prestação jurisdicional, pois empresta segurança às decisões do Poder Judiciário.

Assim é que, deferido efeito ativo ao agravo de instrumento, isto é, antecipada tutela recursal no sentido incumbir aos recorrentes a colheita da safra cultivada no imóvel da controvérsia possessória, mediante depósito judicial, nada recomenda outra solução.

Aliás, o efeito ativo harmoniza-se com o acórdão da Câmara que, ao dar provimento a recurso de agravo de instrumento precedente, reintegrou os recorrentes na posse mediante termo de depósito de plantação que à época era cultivada.

Se ocorreu uma mudança no estado das coisas, e o réu engendrou o arrendamento da área a uma sobrinha, que plantou lavoura de milho, subsiste o provimento jurisdicional de os autores serem reintegrados na posse e constituídos depositários dessa lavoura, incumbência que abrange a colheita do milho.

É prescindível advertir quais são os deveres do depositário judicial, eis que disciplinados nos arts. 148 a 150 do CPC.

Nada mais lógico, portanto, que os recorrentes, nomeados depositários, fiquem responsáveis pela colheita e guarda da lavoura de milho até que seja decidido o destino.

Diante do exposto, revoga-se a r. decisão que autorizou terceira pessoa a colher a lavoura.

ACÓRDÃO

Acesso ao Sumário

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2214266-52.2015.8.26.0000, da Comarca de Caraguatatuba, em que é agravante BANCO DO BRASIL S/A, é agravado WAGNER SANTOS DO NASCIMENTO.

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 30209)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores JOVINO

DE SYLOS (Presidente sem voto), LUÍS FERNANDO LODI e COUTINHO DE ARRUDA.

São Paulo, 15 de março de 2016.

SIMÕES DE VERGUEIRO, Relator

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO INTERPOSTO CONTRA R. DECISÃO PELA QUAL FOI DEFERIDA ANTECIPAÇÃO DE TUTELA AO AGRAVADO, DE SORTE A SE DETERMINAR QUE O AGRAVANTE OBSERVE O LIMITE DE 30% DOS VENCIMENTOS DO RECORRIDO, NO QUE TOCA AOS DESCONTOS DIRECIONADOS AO ADIMPLEMENTO DO CONTRATO CELEBRADO ENTRE AS PARTES LITIGANTES, SOB PENA DE MULTA DE R$1.000,00 POR DESCUMPRIMENTO, LIMITADA A R$20.000,00 - ALEGAÇÃO DE INCORREÇÃO - PEDIDO DE REFORMA, PARA QUE SEJA AFASTADA A MULTA APLICADA - ACERTO DA R.DECISÃO COMO PROFERIDA - PRESENÇA DOS REQUISITOS DO ART. 461, §4º, DO C.P.C. - MULTA FIXADA EM VALOR APROPRIADO, A FIM DE QUE SE COÍBA, EFETIVAMENTE, A PRÁTICA DA CONDUTA INDESEJADA, CONTRÁRIA À ORDEM JUDICIAL - RECURSO NÃO PROVIDO.

Acesso ao Sumário

VOTO

Tratam os autos de Agravo de Instrumento interposto por **BANCO DO BRASIL S/A**, tirado contra R. Decisão copiada a fls.32/33, proferida em Ação Revisional de Contrato Bancário que lhe é promovida por **WAGNER SANTOS DO NASCIMENTO**, pela qual foi deferida antecipação de tutela, de sorte a se determinar que os descontos promovidos pela casa de valores, direcionados a promover ao adimplemento do contrato de empréstimo celebrado entre as partes litigantes, sejam limitados a 30%

dos vencimentos percebidos pelo recorrido, o que se deu sob pena de multa de R$1.000,00 (hum mil reais), limitada a R$20.000,00 (vinte mil reais), por ato de descumprimento.

Dizendo da incorreção dos termos da R. Decisão como proferida, sustenta o banco agravante que a imposição de multa em discussão se mostra completamente descabida e desnecessária na hipótese em apreço, posto que a R. Decisão proferida em sede de tutela antecipada seria cumprida independentemente da cominação imposta, salientando ainda, que a penalidade em questão foi fixada em valores excessivos, que extrapolam o da própria obrigação, implicando em enriquecimento indevido do recorrido, razão pela qual pediu pelo acolhimento de seus reclamos, com a decorrente reforma da R. Decisão atacada, afastando-se assim a multa que lhe foi imposta.

Denegado o efeito buscado, e dispensadas informações, o recorrido, conforme dá conta a fls.38, deixou de apresentar contrarrazões, vindo então o feito a esta E. Corte, de sorte a se promover a reapreciação da matéria já decidida em 1º Grau.

É o relatório.

O inconformismo como exteriorizado pelo agravante não está a merecer acolhida por parte desta Turma Julgadora.

Quanto ao pedido de afastamento da incidência de multa cominatória, de rigor reconhecer como completamente descabida a hipótese, uma vez existente, nesse sentido, previsão expressa contida no Código de Processo Civil, de sorte a permitir que o Juízo imponha multa em casos semelhantes ao sob análise, de acordo com o que vem disposto no art. 273, §3º, e do art. 461, §4º, ambos do diploma legal mencionado. Ademais, a aplicação de "astreintes" nos moldes em que promovida no caso concreto, se constitui em tema já pacificado pela Jurisprudência, sendo plenamente reconhecida como medida que possa ser adotada pelo Magistrado, visando dar maior efetividade à sua Decisão, de sorte a melhor convencer a parte a praticar ato nos limites em que determinados, daí porque desnecessários maiores questionamentos acerca da matéria, bastando, nesse tocante, a transcrição de V. Acórdão proferido pelo C. STJ, que assim dispõe:

"AGRAVO REGIMENTAL. APLICAÇÃO DA MULTA DO ARTIGO 461, §4º, DO CPC. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO. INSTITUIÇÃO FINANCEIRA DE GRANDE PORTE.

Acesso ao Sumário

FIXAÇÃO COM OBSERVÂNCIA DOS PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. Obrigação de fazer. Multa do artigo 461, §4º do CPC: O escopo da multa do artigo 461, § 4º do CPC é compelir a parte ao cumprimento da ordem judicial emprestando, assim, efetividade ao processo e à vontade do Estado. Constituindo meio coativo imposto ao devedor, deve ser estipulada em valor que o 'estimule' psicologicamente, a evitar o prejuízo advindo da desobediência ao comando judicial. A coação tem que ser efetiva.

2. Multa fixada com observância dos princípios da proporcionalidade e razoabilidade: No caso particular dos autos, verifica-se que a multa não foi fixada em valor superior ao atribuído à causa. Sendo esse o contexto, é de se concluir que foram observados o princípio da proporcionalidade (cuida-se de uma instituição bancária de grande porte) e o da razoabilidade, pois o valor de R$ 1.000,00 com certeza não ultrapassa a capacidade de solvência do banco agravante sendo, ao mesmo tempo, elevado o suficiente a compeli-lo a obedecer à ordem judicial. É assim que deve ser. É esse o espírito da norma.

3. Agravo regimental a que se nega provimento. (STJ-4ª T., AgRg no Ag 713962, Min. Luis Felipe, j. 27/10/09, DJ 16/11/09)".

Não bastasse o já exposto, importante salientar que, no caso em exame, apesar dos reclamos do inconformado, não se registra ofensa, quer ao princípio da proporcionalidade, quer ao da razoabilidade, daí porque adequado no trato da matéria o entendimento questionado, principalmente ao se reconhecer que tal multa somente será aplicada, caso venha a se registrar efetivo descumprimento do comando Judicial que, segundo alega o recorrente, será de pronto atendido.

Diante de tal realidade, de rigor entender como adequados os termos da R. Decisão proferida, que em termos reais, deu correta solução a pendência, razão pela qual deva ser mantida na íntegra, com base em seus próprios, legítimos, e jurídicos fundamentos.

Pelo exposto, nega-se provimento ao recurso, nos termos do Voto.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2137463-28.2015.8.26.0000, da Comarca de Bauru, em que é agravante DANILO BARUQUE, é agravado TRANSPOLAR TRANSPORTES RODOVIÁRIOS DE PRODUTOS PARA O LAR LTDA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 16ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento em parte ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 26546)**

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

São Paulo, 21 de março de 2016.

JOVINO DE SYLOS, Relator

Ementa: Possessória - Reintegração de posse de imóvel residencial, versando recusado comodato verbal - Necessidade de realização de justificação nos termos do art. 928 do CPC, com posterior reapreciação do pedido de expedição de mandado liminar - Agravo parcialmente provido.

VOTO

1. Cuida-se de agravo de instrumento contra o r. ato decisório de fls. 22/25 que, em ação de reintegração de posse do apartamento nº 52, Bloco B, localizado na Rua Dr. Gonzaga Machado nº 535, cidade de Bauru/SP, versando comodato verbal (fls. 32), deferiu à empresa autora agravada liminar reintegratória sem a designação de justificação prévia.

2. Formado o instrumento, o recurso foi recebido e processado com suspensividade (fls. 237), não acusando resposta da recorrida, apesar de regularmente intimada (fls. 243). As informações judiciais estão a fls. 242.

É o relatório.

3. Com vista à reforma dessa decisão guerreada, recusando o esbulho e o comodato verbal, sustenta o agravante que adquiriu o imóvel

Acesso ao Sumário

reintegrando por força de usucapião. Assevera que desde 1994 passou a exercer a posse mansa e pacífica sobre o bem, inclusive nele realizando reformas, sem oposição até o ajuizamento da presente demanda, enquanto que a autora "nunca teve posse anterior" (fls. 06/07).

4. O agravo merece parcial acolhimento para tornar sem efeito o decisório guerreado, a fim de ordenar ao juízo de origem que abra pauta para imediata realização de justificação nos termos do art. 928 do CPC, reapreciando posteriormente o pedido de expedição de mandado liminar, mormente que o réu apresentou resposta à notificação para desocupação do imóvel em comento.

5. No âmbito da questão possessória colocada, deve-se procurar justa e equânime solução da disputa, evitando situações de instrução confusa e incompleta, que venham a restringir, no tocante a ambos os litigantes, a plena aplicação do "due process of law" e dos princípios do contraditório e da ampla defesa constitucionais.

6. E a orientação jurisprudencial do C. STJ não discrepa deste julgado: "Processual civil - ação de reintegração de posse - mandado liminar - audiência de justificação prévia - necessidade de realização - segunda parte do art. 928 do CPC - violação dos arts. 165, 458 e 535 do CPC - inexistência - deficiência de fundamentação - Súmula nº 284/STF... 3. Se a petição inicial não traz provas suficientes para justificar a expedição de mandado liminar de posse, deve o juiz cumprir o que dispõe a segunda parte do art. 928 do CPC e determinar a realização de audiência de justificação prévia com o fim de permitir ao autor a oportunidade de comprovar suas alegações. 4. Recurso especial conhecido em parte e provido" (STJ, 4ª T., REsp. 900534/RS, REL. MIN. JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, j. 01.12.2009).

7. Com esses fundamentos, dá-se parcial provimento ao recurso.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos do Agravo de Instrumento nº 2227202-12.2015.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante COMPANHIA DE SEGUROS DO ESTADO DE SÃO PAULO, é agravado MAPFRE VIDA S/A.

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

de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº SMO 22328)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores EROS PICELI (Presidente) e SÁ DUARTE.

São Paulo, 1º de fevereiro de 2016.

SÁ MOREIRA DE OLIVEIRA, Relator

Ementa: PREPARO RECURSAL - Majoração do percentual estabelecido pelo artigo 4º, inciso II, da Lei nº 11.608/2003 - Alteração introduzida pela Lei nº 15.855/2015 - Preparo recursal que tem natureza tributária - Inteligência do artigo 150, inciso III, alínea "b", da Constituição Federal - Vedada a cobrança do tributo no mesmo exercício financeiro da publicação da lei que o instituiu ou aumentou - Princípio da anterioridade - Decisão reformada - Direito do contribuinte à repetição do indébito. Agravo provido.

VOTO

Trata-se de agravo (fls. 01/07) de instrumento (fls. 09/34) interposto por COMPANHIA DE SEGUROS DO ESTADO DE SÃO PAULO COSESP contra a r. decisão copiada às fls. 18, proferida pela MMª. Juíza da 15ª Vara Cível do Foro Central da Comarca da Capital, Dra. Celina Dietrich Trigueiros Teixeira Pinto, que, nos autos da ação promovida pela apelante em face de MAPFRE VIDA S.A., determinou complementação da diferença do valor da taxa judiciária de preparo recursal, com fundamento na redação dada pela Lei 15.855/2015 ao artigo 4º, inciso II, da Lei 11.608/2003.

Sustenta a agravante que a alteração introduzida pelo artigo 4º, inciso II, da Lei nº 15.855/2015 no artigo 4º inciso II, da Lei nº 11.608/2003 resultou na majoração do preparo e, como tal, está sujeita ao princípio da anterioridade tributária. Afirma que, a vigência da Lei nº 15.855/2015 seja imediata, o dispositivo em questão apenas será eficaz no próximo exercício fiscal, uma vez que o preparo recursal tem natureza tributária. Menciona que a Presidência do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, inclusive, editou o Comunicado nº 413/2015, explicitando que a majoração somente terá eficácia a partir de 01/01/2016. Postula o provimento do recurso para determinar a restituição à agravante do valor pago a maior.

Intimado (fls. 37), a agravada não apresentou contraminuta (fls. 38).

Acesso ao Sumário

É o relatório.

O recurso comporta provimento.

No caso dos autos, a agravante interpôs o recurso de apelação copiado às fls. 21/29, e, a título de preparo, recolheu R$ 15.395,65, valor equivalente a 2% do valor dado à causa, devidamente atualizado até agosto de 2015, conforme cálculos explicitados às fls. 04.

Contudo, foi intimada, nos termos da decisão agravada, a recolher, no prazo de 05 dias, taxa judiciária complementar a fim de que o preparo correspondesse a 4% do valor atualizado da causa, nos termos do artigo 4º, inciso II, da Lei Estadual nº 15.855/2015 (fls. 18).

Recolheu, então, a taxa complementar, no valor de R$ 15.630,65, conforme comprovado às fls. 34 e interpôs o presente recurso de agravo de instrumento, pretendendo, conforme relatado acima, a reforma da decisão que determinou a complementação e, em consequência, a devolução da diferença paga a maior.

Tem razão a agravante.

Dispõe o artigo 4º, inciso II, da Lei Estadual nº 11.608/2003 que: "*O recolhimento da taxa judiciária será feito da seguinte forma: II. 2% sobre o valor da causa, nos termos do art. 511 do C.P.C., como preparo da apelação...*".

É bem verdade que referido dispositivo foi alterado pelo artigo 4º, inciso II, da Lei nº 15.855/2015, que majorou o percentual a ser aplicado sobre o valor da causa de 2% para 4%.

Entretanto, como bem ressalto a agravante em suas razões recursais, a taxa judiciária relativa ao preparo recursal tem natureza tributária e, como tal, está sujeita ao disposto no artigo 150, inciso II, alíneas "b" e "c" da Constituição Federal, a saber:

> *"Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: III - cobrar tributos:*
>
> *[...]*
>
> *III - cobrar tributos:*
>
> *[...]*
>
> *b) no mesmo exercício financeiro em que haja sido publicada a lei que os instituiu ou aumentou; (Vide Emenda Constitucional nº 3, de 1993)*
>
> *c) antes de decorridos noventa dias da data em que haja sido publicada a lei que os instituiu ou aumentou, observado o disposto na alínea b; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003)"*

E, assim, considerando-se que a Lei nº 15.855/2015 foi publicada em 02/07/2015, a eficácia dos dispositivos nela contidos que importem em

Acesso ao Sumário

instituição ou aumento de tributos permanece suspensa até o próximo exercício fiscal, aplicando-se o disposto na alínea "b" acima reproduzida.

Nesse sentido, aliás, é o teor do Comunicado nº 413/2015, publicado, em 27/07/2015, no Diário de Justiça Eletrônico pela E. Presidência deste Egrégio Tribunal de Justiça com o seguinte teor:

> *"A Presidência do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, em complemento ao Comunicado 403/2015, disponibilizado no Diário da Justiça Eletrônico de 08/07/2015, p. 5, COMUNICA aos Senhores Magistrados, Dirigentes das Unidades Judiciais, Servidores, Membros do Ministério Público, da Defensoria Pública, das Procuradorias, Advogados e ao público em geral que, não obstante a vigência da Lei 15.855, de 02 de julho de 2015, a partir da sua publicação (03/07/2015 - conforme Artigo 5º), a eficácia de seu artigo 4º, inciso II, está sujeita ao princípio da anterioridade, conforme estabelecido no Artigo 150, inciso III, alíneas "b" e "c", da Constituição Federal, produzindo seus efeitos somente a partir de 01/01/2016."*

Portanto, assiste razão à agravante, de forma que a r. decisão agravada deve ser reformada para declarar suficiente o valor recolhido originalmente pela agravante a título de taxa judiciária de preparo recursal, ou seja, R$ 15.630,65 (fls. 30).

E, em consequência, à agravante deverá ser restituída, nos termos do artigo 165, inciso I, do Código Tributário Nacional, a quantia recolhida a título de complementação da referida taxa (R$ 15.395,65 - fls. 34), porquanto cobrada, nos termos do referido dispositivo, em valor "[...] *maior que o devido em face da legislação tributária aplicável* [...]".

Ante o exposto, dou provimento ao recurso para, reconhecendo a suficiência do valor originalmente recolhido a título de taxa judiciária de preparo para interposição do recurso de apelação copiado às fls. 21/29, com a restituição à agravante da quantia complementar cujo pagamento foi comprovado às fls. 34.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2264988-90.2015.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante MOREIRA E SOUZA ADVOGADOS ASSOCIADOS S/S, é agravado UNIMED PAULISTA SOCIEDADE COOPERATIVA DE TRABALHO MÉDICO.

ACORDAM, em 26ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso.

Acesso ao Sumário

V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 35.694)**

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

São Paulo, 3 de março de 2016.

FELIPE FERREIRA, Relator

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. AÇÃO CAUTELAR DE ARRESTO. LIMINAR. 1. Ausentes os requisitos específicos do art. 813 do Código de Processo Civil, a afastar o "fumus boni iuris", bem como o "periculum in mora", porque não há demonstração de insuficiência de bens capazes de suportar eventual execução, descabida, por ora, a concessão de liminar na ação cautelar de arresto. 2. Não se conhece da petição de fls. 160/165, entranhada pelo agravante à véspera da sessão de julgamento, por estar inovando dentro do Agravado de Instrumento, como se este fosse uma nova ação com trâmite direto no Tribunal, sem preexistência de despacho que tenha decidido questão nova. Decisão mantida. Recurso desprovido.

VOTO

Trata-se de agravo de instrumento contra a r. decisão copiada às fls.129/130 e 146, que em ação cautelar de arresto, rejeitou os embargos de declaração, mantendo decisão que indeferiu a liminar.

Pleiteia a agravante a reforma da decisão alegando, em síntese, que propôs a presente ação com o fim de bloquear valores da conta da agravada, em virtude de prestação de serviços de advocacia, cujo inadimplemento é confessado pela própria UNIMED. Sustenta que a afirmação da agravada de que postergará os pagamentos ajustados e já vencidos de maneira indefinida se opera pelo fato de estar atravessando processo apurado de insolvência, fato notório na mídia. Argumenta que o crédito da agravante é de natureza alimentar e prevalece sobre os demais créditos no concurso de credores. Aduz que já foram arrestados da conta da agravada créditos da mesma espécie, é dizer, R$ 80.000.000,00 para garantia de direitos trabalhistas e R$ 7.000.000,00 para garantia de pagamento de honorários advocatícios, não podendo a agravante ser tratada de modo desigual. Enfatiza que os consumidores que eram atendidos pela agravada não

Acesso ao Sumário

terão o atendimento prejudicado, porque o atendimento está sendo garantido pela UNIMED Central e por força de decisão judicial. Aduz que até a propositura da ação de execução o crédito revelado irá se exaurir. Requer a concessão de liminar para que seja deferido o arresto da quantia de R$ 26.000.000,00 e, ao final, o provimento do recurso.

O processo foi distribuído à 1ª Câmara de Direito Privado e, indeferida a liminar pelo eminente Desembargador Cláudio Godoy, foi determinada a remessa dos autos para redistribuição, entendendo que a matéria não era de competência daquela Egrégia Câmara (fls. 150/153).

Remetidos a esta Câmara, encontra-se o recurso em termos de julgamento.

É o relatório.

O recurso não merece prosperar, devendo subsistir a decisão agravada que, acertadamente, observou que:

"*Em que pese a relevância das alegações do requerente, em um exame preliminar e de probabilidade, não estão presentes os requisitos para a concessão da tutela de urgência.*

É notório que a Agência Nacional de Saúde Suplementar - ANS determinou a alienação da carteira de clientes da Unimed Paulistana Sociedade Cooperativa de Trabalho Médico, através da Resolução Operacional n. 1.891/2015.

Também é notório que os estabelecimentos médico-hospitalares passaram a recusar atendimento aos consumidores vinculados à Unimed Paulistana, bem como que houve resistência das operadoras de plano de saúde em aceitar a portabilidade da carteira de clientes, o que motivou a intervenção do Ministério Público do Estado de São Paulo, a elaboração do Termo de Ajustamento de Conduta n. 51.161.1023/2015 e a elaboração da Resolução Operacional n. 1.909/2015, pela ANS.

Diante desse contexto, o pretendido arresto de R$ 26.000.000,00 provocaria consequências irreversíveis, com reflexos diretos nos milhares de consumidores que ainda dependem da prestação de serviços da UNIMED PAULISTANA SOCIEDADE COOPERATIVA DE TRABALHO MÉDICO". (*Fls. 129/130*)

Com efeito, ainda que à vista dos contratos de honorários somados à suposta confissão da ré se pudesse ter por superada a exigência da prova literal da dívida líquida e certa a que alude o art. 814, I, do Código de Processo Civil, a cópia da confissão da UNIMED trazida na minuta de agravo precisa ser vista com ressalvas e apuradas as circunstâncias em que subscrita.

Ademais, não estão, também a nosso ver, presentes as situações descritas no art. 813, sem as quais temos por incabível o provimento cautelar pleiteado, senão vejamos:

Acesso ao Sumário

A requerida tem domicílio certo, tal como descrito na petição inicial da ação cautelar (fls. 30), estando afastada a hipótese do inciso I, do art. 813.

Da mesma forma, não consta dos autos que a requerida tenha se ausentado, ou tentado, furtivamente, ausentar-se (art. 813, II, *a*), ou tencione alienar, hipotecar ou dar em anticrese bens de raiz (art. 813, III).

A insolvência, que salvo nos casos do art. 750, I e II, do Código de Processo Civil (e este não é caso, já que não demonstrada a motivação que levou aos arrestos dos valores em outras ações mencionadas pela autora), não se presume, não se evidencia nos autos, em que pese todo o esforço da agravante em tentar demonstrar o contrário, não restando caracterizada, nos termos do art. 748, do diploma supra citado, não tendo a agravante, ademais, comprovado por qualquer meio hábil que as dívidas da requerida supere o seu patrimônio.

E mesmo com a insolvência da agravada, não trouxe a agravante, até o momento, comprovação no sentido de que a mesma tenha alienado, ou ao menos tentado alienar, bens que possui, contraído, ou tentado contrair, dívidas extraordinárias, transferido ou tentado transferir seus bens para terceiros, ou cometido qualquer artifício fraudulento tendente a frustrar futura execução ou frustrar credores (art. 813, II, *b*), sendo por demais frágil a alegação de que a agravada tenta prejudicar credores com a notícia de que 150 de seus executivos foram enviados a um safari quando já em crise (fls. 114), já que não se tem notícias de quando o evento foi contratado e como foi pago.

Ademais, é de se observar que a decisão ora agravada mostrou-se cautelosa ao tentar proteger os consumidores que dependem da prestação de serviços da agravada, além de verificar que a medida extrema pretendida pela agravante neste momento com alegação da situação frágil da requerida é estranha, pois era notória a situação administrativa da requerida antes de 2013.

Assim, ao menos até o momento, não estão presentes quaisquer das condições especiais elencadas no art. 813 como justificadoras da concessão do arresto cautelar, sobretudo *inaudita altera parte*.

Nesse sentido são os seguintes julgados desta Corte de Justiça:

"***CAUTELAR - ARRESTO. A concessão do arresto, subordina-se a comprovação das condições gerais do artigo 801 e as especiais do artigo 813, ambos do Código de Processo Civil.***" (Ap. c/ Rev. 515.440 - 11ª Câm. - extinto 2º TAC - Rel. Juiz CLÓVIS CASTELO - J. 4.5.98).

"***MEDIDA CAUTELAR - ARRESTO - EXISTÊNCIA DE CONTRATO DE LOCAÇÃO - REQUISITOS DO ARTIGO 813 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL - NÃO COMPROVAÇÃO - INADMISSIBILIDADE. Ausência de demonstração dos requisitos de 'periculum in mora' e 'fumus boni juris' do artigo 813 do Código de Processo Civil, além do mais, a existência de contrato de locação não autoriza tal medida.***" (Ap.

c/ Rev. 547.286-00/4 - 12ª Câm. extinto 2º TAC - Rel. Juiz RIBEIRO DA SILVA - J. 17.6.99).

"***LOCAÇÃO - CAUTELAR DE ARRESTO - LIMINAR - REQUISITOS DO ARTIGO 813 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL – 'PERICULUM IN MORA' E 'FUMUS BONI JURIS' - INEXISTÊNCIA - DESCABIMENTO. Para a concessão do arresto não basta ao autor dizer-se credor dos réus, cabendo-lhe, sim, mostrar ao juízo que situações específicas geravam o risco de se esvaziar a futura execução, justificando assim a pronta constrição de bens dos fiadores.***" (AI 831.562-00/6 - 12ª Câm. - extinto 2º TAC - Rel. Juiz ARANTES THEODORO - J. 12.2.2004).

E ainda que não fossem taxativas as hipóteses arroladas no art. 813, do Código de Processo Civil, o presente recurso vem manejado contra decisão que indeferira liminar na cautelar de arresto, e não seu provimento final, e portanto, tratando-se de juízo precário, não é preciso ir além do que até aqui se chegou para concluirmos pela inexistência do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora* que pudessem justificar o gravame ao patrimônio da agravada na forma pretendida pela requerente.

Por último, não se conhece da petição de fls. 160/165, entranhada pelo agravante à véspera da sessão de julgamento, por estar inovando dentro do Agravo de Instrumento, como se este fosse uma nova ação com trâmite direto no Tribunal, sem preexistência de despacho que tenha decidido questão nova.

Assim, de rigor a manutenção, por ora, da r. decisão agravada.

Ante o exposto, nega-se provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2244585-03.2015.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante RUBENS CAPONI GARCIA, é agravado NACIONAL TRANSPORTES ESPECIALIZADOS LTDA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 35ª 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 13181)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores ARTUR MARQUES (Presidente) e FLAVIO ABRAMOVICI.

São Paulo, 9 de março de 2016.

Acesso ao Sumário

MORAIS PUCCI, Relator

Ementa: Agravo de Instrumento. Ação de despejo por falta de pagamento cumulada com cobrança. Ingresso de terceiros, credores da locadora em ação indenizatória, postulando a expedição de ofício ao juízo trabalhista onde foi arrematado o imóvel dos fiadores, dado em garantia da locação, para que o saldo remanescente seja depositado nos autos do despejo por falta de pagamento e penhorado, para garantia do crédito que possuem em relação à locadora. Hipótese que não se adequa a nenhuma das modalidades de intervenção de terceiros previstas no CPC. Ausência de relação jurídica dos "terceiros" com a demanda de despejo por falta de pagamento cumulada com cobrança ajuizada pela locadora em relação à empresa locatária e a seus fiadores. Pedido que deve ser deduzido na ação indenizatória que movem em relação à locadora. Decisão revogada. Agravo provido.

VOTO

Versam os autos sobre agravo de instrumento interposto contra a r. decisão (f. 259) proferida nos autos da ação de despejo por falta de pagamento cumulada com cobrança de aluguéis e encargos (Proc. 0152695-81.2010.8.26.0100) movida por **NACIONAL TRANSPORTES ESPECIALIZADOS LTDA**., em relação a **TRANSPORTES LEMOS GARCIA LTDA**., locatária, **RUBENS CAPONI GARCIA** e **ANA LÚCIA LEMO GARCIA**, fiadores, que deferiu o pedido formulado por terceiros, credores da ora locadora em ação indenizatória, no sentido de que seja expedido ofício ao juízo trabalhista, em processo no qual os ora fiadores são réus, requerendo que, após o adimplemento do débito deles naquele processo, o saldo remanescente seja depositado nestes autos, a fim de garantir o pagamento da dívida da ora locadora em relação aos peticionantes.

Inconformado, o cofiador Rubens Caponi Garcia interpôs o presente agravo, postulando a revogação da decisão agravada, sustentando, em suma, que: (a) nada deve aos peticionantes, não podendo seu patrimônio ser constrito para satisfação de crédito de terceiro; (b) esses terceiros nem sequer poderiam ter sido admitidos na lide, pois não possuem interesse jurídico em relação à presente ação.

Concedi efeito suspensivo ao recurso.

Acesso ao Sumário

O agravo é tempestivo e foi preparado (f. 06/09).

Contraminuta a f. 266/269.

É o relatório.

Léia Carmem Chaves Xavier, Adriana Chaves Xavier e Charles Chaves Xavier são credores da empresa Nacional Transportes Especializados Ltda., a ora locadora, em ação indenizatória que tramita perante a 2ª Vara Cível da Comarca de Americana, e postularam seu ingresso na presente ação de despejo por falta de pagamento, como "terceiros interessados", postulando que os aluguéis devidos pela locatária, nestes autos, fossem depositados naquela ação indenizatória (f. 203/204), o que, aliás, já havia sido determinado pelo juízo da 2ª Vara Cível de Americana (f. 207).

Na presente ação de despejo por falta de pagamento cumulada com cobrança, foram eles admitidos como terceiros interessados (f. 215).

Em seguida, se manifestaram eles nestes autos, postulando antecipação de tutela, sustentando, em suma, que: (a) o imóvel dado em garantia da locação, de propriedade dos fiadores, foi arrematado em ação trabalhista da qual o cofiador era réu; (b) a relação locatícia discutida nestes autos está desprovida de qualquer garantia; (c) haverá saldo remanescente da arrematação daquele imóvel, que deve ser depositado nestes autos de despejo por falta de pagamento, para garantir parte do crédito que possuem em relação à ora locadora (f. 226/227).

Sobreveio, então, a decisão agravada, que acolheu tal pedido (f. 259).

De início, insta salientar que Léia Carmem Chaves Xavier, Adriana Chaves Xavier e Charles Chaves Xavier não poderiam intervir na presente ação na qualidade de terceiros interessados.

Isso porque, as modalidades de intervenção de terceiros previstas no CPC são a assistência, a oposição, a nomeação à autoria, a denunciação da lide e o chamamento ao processo (arts. 50 a 80 do CPC).

Em todas essas modalidades, existe o interesse jurídico do interveniente em relação à lide, podendo ele, inclusive, produzir provas no processo, visando à prolação de sentença que lhe seja favorável.

No presente caso, entretanto, Léia Carmem Chaves Xavier, Adriana Chaves Xavier e Charles Chaves Xavier são credores da ora locadora, em ação indenizatória, e nenhuma relação jurídica possuem com a demanda de despejo por falta de pagamento cumulada com cobrança ajuizada por esta em relação à empresa locatária e a seus fiadores.

Caso pretendam obter a penhora sobre o saldo remanescente da arrematação do imóvel de propriedade dos fiadores que garantia a locação, para a garantia da dívida que a locadora possui perante eles, devem postular tal providência nos autos da ação indenizatória que movem em relação àquela, ou

Acesso ao Sumário

seja, no juízo do cumprimento da sentença de procedência dessa ação.

Ademais, saliente-se que ainda não há decisão definitiva, na ação de despejo por falta de pagamento cumulada com cobrança, a respeito da dívida locatícia da empresa locatária e de seus fiadores em relação à ora locadora.

Por tais motivos, o agravo é provido para ser indeferido o pedido formulado por Léia Carmem Chaves Xavier, Adriana Chaves Xavier e Charles Chaves Xavier.

Dou, pois, provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2265699- 95.2015.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que são agravantes RAFFAELE VALIANTE e VERA LUCIA DOMENICIOS V ALIANTE, são agravados J. D'ARC - ALUGUEL E CONFECÇÕES LTDA. – ME., FRANCISCO DE ASSIS ALVES DE OLIVEIRA e JANETE SILVA DE OLIVEIRA.

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 26.935)**

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

São Paulo, 1 de março de 2016.

PEDRO BACCARAT, Relator

Ementa: Agravo de instrumento. Execução de título extrajudicial. Pedido de desbloqueio de numerário depositado em conta poupança. Mitigação da impenhorabilidade prevista no art. 649, inc. X, do CPC, quando a conta poupança é utilizada como se fosse uma conta corrente, com constantes depósitos, retiradas e pagamentos. Recurso provido.

Acesso ao Sumário

VOTO

Vistos.

Cuida-se de agravo de instrumento tirado contra a decisão prolatada

pela magistrada, Doutora Cristina Aparecida Faceira Medina Mogioni, que determinou o desbloqueio do numerário localizado em conta poupança, porque impenhorável nos termos do artigo 649, inciso X, do Código de Processo Civil.

Insurgem-se os Exequentes alegando que a insuficiência de numerário presente nas contas correntes localizadas em nome dos Executados indica o desvio de finalidade da conta poupança.

Recurso tempestivo, preparado e não respondido (fls. 100).

É o relatório.

Em junho de 2015 os locadores Raffaele Valiante e Vera Lucia Domenicis Valiante ajuizaram em face da locatária J Darc Aluguéis e Confecções Ltda. ME. e dos fiadores Francisco de Assis Alves de Oliveira e Janete Silva de Oliveira a presente ação de execução de título extrajudicial, consistente no contrato de locação, calculando seu crédito em R$ 22.174,83. Os Executados foram citados e não ofereceram bens à penhora. Determinada a constrição via sistema Bacen-Jud, o valor integral da dívida foi bloqueado em uma conta poupança de Francisco.

O Executado, que é microempresário e tem uma serralheria, ao requerer o desbloqueio do numerário sustentou: "*os referidos valores são para pagamento de salários e encargos sociais de 05 (cinco) funcionários*" (fls. 42).

Tal circunstância evidencia o desvio de finalidade da conta poupança, que não está sendo utilizada como acumulação de reservas financeiras.

O artigo 649 do CPC descreve hipóteses de bens patrimoniais disponíveis que são absolutamente impenhoráveis. A impenhorabilidade desses bens tem por fim assegurar as receitas alimentares do devedor e sua família e, consequentemente, preservar a dignidade da pessoa humana. É com base nessas razões que o ordenamento processual civil preserva da penhora a quantia até 40 salários mínimos mantida em depósito de caderneta de poupança (artigo 649, X, do CPC), atribuindo-lhe uma função de segurança alimentícia ou de previdência pessoal e familiar.

Mas a impenhorabilidade deve ser mitigada quando a conta poupança é utilizada como se fosse uma conta corrente, com constantes depósitos, retiradas e pagamentos. Nesse sentido vem entendendo este Tribunal: "*Agravo de instrumento. Execução fiscal. Discussão acerca da aplicabilidade do Artigo 649, X, do Código de Processo Civil sobre a conta poupança do agravante com valor inferior a 40 salários mínimos. Mitigável a aplicação do inciso X do artigo 649 do CPC quando ao examinar-se o caso for constatado o uso da 'conta poupança' com claro desvio da finalidade destinada. Decisão mantida. Recurso improvido*" (Agravo de instrumento nº 2156646-82.2015, rel. Des. Maurício Fiorito, j. 13.10.2015).

"*Penhora. Conta poupança. Art. 649, X, do CPC. Admissível mitigar a*

impenhorabilidade da quantia de até 40 salários mínimos, diante da execução de crédito de natureza alimentar e quando do exame do caso concreto constata-se a utilização da conta poupança mediante abuso e manifesto desvio de finalidade. Precedentes do Superior Tribunal de Justiça. Manutenção do bloqueio e da penhora dos ativos provenientes da conta poupança. Recurso provido" (Agravo de Instrumento nº 2207478-56.2014, rel. Des. Mendes Pereira, j. 14.07.2015).

Note-se que sequer veio a este instrumento cópia do extrato da conta poupança, para que seja possível aferir se há depósito de valor superior a 40 salários mínimos.

Ante o exposto, dá-se provimento para cassar a decisão, determinando a manutenção da penhora.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2254647-05.2015.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante BANCO ITAUCARD S/A e é agravada ANA ROBERTA BRITO DE OLIVEIRA.

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 AGRAVO. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 32.991)**

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

São Paulo, 1 de março de 2016.

CELSO PIMENTEL, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: A reemissão do boleto com novo vencimento e o recebimento da prestação traduzem-se em induvidosa novação da credora, que afasta a mora do devedor fiduciário e torna ineficaz a notificação anterior. Em consequência e não importa o que se passe com as prestações subsequentes, mantêm-se a revogação da liminar e a ordem de devolução do bem à ré.

VOTO

Autora de ação de busca e apreensão de bem objeto de alienação

fiduciária, instituição financeira agrava da respeitável decisão que revogou a liminar. Insiste na comprovação da mora da ré, à falta de pagamento das prestações subsequentes à indicada na notificação, com que argumenta em face da ressalva expressa. Acena com a inadimplência contumaz da devedora quando ajuizamento da demanda e da apreensão do veículo.

Houve preparo.

Foi indeferido o pedido de atribuição de efeito suspensivo.

Vieram informações.

É o relatório.

Depois da notificação de 23 de julho de 2015, recebida em 28 de julho de 2015 (fls. 42 e 44) e apontando débito da prestação vencida em 24 de maio de 2015 (fl. 42), houve pagamento (fl. 67), em 21 de setembro de 2015 e 30 de setembro de 2015 (fls. 68/69), data do ajuizamento da ação (fl. 16), das prestações vencidas em 24 de junho de 2015 e em de 24 de julho.

A reemissão do boleto com novo vencimento e o recebimento da prestação traduzem-se em induvidosa novação da credora, que afasta a mora do devedor e torna ineficaz a notificação anterior.

Em consequência e não importa o que se passe com as prestações subsequentes, mantêm-se a revogação da liminar e a ordem de devolução do bem à ré, já cumprida (fls. 84 e 14/105).

Pelas razões expostas, nega-se provimento ao agravo.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2010535- 95.2016.8.26.0000, da Comarca de Tupã, em que é agravante LUIS PEREIRA DOS SANTOS FARIAS, é agravado BANCO BRADESCO FINANCIAMENTO S/A.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 38ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 12973)**

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

São Paulo, 3 de março de 2016.

FERNANDO SASTRE REDONDO, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: DESERÇÃO. Recurso de apelação, com pleito de condenação do réu no pagamento da sucumbência (custas e honorários advocatícios). Deserção reconhecida. Descabimento. Legitimidade concorrente entre a parte que goza da gratuidade e o advogado (art. 23 da Lei n. 8.906/94 e Súmula n. 306 do STJ). Dispensa do recolhimento de preparo. Precedentes. Decisão reformada. Recurso provido.

VOTO

RELATÓRIO

Agravo de instrumento contra r. decisão (fls. 9/10) que, em medida cautelar de exibição de documentos, ajuizada pelo agravante, deixou de receber o recurso de apelação por ele interposto por deserção.

Sustenta o agravante que há legitimidade concorrente entre a parte e o advogado para recorrer de decisão alusiva à verba honorária, sem necessidade de recolhimento do preparo recursal. Traz, em abono à sua tese, precedentes jurisprudenciais.

Deferido o efeito suspensivo (fls. 40). Recurso tempestivo (fls. 11), isento de preparo (fls. 27) e respondido (fls. 43/45).

VOTO

O recurso comporta provimento.

Trata-se de ação cautelar de exibição de documentos que, pela r. sentença, foi julgada extinta, com resolução de mérito, sem condenação em honorários advocatícios, tendo em vista a exibição dos documentos pelo réu.

Interpôs o autor recurso de apelação, visando à condenação do réu no pagamento das verbas sucumbenciais.

O juízo singular deixou de receber o recurso de apelação, por deserto, sob o fundamento de que os honorários sucumbenciais pertencem ao advogado, que não poderia se valer da gratuidade concedida à parte para apelar.

Respeitado o entendimento do douto magistrado, a decisão comporta reforma.

Embora o artigo 23 da Lei n. 8.906, de 04.07.1994 (Estatuto da Advocacia) outorgue ao profissional da advocacia a titularidade dos honorários decorrentes da sucumbência, a parte não fica inibida de formular a irresignação.

Nos termos da Súmula n. 306 do C. STJ, o advogado tem assegurado o direito autônomo à execução do saldo dos honorários advocatícios sem excluir a legitimidade da própria parte.

Acesso ao Sumário

Trata-se de legitimidade concorrente entre a parte e o seu advogado, possuindo ambos legitimidade para recorrer da decisão judicial relativa à fixação de honorários advocatícios, o que autoriza o regular seguimento do recurso de apelação.

Desse modo, como o requerente utilizou-se da faculdade de interpor o recurso em seu nome, bem como usufrui os benefícios da assistência judiciária gratuita, não há que se falar em pagamento das custas processuais relativas à interposição.

Nesse sentido, já decidiu o E. Superior Tribunal de Justiça:

"PROCESSUAL CIVIL. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. ARTS. 22 E 23 DA LEI N. 8.906/94. LEGITIMIDADE CONCORRENTE. RECURSO EM NOME DA PARTE QUE LITIGA SOB O PÁLIO DA GRATUIDADE DA JUSTIÇA. DESERÇÃO. INOCORRÊNCIA.

1. Hipótese em que a causídica, interpondo recurso de apelação em nome dos exequentes, o qual versava unicamente sobre honorários advocatícios, deixa de recolher o preparo, em razão desses litigarem sob o pálio da gratuidade da justiça, porém o recurso é considerado deserto, em razão do entendimento da Corte Estadual de que a advogada não pode se servir da gratuidade da justiça concedida aos exequentes.

2. Sabe-se que os honorários, contratuais e de sucumbência, constituem direito autônomo do advogado, que não pode ser confundido com o direito da parte, tal como dispõe a Lei n. 8.906/94 (cf. AgRg no REsp 1221726/MA, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, DJe de 02/05/2013).

3. A despeito de a verba relativa à sucumbência constituir direito autônomo do advogado, não se exclui da parte a legitimidade concorrente para discuti-la, ante a *ratio essendi* do art. 23 da Lei nº 8.906/94 (cf. REsp 828300/SC, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, DJe de 24/04/2008).

4. Não tendo agido a advogada em nome próprio, não há falar em deserção quando o litigante está abrigado pela gratuidade da Justiça.

5. Agravo regimental não provido."

(*STJ, AgRg no REsp 1378162/SC, 2ª T., Rel. Min. MAURO CAMPBELL MARQUES, j. em 4.2.2014, DJe 10.2.2014*).

No mesmo sentido, seguem julgados recentes deste E. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo:

"AGRAVO DE INSTRUMENTO. Cautelar de exibição de Documento julgada procedente. Apelo do autor pela elevação do valor dos honorários. Recurso contra decisão que concedeu prazo para recolhimento do preparo,

Acesso ao Sumário

pena de deserção. Legitimidade concorrente para discutir a fixação da verba honorária. A assistência judiciária ao autor é extensiva ao advogado constituído: interpretação do art. 9º da Lei 1.060/1950. Recurso provido." (*TJSP, Agravo de Instrumento nº 2024823-19.2014.8.26.0000, Rel. Des. Maury Bottesini, 38ª Câmara de Direito Público, j. 18.07.14*).

"Agravo de instrumento. Ação cautelar de exibição de documentos. Recurso visando a majoração do valor da verba honorária. Recurso declarado deserto por não ter o advogado recolhido o preparo. Parte beneficiária da Justiça Gratuita. Recurso apresentado em nome da parte. Legitimidade concorrente. Possibilidade de se valer da gratuidade conferida a parte. Isenção do preparo. Recurso provido. Súmula 306 do STJ. Agravo provido." (*TJSP, Apelação n. 2024832-78.2014.8.26.0000, Rel. Des. Silvério da Silva, 8ª Câmara de Direito Privado, j. 02.07.2014*).

"APELAÇÃO. Preparo. Recurso interposto com o único fim de rever os honorários advocatícios de sucumbência. Determinação de recolhimento das custas pertinentes, posto que os benefícios da gratuidade de justiça concedidos à parte, não se estenderiam ao seu patrono. Legitimidade para tal recurso, todavia, que é concorrente entre a parte e o seu advogado, ainda que a matéria do apelo se restrinja à verba honorária de sucumbência. Dispensa do recolhimento de preparo e de porte de remessa que, em concreto, se impõe. Precedentes. Decisão reformada. Recurso provido." (*TJSP, Agravo de Instrumento nº 2060031-64.2014.8.26.0000, Rel. Des. Teixeira Leite, 4ª Câmara de Direito Privado, j. 26.06.2014*).

Assim, a decisão merece reforma para que seja determinado o recebimento do recurso de apelação, dispensando o agravante do recolhimento do preparo recursal.

Ante o exposto, dou provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2018627-62.2016.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante MIRABRAS INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE EQUIPAMENTOS DIGITAIS LTDA., é agravado CRUZEIRO COLOR LAB DIGITAL PROFISSIONAL LTDA. - ME.

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 14739)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores MILTON CARVALHO (Presidente), JAYME QUEIROZ LOPES e ARANTES THEODORO.

São Paulo, 4 de março de 2016.

MILTON CARVALHO, Relator

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO. Desconsideração da personalidade jurídica. Medida excepcional que somente pode ser autorizada quando presentes os pressupostos do art. 50 do CC. Confusão patrimonial e prática de atos fraudulentos não demonstrados. O encerramento irregular das atividades empresariais, por si só, não é causa para a desconsideração da personalidade jurídica. Precedentes do STJ e deste Tribunal de Justiça. Recurso provido.

VOTO

Trata-se de agravo de instrumento tirado da respeitável decisão de fls. 55/56, que, em fase de cumprimento de sentença, deferiu pedido de desconsideração da personalidade jurídica e determinou a inclusão dos sócios da agravante no polo passivo da lide.

Sustenta a agravante que o pedido foi deferido sem ao menos observância do contraditório; que não praticou qualquer ato fraudulento; que somente deixou de operar no mercado, encontrando-se inativa; que a sua atividade comercial de revelação de fotos está praticamente extinta; que não estão presentes os requisitos estipulados pelo artigo 50 do Código Civil; e que, em suma, descabida a desconsideração de sua personalidade jurídica.

A liminar pleiteada foi deferida, para suspender os efeitos da decisão agravada (fls. 111).

Houve resposta (fls. 115/122). Foi requerida a condenação da agravante por litigância de má-fé.

É o que importa ser relatado.

O recurso comporta provimento.

A agravada busca a satisfação de crédito, entretanto, não logrou localizar valores ou bens passíveis de penhora e, nesse contexto, foi requerida a desconsideração da personalidade jurídica, o que foi deferido pelo Juízo da causa.

Respeitado o entendimento do Juízo da causa, realmente não estão

Acesso ao Sumário

presentes elementos que autorizem a supressão da personalidade da pessoa jurídica da empresa devedora.

Isso porque a desconsideração da personalidade jurídica somente pode ser admitida quando constatada a ocorrência de *abuso da personalidade*, decorrente da realização de atos com desvio de finalidade ou que acarretem confusão patrimonial entre os bens dos sócios e aqueles da pessoa jurídica, com o intuito de fraudar ou prejudicar credores, conforme se infere do artigo 50 do Código Civil.

Esse é o entendimento adotado pelo Superior Tribunal de Justiça:

Tratando-se de regra de exceção, de restrição o princípio da autonomia patrimonial da pessoa jurídica, a interpretação que melhor se coaduna com o art. 50 do Código Civil é a que relega sua aplicação a casos extremos, em que a pessoa jurídica tenha sido instrumento para fins fraudulentos, configurado mediante o desvio da finalidade institucional ou a confusão patrimonial.

2. O encerramento das atividades ou dissolução, ainda que irregulares, da sociedade não são causas, por si só, para a desconsideração da personalidade jurídica, nos termos do Código Civil **(EREsp nº 1.306.553/SC, Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, 2ª Seção, j. 10/12/2014, DJe 12/12/2014, RDDP, vol. 144, p. 140, RSTJ, vol. 236, p. 313)** (realces não originais).

V - ***A desconsideração da personalidade jurídica configura-se como medida excepcional. Sua adoção somente é recomendada quando forem atendidos os pressupostos específicos relacionados com a fraude ou abuso de direito estabelecidos no art. 50 do CC/02****. Somente se forem verificados os requisitos de sua incidência, poderá o juiz, no próprio processo de execução, "levantar o véu" da personalidade jurídica para que o ato de expropriação atinja os bens da empresa* **(STJ, REsp nº 948.117/MS, 3ª Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 22/06/2010)** (realces não originais).

Com efeito, a interpretação conferida pelo Superior Tribunal de Justiça ao artigo 50 do Código Civil, com relação à desconsideração da personalidade jurídica, é a de que não basta a dificuldade financeira da sociedade para autorizar a responsabilização pessoal dos seus sócios, devendo ser comprovada a efetiva ocorrência de abuso da personalidade (nesse sentido: **REsp nº 1.200.850/SP, 3ª Turma, Rel. Massami Uyeda, j. 04/11/2010**).

Nesse sentido também o Enunciado 282 da IV Jornada de Direito Civil: *Art. 50: O encerramento irregular das atividades da pessoa jurídica, por si só, não basta para caracterizar abuso da personalidade jurídica.*

Justifica-se a exigência de prova do abuso como condição ao deferimento

Acesso ao Sumário

do pedido formulado pela parte exequente por constituir a desconsideração da personalidade jurídica medida excepcional, cujo uso não pode ser banalizado.

Diante disto, o fato de que não foram localizados ativos financeiros não é suficiente a autorizar a supressão da personalidade da pessoa jurídica.

Nesse sentido:

Cumprimento de sentença. Execução de verba sucumbencial. Indeferimento de desconsideração da personalidade jurídica da devedora. Decisão recorrida com fundamentação e motivação resumidas, sucintas e suficientes à compreensão da conclusão deliberada. Desnecessidade de que cada decisão judicial tenha conteúdo de dissertação acadêmica. ***A "disregard doctrine" exige abuso na utilização da pessoa jurídica, consistente no desvio de sua finalidade ou na confusão patrimonial. A só inatividade da empresa não permite concluir tenha havido fraude, ou que a pessoa jurídica tenha sido usada como instrumento para prejudicar credores. Hipótese que, por ora e pelas provas acostadas ao recurso, configura eventual encerramento irregular das atividades ou insucesso empresarial, não necessariamente má-fé ou fraude****. Decisão mantida. Agravo improvido.* **(TJSP, Agravo de Instrumento nº 2072113-93.2015.8.26.0000, Rel. Soares Levada, 34ª Câmara de Direito Privado, j. 27/05/2015)** (realces não originais).

AGRAVO DE INSTRUMENTO - PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS - ENERGIA ELÉTRICA - CUMPRIMENTO DE SENTENÇA - ***DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA - INDEFERIMENTO - MANUTENÇÃO - NÃO LOCALIZAÇÃO DE BENS PASSÍVEIS DE PENHORA - INDÍCIO ENCERRAMENTO IRREGULAR - AUSÊNCIA DOS REQUISITOS DO ARTIGO 50, DO C.C. - ABUSO DA PERSONALIDADE JURÍDICA - INOCORRÊNCIA*** *– DECISÃO MANTIDA. Agravo de Instrumento improvido.* **(TJSP, Agravo de Instrumento nº 2072430-91.2015.8.26.0000, Rel. Jayme Queiroz Lopes, 36ª Câmara de Direito Privado, j. 14/05/2015)** (realces não originais).

RECURSO - AGRAVO DE INSTRUMENTO - COMPRA E VENDA DE BEM MÓVEL - AÇÃO DE COBRANÇA. Pedido de desconsideração direta da personalidade da pessoa jurídica executada, inativa, para inclusão de seus sócios no polo passivo da execução, com redirecionamento posterior (desconsideração inversa) em face de outras pessoas jurídicas que compõem como sócios. Descabimento. ***Desconsideração da personalidade jurídica que somente deve ser deferida quando verificados os elementos objetivos do desvio de finalidade social ou confusão patrimonial, ausentes no caso. Interpretação restritiva dos***

***parâmetros da desconsideração prevista no artigo 50 do Código Civil (Enunciado nº 146 aprovado na III Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal)**. O encerramento irregular das atividades da pessoa jurídica, por si só, não basta para caracterizar abuso da personalidade jurídica (Enunciado nº 281 da IV Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal). Decisão agravada mantida. Recurso não provido.* **(TJSP, Agravo de Instrumento nº 2030187-35.2015.8.26.0000, Rel. Marcondes D'Angelo, 25ª Câmara de Direito Privado, j. 07/05/2015)** (realces não originais).

Repise-se que, de acordo com o entendimento atual do Egrégio Superior Tribunal de Justiça, ***O encerramento irregular das atividades empresariais, por si só, não é causa para a desconsideração da personalidade jurídica***. *Precedentes do STJ* **(AgRg no AREsp nº 622.972/SC, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, 3ª Turma, j. 25/08/2015, DJe 31/08/2015)** (realces não originais).

Assim, na absoluta falta de provas que corroborem o alegado abuso, inviável autorizar a desconsideração da personalidade jurídica.

Por fim, não há que se falar na condenação em litigância de má-fé. Conforme orientação jurisprudencial adotada pelo Superior Tribunal de Justiça, a condenação em litigância de má-fé exige prova do dolo **(EDcl no Ag 691.61 / RS, 4ª Turma, Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, j. 06.11.2012; AgRg no AgRg no Ag 1.238.201/SP, 3ª Turma, Rel. Min. Massami Uyeda, j. 20.03.2012)**, portanto, é necessária a efetiva demonstração da prática de conduta temerária, o que não se evidencia no caso.

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

ACÓRDÃO

Acesso ao Sumário

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2211660-51.2015.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante CELSO BEDIN, é agravado JOÃO BATISTA DE ALMEIDA SOBRINHO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 36ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Não conheceram de parte do agravo e, na parte conhecida, deram-lhe parcial provimento, v.u.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 24819)**

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

São Paulo, 8 de março de 2016.
JAYME QUEIROZ LOPES, Relator

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO - DESPESAS DE CONDOMÍNIO - COBRANÇA - CUMPRIMENTO DE SENTENÇA - ARREMATAÇÃO DO IMÓVEL POR TERCEIRO - SUBSTITUIÇÃO DO POLO PASSIVO PELO ARREMATANTE DETERMINADA EM AGRAVO JÁ TRANSITADO EM JULGADO - PRECLUSÃO DA MATÉRIA - MATÉRIAS RELATIVAS À ILEGITIMIDADE PASSIVA, PRESCRIÇÃO DO DÉBITO E TERMO INICIAL DA CORREÇÃO MONETÁRIA ACOBERTADAS PELA COISA JULGADA - CESSÃO DO CRÉDITO CONDOMINIAL A TERCEIRO - ALTERAÇÃO DA NATUREZA DA OBRIGAÇÃO, QUE DEIXA DE SER *PROPTER REM*, NÃO SE VINCULANDO MAIS À UNIDADE - PENHORA SOBRE A METADE IDEAL PERTENCENTE AO AGRAVANTE QUE DEVE SER LEVANTADA, PORQUANTO FUNDADA NAQUELA OBRIGAÇÃO ANTERIOR, QUE FOI QUITADA COM A NOVAÇÃO - FATO SUPERVENIENTE QUE NÃO ALTERA A LEGITIMIDADE PASSIVA DO ARREMATANTE IMPOSTA POR ACÓRDÃO JÁ TRANSITADO EM JULGADO - DEMAIS QUESTÕES NÃO CONHECIDAS. Agravo não conhecido em parte e, a parte conhecida, parcialmente provido.

VOTO

Trata-se de agravo de instrumento interposto contra a decisão de fls. 66, do seguinte teor:

"***Vistos. Fls.268/272: Cumpra-se o V. Acórdão, cientes as partes. Em consequência, retifique-se o polo passivo da ação para constar, em substituição a Jorge Henrique Ferreira Gome Lopes, o arrematante do imóvel Celso Bedin (qualificado às fls.261). Anote-se. Diante do decidido em sede de agravo de instrumento, prejudicado o pedido de fls.261/264. Pelo exposto, providencie a serventia a lavratura de novo termo de penhora e expedição de certidão para registro (que será concretizado***

pelo exequente), para que conste a penhora sobre a totalidade do imóvel registrado sob matrícula de nº 170.115. Após, tornem conclusos para designação do perito."

Recorre o agravante pleiteando a nulidade da decisão recorrida, ante: a) negativa de vigência do art. 2º do CPC, vez que houve determinação, de ofício, para cumprimento de acórdão proferido contra decisão anterior proferida nos presentes autos (fls. 96/99), que decretara a sucessão processual do corréu originário Jorge Henrique pelo arrematante, ora agravante. Aduz que se fazia necessária anterior audiência do autor João Batista de Almeida Sobrinho, tendo em vista que houve cessão do autor original Condomínio Edifício Golden; que o atual autor se encontra satisfeito com a execução da metade ideal do imóvel pertencente a corré Tânia Militão Vasconcelos; que a sucessão determinada pelo acórdão causa enorme tumulto processual, a par de causar gravame ao seu patrimônio; b) negativa de vigência do art. 5º, inciso LIV e LV, da CF, por permitir que o recorrente seja privado de seus bens sem as garantias do contraditório e da ampla defesa, tendo em vista que o agravo de instrumento em que houve determinação de sucessão processual, correu sem que fosse cientificado; c) negativa de vigência dos artigos 467 e 472 do CPC, pois não há coisa julgada em face de terceiro prejudicado; d) negativa ao artigo 686, inciso VI e do artigo 711, ambos do CPC, pois não restou expressamente previsto no edital de praça a responsabilidade do arrematante pelas despesas condominiais anteriores à arrematação. Aduz, ainda, ilegitimidade passiva, pois adquiriu apenas metade ideal do imóvel gerador das despesas condominiais, que se encontrava na posse exclusiva da corré Tania Militão Vasconcelos, razão pela qual a responsabilidade das despesas pelo uso e gozo do imóvel devem somente a ela serem impostas. Alega, também, prescrição da pretensão do recorrido com relação às prestações vencidas até o mês de setembro de 2010, sob o fundamento de que só tomou conhecimento desta ação no final do mês de setembro de 2015, quando foi intimado, não podendo ser cobrado por período que não mantinha relação com a unidade geradora das despesas de condomínio. Por fim, entende que a correção monetária dos débitos deve ser contada a partir do ajuizamento da ação. Requer, assim, a sua exclusão do polo passivo da ação; o pronunciamento sobre a prescrição das despesas condominiais vencidas antes de outubro de 2010; condenação do agravado nos encargos da lide, em especial, o reembolso das custas e despesas processuais realizadas pelo agravante, bem como pagamento dos honorários de seu patrono.

Acesso ao Sumário

Pelo despacho de fls. 149, indeferi efeito suspensivo ao recurso, que é tempestivo, foi preparado e respondido.

É o relatório.

Trata-se de ação de cobrança de despesas condominiais julgada procedente pela sentença de fls. 75/77, para condenar os requeridos JORGE HENRIQUE

FERREIRA GOMES e TÂNIA MILITÃO VASCONCELOS ao pagamento ao autor CONDOMÍNIO EDIFÍCIO GOLDEN TOWERS das despesas condominiais vencidas e indicadas na inicial, corrigidas a partir da propositura da ação e com juros de mora a contar da citação, bem como aquelas vencidas no decorrer da demanda, até liquidação final do débito (artigo 290, CPC), corrigidas monetariamente a partir de seu respectivo vencimento, acrescidas de juros de mora de 1% ao mês e multa de 2% sobre o débito, nos termos do artigo 1336, §1º do CC (fls. 75/77).

A sentença transitou em julgado em 04.10.2011 (fls. 78).

Iniciado o cumprimento de sentença, apurou-se que 50% da unidade condominial fora arrematada em ação trabalhista, por CELSO BEDIN, ora agravante.

Requereu, então, o condomínio autor, que a execução se voltasse contra o arrematante, pelo fato de que esse seria substituto processual do anterior proprietário (fls. 79/83), o que foi indeferido (fls. 84/86).

O condomínio autor interpôs agravo de instrumento (fls. 87/91), tendo esta Câmara, por votação unânime, reformado a referida decisão e determinado a substituição do polo passivo pelo arrematante (fls. 96/99), nos seguintes termos:

"Com a arrematação, o arrematante passou a ser sucessor, sendo certo que a sentença proferida entre as partes originárias estende seus efeitos ao adquirente.

Nesse sentido já decidiu esta Câmara:

'Agravo de instrumento - despesas condominiais - ação de cobrança julgada procedente - cumprimento da sentença - decisão que indefere pedido do exequente, de inclusão no polo passivo do arrematante da unidade condominial devedora, em substituição ao executado - inconformismo que no seu acolhimento insiste - pretensão que havia de ser acolhida, pois confrontada pelo disposto no art. 42, § 3º, da lei processual civil, que contém exceção à regra segundo a qual a sentença, por força da coisa julgada, só vincula aqueles que figuraram como partes na causa, e pela circunstância de ostentar a dívida condominial natureza propter rem - recurso provido.' (AI 0252323-81.2012.8.26.0000, Rel. Des. Palma Bisson)

'Despesas condominiais. Ação de cobrança em fase de execução. Unidade arrematada. Instalação de concurso de credores (art. 711, CPC). Possibilidade de habilitação de crédito apenas por quem tem execução parelha. Ocorrência não verificada na espécie, relativamente aos honorários prometidos pelo exequente ao seu próprio advogado. Substituição dos primitivos réus pelo arrematante do imóvel. Arrematante que adquiriu o bem ciente da penhora advinda do débito

condominial. Possibilidade, mesmo na fase de execução. Inteligência do art. 42, § 3º, do CPC. Recurso parcialmente provido.' (AI 0293746-55.2011.8.26.0000, Rel. Des. Arantes Theodoro)

'AGRAVO DE INSTRUMENTO - DESPESAS DE CONDOMÍNIO - COBRANÇA - AQUISIÇÃO DO IMÓVEL DURANTE O TRÂMITE DA AÇÃO - INCLUSÃO DO ATUAL PROPRIETÁRIO NO POLO PASSIVO - ADMISSIBILIDADE - INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 1345, DO C.C. - DECISÃO REFORMADA.' (AI 0255956-032012.8.26.0000, Rel. Des. Jayme Queiroz Lopes)

Em sendo assim, nos termos do artigo 42, §3º, do C.P.C., possível se mostra o acolhimento do pleito do agravante.

Ante o exposto, ao recurso é dado provimento."

O acórdão transitou em julgado em 29/10/2013 (fls. 96).

Cabe anotar que, em 16/09/2013, por Instrumento Particular de Cessão de Direitos Creditórios e Outras Avenças, o Condomínio exequente cedeu o crédito de R$ 43.203,77, referente a cotas condominiais em atraso da unidade 112, Torre "A", Edifício St. Louis, a João Batista de Almeida Sobrinho, o qual pagou ao cedente a quantia de R$ 39.268,80, a título de preço. Constou da cláusula IV a assunção dos riscos e dos ônus da persecução do crédito pelo cessionário (fls. 124/125).

A arrematação, no caso, ocorreu em autos de reclamação trabalhista, tendo o crédito da alienação sido utilizado para satisfazer aquela execução. Constou, no edital de hasta pública, a existência de débito de despesas condominiais (fls. 145/146), motivo pelo qual o ora agravante restou incluído, como substituto processual, no polo passivo do presente cumprimento de sentença, a teor do disposto no acórdão supra mencionado.

Ocorre que fato superveniente e anterior ao trânsito em julgado do acórdão veio alterar o estado de coisas no cumprimento de sentença, motivo porque a penhora de metade ideal da unidade não deve prevalecer. Também não há interesse do Condomínio em prosseguir na persecução de seu crédito em face do arrematante substituto processual, vez que o cedeu, a título oneroso, para terceiro, recebendo o respectivo preço.

Com efeito, a natureza da obrigação que fundamenta a execução alterou-se, não sendo mais *propter rem*, ou seja, não se vincula à unidade devedora, se tratando, agora, de crédito de natureza pessoal pertencente a terceiro, que foi incluído como substituto processual no polo ativo do cumprimento da sentença.

Ademais, com o pagamento efetuado pelo cessionário ao cedente (Condomínio), a unidade deixou de estar em débito e, por consequência, o adquirente e ora agravante deixou de ser devedor perante o Condomínio. Nesse sentido, a penhora sobre a metade ideal pertencente ao agravante deve ser

Acesso ao Sumário

levantada, pois a constrição teve por fundamento uma obrigação de natureza *propter rem*, agora inexistente.

Não se altera, outrossim, o polo passivo no cumprimento da sentença. A cessão do crédito operada entre o Condomínio agravado e João Batista de Almeida Sobrinho apenas transmudou a natureza da obrigação, mas não o interesse do exequente substituto na persecução do crédito objeto do título judicial.

Assim, o agravante permanece legitimado a compor o polo passivo do cumprimento da sentença, mas não responde, por enquanto, com a metade ideal da unidade que lhe pertence, pois incumbe ao novo credor indicar bens dos devedores a penhora, caso estes não satisfaçam a execução com dinheiro ou com outros bens liquidáveis.

Aliás, o próprio agravado concordou parcialmente com o pleito do agravante, ciente de que, agora, o crédito tem outra natureza, não sendo mais *propter rem*. (fls. 189).

A decisão, portanto, é reformada para determinar o levantamento da penhora incidente sobre a metade ideal pertencente ao agravante. Eventual constrição de sua metade ideal ocorrerá somente em caso de não ser satisfeita a execução com a alienação da metade ideal pertencente a Tania Militão.

As demais questões refogem aos limites desde agravo e não serão examinadas.

Ante o exposto, dou parcial provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2036641-94.2016.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante ELAINE DE DIEGO MONGE, é agravada ANA MARIA OLGA BARONE NASSES.

ACORDAM, em 31ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 25.468)**

O julgamento teve a participação dos Exmo. Desembargadores ADILSON DE ARAUJO (Presidente sem voto), FRANCISCO CASCONI e PAULO AYROSA.

São Paulo, 8 de março de 2016.

CARLOS NUNES, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: LOCAÇÃO DE IMÓVEL - Ação de despejo por falta de pagamento c.c. cobrança, ora em fase de cumprimento de sentença - Agravo de instrumento tirado contra r. decisão que determinou a penhora sobre as previdências privadas da agravante - Fundo de previdência privada - Ausência de caráter alimentar - Natureza de aplicação financeira, com possibilidade de resgate dos valores investidos, a qualquer momento - Investimento visando acúmulo de capital - Inadmissibilidade de se reconhecer a impenhorabilidade desses fundos, já que apenas visam, em tese, futura aposentadoria, estando ausente o caráter previdenciário - Recurso improvido, com integral manutenção da decisão combatida.

VOTO

Vistos.

Trata-se de recurso de Agravo de Instrumento interposto por **ELAINE DE DIEGO MONGE**, junto aos autos da ação de despejo por falta de pagamento c.c. cobrança ora em fase de execução, que lhe move **ANA MARIA OLGA BARONE NASSES**, objetivando a reforma da decisão que acolheu o pedido de penhora sobre valores depositados a título de previdência privada.

Aduz a agravante, em seu reclamo, que a decisão não pode prevalecer, porquanto a constrição é ilegal, tendo em vista que o fundo de previdência privada possui caráter alimentar, sendo absolutamente impenhorável nos termos do artigo 649, IV, do CPC. Assim, requer seja atribuído efeito suspensivo a este recurso e, ao final, seja decretado o desbloqueio imediato das previdências privadas da agravante.

O recurso veio com preparo e acompanhado dos documentos de fls. 15/69.

Por decisão deste Relator, foi indeferido o pedido de efeito suspensivo.

É o Relatório.

Tenho que o presente recurso não merece provimento, pois suas razões não são convincentes.

Vejamos.

Em que pese o inconformismo da agravante, a decisão da MMª Juíza *a quo* não merece qualquer reparo.

Observa-se que, de fato, não houve nenhuma manifestação dos executados quantos aos bens passíveis de penhora, não tendo sido localizado nenhum em

Acesso ao Sumário

nome da agravante.

Assim, acabaram sendo penhorados valores depositados a título de previdência privada, que não possuem caráter alimentar, nos termos do artigo 649, IV, do CPC, e não são absolutamente impenhoráveis.

Ora, sabe-se que o plano de previdência privada não se enquadra no rol dos bens absolutamente impenhoráveis expressos no artigo 649 do CPC, tendo em vista que se trata de aplicação financeira, ou seja, investimentos do indivíduo. Nesse sentido, se encaixa como uma espécie de poupança a longo prazo, não se confundindo com provento de aposentadoria. Portanto, não possui caráter de verba alimentar, havendo a possibilidade de penhora.

Nesse sentido, os seguintes julgados:

*"**AGRAVO DE INSTRUMENTO** - Interposição contra decisão que deferiu pedido de penhora de valores decorrentes de plano de previdência privada. O artigo 649, IV, do Código de Processo Civil, visa à proteção do salário e congêneres que especifica, verbas de caráter alimentar que, destinadas ao próprio sustento e da família, não se assemelham ao plano de previdência privada, cuja natureza é de investimento. Ressalvadas as exceções, é legítimo que o devedor responda com todos os seus bens, como estabelece o artigo 591 do Código de Processo Civil. Substituição indeferida. Decisão mantida." **(Agravo de Instrumento nº 2190969-16.2015.8.26.0000, rel. MARIO A. SILVEIRA, 33ª Câm. DP3, j. em 30/11/15)***

*"Execução. Penhora de valor depositado em previdência privada em nome da esposa do executado. Possibilidade. Alegação que a cônjuge não responde por dívida anterior ao casamento. Demonstração de confusão patrimonial em que o agravante repassou para sua esposa quotas de sua empresa. Casamento em regime de comunhão parcial de bens. Penhora sobre fundos de previdência privada. Possibilidade. Fundos de previdência privada que não ostentam caráter de verba alimentar. Inaplicabilidade do art. 649, I, do CPC. Impenhorabilidade não configurada. Recurso desprovido. A prova dos autos demonstra que não se trata de patrimônio exclusivo da cônjuge, mesmo porque a documentação exibida revela que houve confusão patrimonial, sendo que o agravante alienou quotas de uma sociedade de R$ 6.432.525,00, sendo que este expressivo valor não gerou reflexo em seu patrimônio pessoal, conforme declaração de imposto de renda. Tais fatos geram a presunção de transferência à mulher, podendo esta, porém, demonstrar em via distinta seu direito. Os planos de previdência privada constituem aplicação em instituição financeira e enquadrados como investimentos de longo prazo e não ostentam condição de verba alimentar." **(AI 2192503-***

Acesso ao Sumário

92.2015.8.26.0000, rel.

KIOITSI CHICUTA, 32ª Câmara de Direito Privado, j. em 12/11/15)

"Execução. Penhora. Recursos alocados em planos de previdência privada. Admissibilidade. Natureza desses planos, por sua estrutura e funcionamento, de verdadeiro investimento, ainda que circunstancialmente possam contribuir para o sustento do titular. Ausência de confusão, de toda forma, para com os rendimentos típicos referidos no art. 649, IV, do CPC. Norma de cunho restritivo que não comporta interpretação extensiva. Penhorabilidade reconhecida. Decisão denegatória da pesquisa de aplicações com tal natureza reformada. Agravo de instrumento da exequente provido." ***(AI nº 2080066-45.2014.8.26.0000, rel. FABIO TABOSA, 29ª Câm. Direito Privado, j. em 20/8/14)***

"Plano de previdência privada na fase de capitalização não tem natureza salarial nem alimentar e não se enquadra entre as hipóteses de impenhorabilidade." ***(Agravo de instrumento nº 2190969-16.2015.8.26.0000, rel. CELSO PIMENTEL, 28ª Câm. DP3, j. em 15/12/15)***

*"****RECURSO - AGRAVO DE INSTRUMENTO - BEM MÓVEL - AÇÃO DE COBRANÇA EM FASE DE CUMPRIMENTO DE SENTENÇA.*** *Penhora de valores relativos a previdência privada. Admissibilidade. Plano de previdência que permite a acumulação de numerário a garantir pensão no futuro. Recursos que não podem ser incluídos nas hipóteses do artigo 649, inciso IV, do Código de Processo Civil. Decisão reformada. Recurso de agravo provido."* ***(AI 2203219-81.2015.8.26.0000, rel. MARCONDES D'ANGELO, 25ª Câm. DP3, j. em 19/11/15)***

*"****AGRAVO DE INSTRUMENTO. BEM MÓVEL. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA.*** *A proteção do artigo 649, IV do CPC não abrange o montante constante em fundo de previdência privada, por caracterizar investimento financeiro e não verba alimentar. Decisão reformada. Recurso provido."* ***(AI nº 0265447-68.2011.8.26.0000, 26ª Câmara de Direito Privado, Relator FELIPE FERREIRA, julgado em 01.02.12).***

"Agravo de instrumento - Penhora - Execução de título extrajudicial - Pretensão do agravante de penhora de valores que a executada mantém aplicados junto ao Bradesco Vida e Previdência Privada, a fim de garantir a execução - Possibilidade - Plano de previdência privada que não se enquadra no 'pecúlio' abarcado na excludente disposta no artigo 649, inciso IV, do Código de Processo Civil - Precedentes - Agravo de instrumento provido." ***(AI nº 0212093-31.2011.8.26.0000, 12ª Câmara de Direito Privado, Relator JACOB VALENTE, julgado em 30.11.11).***

Acesso ao Sumário

*"**PENHORA ON LINE** - Aposentadoria complementar paga por instituição privada - Impenhorabilidade - Art. 649, IV do CPC e art. 114 da Lei nº 8.213/91 - Impossibilidade de tratamento diferenciado por tratar-se de aposentadoria complementar e não de proventos pagos pelo INSS - Indeferimento mantido - Recurso desprovido." **(AI nº 0206599-88.2011.8.26.0000, 15ª Câmara de Direito Privado, Relator MANOEL MATTOS, julgado em 13.09.11).***

*"**PENHORA** - Incidência sobre valores aplicados em fundos de previdência privada - Possibilidade - Verba não abrangida pela impenhorabilidade prevista no artigo 649, inciso IV, do C.P.C. I - Valores depositados em fundos de previdência privada não têm caráter alimentar, representando espécie de poupança a longo prazo, e não se confunde com aposentadoria, pensão, pecúlio ou montepio, as quais são impenhoráveis por força do disposto no artigo 649, inciso IV, do C.P.C. II - Penhora sobre dinheiro é preferível a outras, sendo admitida sobre bens declarados inalienáveis, à falta de outros (artigos 650 e 655, inciso I, do C.P.C.). III - Possibilidade de reforço de penhora em razão da evidente insuficiência para a satisfação da pretensão executória, com alienação de parte de bem imóvel. Agravo provido." **(AI nº 0127373-34.2011.8.26.0000, 22ª Câmara de Direito Privado, Relator ANDRADE MARQUES, julgado em 01.09.11)***(destacado).

Sendo assim, tenho que a solução que se impõe é o total improvimento do recurso.

Ante o exposto, e pelo meu voto, **NEGO PROVIMENTO** ao recurso, mantendo-se, portanto, a r. decisão guerreada por seus próprios fundamentos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2036518-96.2016.8.26.0000, da Comarca de Itatiba, em que é agravante FRENHANI, MANZATTO E CALLERI ADVOGADOS, são agravados HSBC BANK BRASIL S/A - BANCO MÚLTIPLO e BANCO LOSANGO S/A - ATUAL DENOMINAÇÃO DE HSBC FINANCE S/A- BANCO MÚLTIPLO.

ACORDAM, em 34ª 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 30570)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores GOMES VARJÃO (Presidente) e ANTONIO TADEU OTTONI.

São Paulo, 9 de março de 2016.
SOARES LEVADA, Relator

Ementa: Pedido de gratuidade processual. Pessoa jurídica. Escritório de advocacia. Inteligência da Súmula 481 do E. STJ. Demonstração, no caso, de impossibilidade financeira. Pendências comerciais, trabalhistas e fiscais. Agravo provido, concedida a gratuidade à agravante.

VOTO

1. Trata-se de agravo de instrumento com pedido de concessão de efeito suspensivo interposto contra r. decisão que, em ação de arbitramento e cobrança de honorários, indeferiu a concessão dos benefícios da gratuidade judiciária. A pessoa jurídica agravante alega passar por dificuldades econômicas e grave situação financeira, entendendo presentes os requisitos autorizadores da concessão da liminar pleiteada. Sem preparo, regularmente. Efeito suspensivo concedido. Sem contraminuta ante a fase inicial do processo.

É o relatório.

Fundamento e decido.

2. O agravo procede. Tem-se que o acesso à Justiça é preceito fundamental e que o artigo 4º da Lei 1060/50 foi recepcionado pela Constituição Federal, motivos pelos quais basta a afirmação da parte de sua pobreza para fins judiciários para a concessão do benefício da gratuidade correspondente. A presunção firmada é "juris tantum", é certo, mas só pode ser ilidida pela parte contrária, não cabendo ao Juiz agir de ofício, respeitado quem pensa o contrário.

Pacífico que, em princípio, é possível a concessão da gratuidade às pessoas jurídicas, citando-se a título de mero exemplo:

> "4. *O benefício* da assistência judiciária *gratuita pode ser deferido às pessoas jurídicas, sendo mister, contudo, distinguir duas situações: (i) em se tratando de pessoa jurídica sem fins lucrativos* (entidades filantrópicas *ou de* assistência *social, sindicatos, etc.), basta o mero requerimento, cuja negativa condiciona-se à comprovação da ausência de estado de miserabilidade jurídica pelo ex adverso; (ii) no caso de pessoa jurídica com fins lucrativos, incumbe-lhe o onus probandi da impossibilidade de arcar com os encargos financeiros do processo (EREsp 388.045/RS, Rel. Ministro Gilson Dipp, Corte Especial, julgado em 01.08.2003, DJ 22.09.2003; e ERESP 1.055.037/MG, Rel . Min. Hamilton Carvalhido, julgado em 15.04.2009)*
>
> *5. Assim, as pessoas jurídicas sem fins lucrativos, tais como as entidades* filantrópicas, *fazem jus ao benefício da* assistência judiciária

gratuita, independente de comprovação da necessidade do benefício" (AgRg no REsp 1107338/RS. Rel. Min. Luiz Fux. DJe 06.08.2009).

No presente caso, verifica-se que, conforme documentação juntada aos autos, a agravante responde por reclamações, além de pender contra ela cinquenta e nove protestos, quarenta e cinco pendências comerciais, cinco financiamentos bancários e dezessete cheques sem fundo (fl. 83/88).

Logo, diante das dificuldades financeiras enfrentadas pela agravante, conclui-se pela efetiva impossibilidade de custeio das despesas processuais pela pessoa jurídica agravante. Dessa forma o pedido comporta acolhimento, uma vez que atinente a direito individual constitucionalmente assegurado, conforme disposto no art. 5°, inciso, LXXIV, da Carta Magna, que assegura o livre e irrestrito acesso à Justiça aos que comprovarem a insuficiência de recursos, podendo a gratuidade judiciária ser concedida até mesmo de ofício.

De fato, dentro dessas circunstâncias, comprovada a incapacidade financeira, a gratuidade judiciária pode ser deferida à recorrente, conforme jurisprudência consolidada na Súmula nº 481 do E. STJ que assenta: *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*.

Outrossim, a Constituição Federal não reclama prova de insuficiência econômica para concessão do benefício, pois deve ser lida em consonância com o artigo 4° da Lei 1060/50, para o qual basta a afirmação de pobreza para fins judiciários - se a parte mentir, e isto for provado, o benefício sempre poderá ser revogado, pagando a autora da inverdade "até o décuplo das custas judiciais", como previsto na parte final do § 1° do artigo 4° da citada Lei 1060/50.

3. Pelo exposto, **dá-se provimento ao recurso**.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2032845- 95.2016.8.26.0000, da Comarca de São Bernardo do Campo, em que é agravante INSTITUTO METODISTA DE ENSINO SUPERIOR, é agravada MARTA APARECIDA MONGES ZANGELM.

ACORDAM, em 34ª 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 (D) nº 10464)**

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

Acesso ao Sumário

São Paulo, 9 de março de 2016.
ANTONIO TADEU OTTONI, Relator

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO - JUSTIÇA GRATUITA OU RECOLHIMENTO A FINAL - PESSOA JURÍDICA SEM FINS LUCRATIVOS - HIPOSSUFICIÊNCIA DEMONSTRADA - INDEFERIMENTO EM PRIMEIRO GRAU - Admissível em tese concessão da gratuidade a pessoa jurídica com ou sem fins lucrativos, mediante comprovação da efetiva impossibilidade de arcar com custas e despesas do processo - Hipótese que a demonstração de hipossuficiência atual restou demonstrada contabilmente, fazendo a agravante jus ao recolhimento de custas e despesas a final - Agravo provido.

VOTO

Vistos

1. RELATÓRIO

Trata-se de agravo de instrumento interposto em ação monitória (serviços educacionais) contra a r. decisão que indeferiu pedido de justiça gratuita à autora (fls.80).

A agravante aduziu ter comprovado sua hipossuficiência mediante demonstração contábil e outros documentos, postulando, alternativamente, o recolhimento das custas e despesas a final (fls.11/24).

Agravada ainda não citada.

É o relatório.

2. FUNDAMENTOS

O recurso merece provimento.

Ajuizando ação monitória objetivando cobrança de mensalidades pela prestação de serviços educacionais, o agravante postulou a concessão da assistência judiciária gratuita ou recolhimento a final, em virtude da falta de recursos, o que foi indeferido pelo d. juízo *a quo* "*visto que as dificuldades financeiras enfrentadas (...) compõem o risco da atividade encetada por ela no mercado*" (fls.80).

De proêmio, ressalte-se ser inadequado ao caso entendimento de que as dificuldades enfrentadas pela demandante compõem o risco de sua atividade frente ao mercado, por tratar-se de entidade educacional, filantrópica e sem fins

lucrativos (fls.12).

Todavia, pessoas jurídicas, com ou sem fins lucrativos, devem demonstrar objetivamente a sua impossibilidade de arcar com os custos do processo.

E, no caso, tal demonstração foi realizada a contento, com apresentação de balanço contábil, no qual escritura-se déficit superior a R$ 7.000.000,00 (fls.75).

Não se deve ignorar também que instituição de ensino aufere recursos pelos serviços educacionais que presta através do recebimento das mensalidades dos alunos, justamente objeto da presente ação e que, de ordinário, entidades do jaez suprem suas atividades com esses recursos, as mais das vezes concedendo bolsas de estudo a pessoas de menor poder aquisitivo, cuja devolução demora anos, senão décadas, de modo que excessiva inadimplência nas mensalidades dos alunos pagantes - o que não raro acontece - deflagra sérios desequilíbrios econômicos à associação como um todo.

Além disso, é bem de ver que, embora os custos de um processo de cobrança sejam em tese ínfimos, caso haja a necessidade de ajuizar várias delas devido a um quadro massivo de inadimplência, a soma dos valores respectivos poderiam aumentar o déficit financeiro da entidade, já comprovadamente alto, a patamares proibitivos.

Deste modo, este recurso merece provimento, para deferir à agravante o recolhimento de custas e despesas a final.

3. DISPOSITIVO

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

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2256842-60.2015.8.26.0000, da Comarca de Taubaté, em que é agravante NATAN DAVID DE BRITO DIGLIO, é agravado RÁDIO DIFUSORA TAUBATÉ LTDA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 35ª 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 36245)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores ARTUR MARQUES (Presidente sem voto), GILBERTO LEME e MORAIS PUCCI.

São Paulo, 14 de março de 2016.

MELO BUENO, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO - LOCAÇÃO DE BEM IMÓVEL - AÇÃO DE DESPEJO POR FALTA DE PAGAMENTO C/C COBRANÇA - Fase de cumprimento de sentença - Credor que levantou quantia bloqueada do devedor que, na instância superior, foi reconhecida como verba de natureza impenhorável - Restituição devida - Valor levantado que deve ser corrigido pelos índices utilizados na poupança - Critério objetivo adequado à peculiaridade do caso, atendendo ao princípio da vedação do enriquecimento sem causa de qualquer dos litigantes - Incidência de juros moratórios - Cabimento, apenas a partir da intimação da devolução - Recurso parcialmente provido.

VOTO

Agravo de instrumento contra a r. decisão digitalizada às fls. 10/11 que, em fase de cumprimento de sentença em ação de despejo por falta de pagamento c/c cobrança de aluguéis e encargos fundada em contrato de locação de bem imóvel, determinou que a agravada, restituísse ao agravante a quantia que lhe havia sido anteriormente bloqueada, devidamente corrigida, mas sem incidência de juros de mora. O agravante requer a incidência de juros sobre o valor que a agravada lhe deverá restituir alegando que, de fato, a decisão proferida pelo E. STJ tratou-se de verdadeira condenação judicial; criou-se uma obrigação legal e judicial em face da agravada, restando evidente seu prejuízo sofrido, e; referidos juros devem incidir a partir do evento danoso, isto é, da data do levantamento da quantia depositada judicialmente. Alternativamente, requer que os juros incidam do trânsito em julgado da decisão proferida no seu recurso de agravo de instrumento de despacho denegatório de subida de recurso especial.

O recurso (fls. 01/09), que é tempestivo, foi processado, recebido somente no efeito devolutivo (fls. 45), e respondido (fls. 47/49).

É o relatório.

O recurso merece parcial acolhida.

Com efeito, não obstante a decisão que determinou a constrição dos ativos financeiros do agravante, devedor, obtendo-se o bloqueio de R$30.177,69, aos 16/09/11 (fls. 23/24), tenha sido posteriormente revista pelo E. STJ sob o fundamento de que tal verba não poderia ser penhorada face à impenhorabilidade da conta-poupança integrada à conta corrente até o limite de 40 (quarenta) salários mínimos (fls. 31/33), forçoso reconhecer que o fato de a agravada,

Acesso ao Sumário

neste ínterim, ter levantado essa quantia, não pode ser tratado como ato ilícito, mormente porque não se cuidava de uma execução provisória.

Ademais, cumpre ressaltar que, por se tratar de execução definitiva decorrente de título judicial, o processo, nessa fase processual, deve ser dirigido de maneira a garantir a maior efetividade da execução, proporcionando meios mais contundentes de interferência no patrimônio do devedor, para que haja a efetiva satisfação do crédito do credor; logo, o fato de a agravada, credora, ter levantado a quantia supramencionada antes de definitivamente ser dirimida uma questão secundária da execução - natureza impenhorável ou não da verba constrita -, cuidou-se de verdadeira prerrogativa dela na sua busca em satisfazer seu crédito.

Assim, referido levantamento deve ser reconhecido como ato regular do exercício do credor, razão pela qual não há que se falar em ilicitude ou irregularidade na prática desse ato, ao menos até a superveniente modificação de uma situação que se encontrava juridicamente estabilizada. Nestes termos, forçoso concluir que a agravada deverá ser considerada em mora somente a partir do momento em que foi intimada, pelo d. Magistrado de primeiro grau, a devolver a quantia em discussão.

Contudo, não há que se olvidar que o agravante restou prejudicado durante o período em que tal quantia esteve bloqueada judicialmente, eis que não pôde dispor dessa sua parcela do patrimônio. Logo, a mera correção monetária desse valor pelo período em questão culminaria em uma redução patrimonial sem justa causa, razão pela qual, sobre tal montante, deverá incidir correção pelos índices da poupança - no qual já resta embutido correção e juros remuneratórios -, eis que se trata de um critério objetivo e adequado às peculiaridades do caso concreto, além de privilegiar o princípio geral da vedação ao enriquecimento sem causa das partes; visando, ao final, chegar-se ao mais próximo do estado patrimonial original das partes antes do ato de constrição em discussão.

Deste modo, a r. decisão comporta modificação, a fim de que a agravada restitua ao agravante a quantia levantada, devendo a mesma ser objeto de correção pelos índices da poupança, incidindo desde a data do referido levantamento (dezembro de 2011) até o mês em que foi intimada a devolvê-la (novembro de 2015 - fls. 12), e; no mês subsequente a tal intimação, esse montante deverá ser corrigido monetariamente pelos índices da Tabela Prática desta C. Corte, além de incidirem juros de mora, à base de 1% ao mês.

Ante o exposto, **dou parcial provimento ao recurso**.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2024655-46.2016.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que são agravantes CONSTRUTORA GOMES LOURENÇO LTDA. e CARLOS ANDRÉ ANDRIONI SALGUEIRO LOURENÇO, é agravado CCB BRASIL - CHINA CONSTRUCTION BANK (BRASIL) BANCOMÚLTIPLO S/A (ATUAL DENOMINAÇÃO DE BICBANCO - BANCO IND. E COM. S/A).

ACORDAM, em 37ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 17469)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores JOÃO PAZINE NETO (Presidente) e PEDRO KODAMA.

São Paulo, 15 de março de 2016.

ISRAEL GÓES DOS ANJOS, Relator

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO - EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL - Decisão que deferiu a expedição de ofício com a determinação de depósito em juízo de valores que seriam recebidos pela empresa agravante. CABIMENTO: Os direitos creditórios decorrentes do contrato firmado com terceiro foram cedidos como garantia do contrato firmado com o banco credor. Possibilidade de efetivação da constrição devido à falta de efeito suspensivo aos embargos do devedor. Alegações de abusividade das cláusulas que devem ser apreciadas no julgamento dos embargos. Aplicação do art. 612 do CPC. Decisão mantida. RECURSO DESPROVIDO.

Acesso ao Sumário

VOTO

Vistos.

Trata-se de agravo de instrumento interposto contra a r. decisão de fl. 687 que, no processo de execução movido por Bicbanco - Banco Industrial e Comercial S/A contra Construtora Gomes Lourenço S/A e Carlos André Andrioni Salgueiro Lourenço, dentre outras providências, deferiu a expedição de ofício ao Consórcio Intermunicipal para Aterro Sanitário, com a determinação de que

os valores a serem pagos pelo consórcio à empresa executada sejam diretamente depositados perante o juízo até o limite do valor da dívida.

Sustentam os agravantes que houve violação ao princípio da boa-fé objetiva e o comportamento do agravado é contraditório. Afirmam que não há disposição no contrato a permitir a capitalização dos juros mensal ou anual e não está prevista de forma clara e expressa a taxa de juros remuneratórios. Alegam que é necessária a realização de perícia técnica para averiguar o valor real devido. Ressaltam que, após o vencimento antecipado, não incidirão encargos do inadimplemento, mas somente juros legais de 1% a.m. e correção monetária. Argumentam que a constrição afetaria a atividade empresária da agravante. Requerem a concessão de efeito suspensivo e ao final o provimento do recurso para determinar que se aguarde a conclusão dos embargos à execução para que seja adotada qualquer providência expropriatória (fls. 1/17).

O efeito pleiteado foi indeferido.

Desnecessárias as providências do art. 527 do Código de Processo Civil.

É o relatório.

O recurso não merece provimento.

Trata a questão de processo de execução, lastreado em cédula de crédito bancário no valor de R$ 2.800.000,00, que tinha por garantia a cessão fiduciária de direitos relativos ao contrato nº 002/12 firmado entre o Consórcio Intermunicipal de Aterro Sanitário e a Construtora Gomes Lourenço S/A. (fls. 89/113).

No curso do processo, o banco pediu a expedição de ofício ao Consórcio Intermunicipal de Aterro Sanitário para que ele depositasse em juízo os valores devidos decorrentes da prestação de serviços n° 002/12 (fls. 660/664).

Acontece que os direitos creditórios decorrentes do contrato firmado com terceiro foram cedidos como garantia do contrato firmado com o banco credor e, diante disso, pode o credor pleitear a constrição da garantia para satisfação do débito. Ademais, a efetivação da medida é possível devido à falta de efeito suspensivo aos embargos do devedor (fl. 685).

Importante ressaltar que a execução se desenvolve no interesse do credor, nos termos do art. 612 do Código de Processo Civil e o impedimento de medidas constritivas só seria possível em virtude do deferimento do efeito suspensivo aos embargos, o que, até o momento, não ocorreu.

As alegações de abusividade das cláusulas contratuais (a exemplo da impossibilidade de capitalização, obscuridade da taxa de juros praticada e incidência de encargos de inadimplemento) devem ser apreciadas no julgamento dos embargos (fls. 313/339) e neste momento não se prestam a afastar o direito do credor de buscar a satisfação de seu direito.

Acesso ao Sumário

Ressalte-se que a busca por seu crédito não configura comportamento contraditório ou abusivo do credor, mas medida necessária ao recebimento de seu crédito.

Ademais, a possibilidade de constrição sobre direitos creditórios já foi reconhecida por esta C. Corte, conforme se infere do seguinte julgado:

> ***"Execução de título extrajudicial. Ordem de penhora de direitos creditório da devedora. Decisão mantida. Inexistência de ofensa à ordem legal de constrição. Penhora de crédito que implica penhora de dinheiro. Recurso desprovido, na parte conhecida"*** *(Agravo de Instrumento nº 2031434-51.2015.8.26.0000, rel. Des. Campos Mello, 22ª Câmara de Direito Privado, j. em 12/03/2015).*

Logo, a r. decisão recorrida merece ser mantida.

Por fim, já é entendimento pacífico de que não está obrigado o julgador a citar todos os artigos de lei e da Constituição Federal para fins de prequestionamento. Sendo assim, ficam consideradas prequestionadas toda a matéria e disposições legais discutidas pelas partes.

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

Agravos Regimentais

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo nº 2245279-69.2015.8.26.0000/50000, da Comarca de São Paulo, em que são agravantes BRASILINVEST EMPREENDIMENTOS E PARTICIPAÇÕES S/A, TOSCANA DESENVOLVIMENTO URBANO S.A., FERNANDO EDUARDO MONTEIRO DE CARVALHO GARNERO, MARIO BERNARDO GARNERO, ÁLVARO LUIZ MONTEIRO DE CARVALHO GARNERO, MARIO BERNARDO MONTEIRO DE CARVALHO GARNERO e ANTONIO FERNANDO PRESTES GARNERO, é agravado MASSA FALIDA DO BANCO BVA S/A.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 21ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento em parte ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 35363)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores SILVEIRA PAULILO (Presidente sem voto), VIRGILIO DE OLIVEIRA JUNIOR e MAIA

Acesso ao Sumário

DA ROCHA.

São Paulo, 8 de março de 2016.

ITAMAR GAINO, Relator

Ementa: Embargos à execução - Efeito suspensivo - Indeferimento - Preclusão.

A ocorrência de fato superveniente autoriza reexaminar a presença ou não dos requisitos legalmente exigidos para agregação de efeito suspensivo a embargos do devedor, consoante estabelece o § 2º do artigo 739 do Código de Processo Civil.

Recurso parcialmente provido.

VOTO

Trata-se de agravo regimental interposto contra decisão que negou provimento a agravo de instrumento mantendo o indeferimento do pedido de agregação de efeito suspensivo a embargos opostos à execução.

Inconformados, os recorrentes alegam que se deram por citados oferecendo bem à penhora, cuja indicação foi aceita pela parte contrária e confirmada em julgamento de agravo de instrumento. Além disso, as matérias arguidas nos embargos são de alta relevância e consistem na imprestabilidade do demonstrativo de débito, prejudicialidade externa, nulidade de cláusulas do título executivo, apropriação indevida de valor a títulos de uma não contratação, comissão de estruturação, sem contrapartida de qualquer serviço, cobrança de encargos também sobre valores apropriados pelo Banco, direito à compensação da dívida com o valor de resgate do CDB dado em garantia, ilegalidade do indexador monetário (CDI) e outros.

É o relatório.

O reexame das peças acostadas ao presente instrumento, particularmente daquelas trazidas nesta oportunidade, revela que o juízo de origem recebeu embargos à execução opostos pelos ora recorrentes, sem, contudo, agregar-lhes o efeito suspensivo considerando inexistir segurança do juízo e também porque a "*alegação de pagamento não pode ser sumariamente acolhida sem comprovante de quitação*".

Nesta Corte, aludida decisão foi mantida porquanto ausentes elementos capazes de contradizer a assertiva contida na r. decisão recorrida no sentido de que "*inexiste a segurança do juízo*".

No entanto, agora os recorrentes conseguiram demonstrar que o mencionado obstáculo foi superado, uma vez que provido o agravo de

instrumento interposto contra o indeferimento do pedido de incidência de penhora sobre bens imóveis (cf. p. 50/52).

Há, portanto, um fato superveniente que merece ser considerado (art. 462 do CPC), qual seja, garantia da execução por penhora, uma vez que não ocorre eficácia preclusiva em relação à decisão referente aos efeitos dos embargos, consoante estabelece o § 2º do art.739-A do Código de Processo Civil.

Assim, nada impede o reconhecimento desse fato superveniente, ficando, em razão disso, o juízo *a quo* autorizado a apreciar o pedido de concessão de efeito suspensivo aos embargos.

Descabe, neste momento apreciar a aludida pretensão, sob pena de injustificada supressão de um grau de jurisdição, posto existir a necessidade de averiguar se estão presentes os demais requisitos legalmente exigidos para atribuição de efeito suspensivo a embargos do devedor.

A propósito, consoante se anotou anteriormente, "*o Superior Tribunal de Justiça já decidiu que: 'o magistrado poderá atribuir efeito suspensivo aos embargos à execução quando presentes, cumulativamente, os seguintes requisitos: (a) requerimento do embargante; (b) relevância da argumentação; (c) risco de dano grave de difícil ou incerta reparação; e (d) garantia do juízo' (AgrRg no Agravo de Instrumento nº 1.236.545/MG, rel. Min. Raul Araújo, DJe 18/10/2010), ou seja, 'consoante a nova sistemática introduzida pelas Leis nºs 11.232/2005 e 11.382/2006, a defesa do executado, seja por meio de impugnação do cumprimento da sentença (art. 475-M), ou mediante os embargos à execução do título (art. 739-A), ordinariamente, é desprovida de efeito suspensivo, podendo o juiz conceder tal efeito se presentes os pressupostos do fumus boni iuris e periculum in mora e, como regra, garantido integralmente o juízo*'" (AgrRg no Agr. Instr. nº 282.856/MS, rel. Min. Marco Buzzi, DJe de 4/4/2013).

Ante o exposto, dá-se parcial provimento ao recurso, para que o juízo de Primeiro Grau reanálise o pedido de atribuição de efeito suspensivo aos embargos, com base em tal fato superveniente.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Regimental nº 2091523-40.2015.8.26.0000/50000, da Comarca de Araraquara, em que é agravante MARCO ANTONIO IAGAME, é agravado BANCO DO BRASIL S/A.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 17ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão:

"Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 10916)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PAULO PASTORE FILHO (Presidente sem voto), IRINEU FAVA e AFONSO BRÁZ.

São Paulo, 17 de março de 2016.

JOÃO BATISTA VILHENA, Relator

Ementa: AGRAVO INTERNO - Interposição contra decisão suspensiva do trâmite do recurso - Solução que encontra respaldo em decisão proferida no REsp nº 1.438.263-SP - REsp afeto ao procedimento previsto no art. 543-C, do Código de Processo Civil - Ministro Relator que determinou a suspensão de processos e recursos de algum modo vinculados ao objeto do REsp - Possibilidade da determinação da suspensão de toda e qualquer processo ou recurso vinculado à matéria debatida no REsp em virtude de se tratar naquele de matéria prejudicial. Agravo improvido.

VOTO

Trata-se de agravo interno tirado contra decisão proferida pelo relator Desembargador Relator Tércio Pires que determinou a suspensão do presente recurso, com fulcro na decisão da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, da relatoria do Min. Raul Araújo, em admissão ao REsp nº 1.361.799-SP.

Sustenta o agravante o descabimento da suspensão por estar a matéria tratada no REsp antes mencionado única e exclusivamente relacionada ao HSBC Bank Brasil S/A.

É O RELATÓRIO.

Segundo decisão proferida pelo Min. Raul Araújo, do Superior Tribunal de Justiça, no REsp nº 1.438.263-SP, no sentido de estar afeto tal recurso à Segunda Seção daquela Corte, para julgamento como recurso repetitivo, isto em conformidade com o art. 543-C, do Código de Processo Civil, bem como do art. 2º, §§ 1º e 2º, e art. 7º, da Resolução Superior Tribunal de Justiça nº 8, de 07 de agosto de 2008, decisão esta em que foi determinada a suspensão de recursos que versem sobre a mesma controvérsia apresentada no agora repetitivo, bem como apontou que referida suspensão abrange todos os processos que se encontrem em fase de liquidação ou de cumprimento de sentença, nos quais a questão da legitimidade ativa de não associado ao IDEC para a liquidação/execução da sentença coletiva não tenha recebido solução definitiva.

Acesso ao Sumário

Logo, se, eventualmente, não caberia entender que os efeitos da suspensão determinada no antes aludido REsp nº 1.361.799-SP, não poderiam ser expandidos para outras situações semelhantes, agora que existente ordem diretamente relacionada aos casos do Banco do Brasil, evidente que a única providência, no momento, a se adotar é a paralisação do trâmite de todos os processos e recursos pendentes de julgamento, os quais possam ser atingidos pela solução final do REsp acima mencionado, sendo certo que, mesmo quando não especificamente debatida a questão da ilegitimidade, acaso esta venha a ser reconhecida, tal por ser matéria prejudicial, impediria a discussão de outras questões as quais, assim, restariam prejudicadas.

Portanto, para se evitar inútil movimentação de processos e recursos, todos ficarão suspensos até a solução final do REsp nº 1.438.263-SP, aliás, conforme determinação expressa neste sentido contida na decisão proferida pelo Min. Raul Araújo.

Nestes termos, **NEGO PROVIMENTO** o agravo.

Apelações

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0197232-94.2012.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante ELISABETE DO CARMO CORREIA, é apelado CIMED INDÚSTRIA DE MEDICAMENTOS LTDA.

ACORDAM, em 1ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento em parte ao recurso. V.U. SUSTENTAÇÃO ORAL da Dra. MARTHA MACRUZ DE SÁ.", de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 24.524)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores CLAUDIO GODOY (Presidente) e AUGUSTO REZENDE.

São Paulo, 16 de fevereiro de 2016.

CHRISTINE SANTINI, Relator

Ementa: Apelação Cível. Ação de cobrança cumulada com indenização por danos morais - Uso indevido

de imagem - Veiculação de filme institucional da ré protagonizado pela autora em sites e emissora de televisão aberta sem a devida autorização - Sentença que julgou parcialmente procedente a ação, condenando a ré apenas ao pagamento da remuneração devida à autora pela divulgação do filme institucional (R$ 5.000,00) - Recurso de apelação interposto pela autora para pleitear a majoração do cachê devido pela veiculação não autorizada do vídeo institucional, nos termos pleiteados na inicial, bem como a condenação da ré ao pagamento de indenização por danos morais - Preliminar de cerceamento de defesa afastada - Ré que extrapolou os limites de autorização concedida pela autora para divulgação de sua imagem em filme institucional destinado à promoção do produto "Intelligender Menino ou Menina", veiculando-o em mais de um site e em emissora de televisão aberta - Danos morais configurados - Utilização indevida da imagem - Dano inserto no próprio uso indevido e que independe de prova de prejuízo - Inteligência da súmula nº 403 do Egrégio Superior Tribunal de Justiça - Indenização devida - "Quantum" indenizatório arbitrado em R$ 10.000,00 - Danos materiais - Ausência de elementos nos autos que permitam arbitrar o cachê da autora no montante fixado pela R. Sentença apelada (R$ 5.000,00) ou naquele pleiteado na inicial (R$ 15.000,00) - Remuneração devida pela ré que deverá ser calculada em liquidação por arbitramento, utilizando-se como parâmetros o valor inicialmente pago pela ré e o montante usualmente cobrado pela autora para veiculação de sua imagem em emissora de televisão, nunca inferior ao valor fixado na R. Sentença apelada, sob pena de "reformatio in pejus" - Recurso de apelação provido em parte. Dá-se provimento em parte ao recurso de apelação.

Acesso ao Sumário

VOTO

1. Trata-se de ação de cobrança cumulada com indenização por danos morais movida por Elisabete do Carmo Correia em face de Cimed Indústria de Medicamentos Ltda., alegando, em síntese, que exerce a profissão de atriz

e, em março de 2009, foi convidada a participar, como intérprete, de filme institucional destinado à promoção do produto "Intelligender Menino ou Menina", produzido e comercializado pela ré. Afirma que, nos termos ajustados com a requerida através da produtora responsável pela gravação, o filme teria veiculação restrita ao evento de lançamento do produto no Estado de Santa Catarina para o segmento farmacêutico, realizado em março de 2009, e ao *site* da empresa ré, pelo período de um ano (até março de 2010). Esclarece que a remuneração pelo trabalho, à época, foi fixada conforme o período e o limite de veiculação do filme. Contudo, em setembro de 2009, tomou conhecimento de que a ré passou a veicular o filme institucional em emissora de televisão aberta sem sua autorização, contrariando os termos do contrato firmado entre as partes. E mesmo após ter sido regularmente notificada, a ré continuou a veicular o referido filme, tanto em outros sites quanto em emissora de televisão aberta, restando clara a violação ao direito de imagem e às disposições das Leis nºs 6.533/78 e 9.610/08. Pleiteia, nesses termos, a condenação da ré ao pagamento do cachê devido pela divulgação não autorizada do filme institucional, bem como ao pagamento de indenização por danos morais.

A ação foi julgada parcialmente procedente, para o fim de "*condenar a ré a pagar à autora a quantia de R$5.000,00, monetariamente corrigida desde o ajuizamento, de acordo com a Tabela Prática do Tribunal de Justiça. Juros moratórios de 1% ao mês a partir da citação*" (fls. 78/80). Face à sucumbência recíproca, cada uma das partes foi condenada ao pagamento de metade das custas e despesas processuais, bem como dos honorários advocatícios de seus respectivos patronos.

Inconformada, apela a autora, arguindo, preliminarmente, a nulidade do feito por cerceamento de defesa. No mérito, sustenta o desacerto da R. Sentença, pleiteando sua reforma para a majoração do cachê devido pela divulgação não autorizada do filme institucional para, no mínimo, R$ 15.000,00, e a condenação da ré ao pagamento de indenização por danos morais no montante pleiteado na inicial (fls. 85/98).

Acesso ao Sumário

Processado regularmente o recurso, foram apresentadas contrarrazões (fls. 120/127).

É o relatório.

2. Por primeiro, não há falar em cerceamento de defesa na hipótese, uma vez que os elementos necessários e suficientes para deslinde da controvérsia e formação do convencimento do magistrado encontram-se nos autos, sendo desnecessária dilação probatória.

Forçoso lembrar que, "*sendo o Juiz o destinatário da prova, somente a ele cumpre aferir sobre a necessidade ou não de sua realização*" (RT 305/121). E na hipótese, os elementos dos autos autorizavam o julgamento antecipado

da lide, inexistindo qualquer violação ao princípio constitucional do devido processo legal.

No mérito, contudo, o recurso de apelação merece provimento em parte.

É incontroverso nos autos que a autora, quando de sua contratação para participação no filme institucional produzido pela ré para divulgação do produto "Intelligender Menino ou Menina", autorizou a veiculação do filme contendo suas imagens pelo período de um ano, estando esta veiculação restrita ao evento de lançamento do produto no Estado de Santa Catarina para o segmento farmacêutico, realizado em março de 2009, e ao *site* da empresa requerida.

Da mesma forma, é incontroverso que a ré, sem que houvesse autorização por parte da autora, divulgou o filme institucional em questão tanto em emissora de televisão aberta quanto em outros sites, contrariando os termos do contrato firmado com a requerente.

Pouco importa que a contratação da autora para participação no filme institucional tenha sido feita de forma verbal. Se a ré utilizou sua imagem para fins comerciais, visando alcançar melhores resultados na venda do produto "Intelligender Menino ou Menina", indispensável era o prévio e expresso consentimento da requerente, para ampliação da divulgação, o que não ocorreu.

Conforme ensina a doutrina, "*o consentimento para utilização da imagem deve ser interpretado restritivamente, considerando, por exemplo, que a autorização para ser fotografado não inclui a publicação da fotografia e, à semelhança do que ocorre com o direito autor, que a autorização para uma publicação não autoriza outras utilizações*" (Gustavo Tepedino e outros *in* "Código Civil Interpretado", vol. I, 2ª ed., Editora Renovar, p. 52). E no caso dos autos, não se desincumbiu a ré do ônus de provar que obteve autorização da autora para divulgar o filme institucional além dos limites explicitados na inicial.

A Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso X, consagra a inviolabilidade da imagem, assegurando o direito a indenização pelo moral decorrente de sua violação. E tal violação restou claramente configurada na hipótese, uma vez que, nos casos de uso ilegítimo da imagem, está-se diante de dano *in re ipsa*, inserto no próprio uso indevido e que independe da prova de prejuízo decorrente dessa utilização.

Nesse sentido, aliás, o Egrégio Superior Tribunal de Justiça já pacificou entendimento, consoante teor da súmula nº 403:

> *"Independe de prova do prejuízo a indenização pela publicação não autorizada de imagem de pessoa com fins econômicos ou comerciais."*

Assim, preservado o entendimento do MM. Juízo "*a quo*", restou demonstrada a responsabilidade civil da ré pelo dano moral sofrido, eis que violado direito de personalidade da autora.

Acesso ao Sumário

No que toca à quantificação do dano moral, é de se observar que sua reparação deve ser fixada com base nas qualidades da vítima e do ofensor.

Ressalte-se que, não havendo norma legal que estabeleça na hipótese os parâmetros da indenização por dano moral, imperioso seu arbitramento pelo Juízo, considerada a gravidade da lesão e a condição econômica da ré.

Com base em tais parâmetros, afigura-se razoável fixar o valor a título de indenização por danos morais em R$ 10.000,00 (dez mil reais), com correção monetária a partir desta data e juros de mora de 1% a.m., a contar da citação, por se tratar de hipótese de ilícito contratual. Tal valor é capaz de proporcionar à autora algum conforto e alegria para minimizar a dor moral sofrida, bem como desestimular a repetição pela ré de práticas desrespeitosas semelhantes.

Com efeito, embora a dor sofrida não possa, em face do elevadíssimo significado do bem humano atingido, ser causa de enriquecimento, esta tampouco pode ser minorada a ponto de se tornar irrisória e de nenhuma importância para as partes.

Por outro lado, no que toca aos danos materiais, estes derivam da divulgação não autorizada do filme institucional da ré contendo imagens da autora, tanto em emissora de televisão aberta quanto em sites diversos, sem a devida contraprestação.

Bem observou o MM. Juízo "a quo":

"Com efeito, alega a ré que autora concedeu autorização verbal para a veiculação do filme institucional.

Entretanto, não é isto que se depreende pelo teor dos e- mails colacionados às fls. 76.

De fato, o teor da correspondência eletrônica deixa claro que não houve, por parte da autora, autorização para a veiculação do filme na televisão aberta ou fechada, já que a produtora confirmou que, para tanto, seria necessário o pagamento de cachê para a atriz.

E, mesmo ciente do custo adicional, a ré deixou de arcar com o pagamento da remuneração da intérprete, vindo a lesar a atriz." (fls. 79).

Contudo, não há elementos nos autos que permitam fixar o cachê devido à autora no valor apontado pela R. Sentença apelada, qual seja, R$ 5.000,00, ou mesmo naquele apontado na inicial (R$ 15.000,00).

A quantificação da remuneração devida à autora deverá ocorrer em liquidação por arbitramento, levando-se em conta o valor do primeiro pagamento realizado pela ré para divulgação do filme institucional apenas em seu *site* e no evento promocional realizado em março de 2009, bem como o montante usualmente cobrado pela autora para a veiculação de sua imagem em emissoras de televisão, o que deverá ser comprovado documentalmente. Observe-se que

Acesso ao Sumário

esse valor não poderá ser inferior ao arbitrado na R. Sentença apelada, sob pena de "reformatio in pejus".

Dessa forma, é de ser dado provimento em parte ao recurso de apelação para condenar a ré ao pagamento de indenização por danos morais, nos termos acima expostos, mantida a condenação da ré ao pagamento de remuneração à autora pela divulgação não autorizada do filme institucional, porém com apuração do montante devido em regular liquidação por arbitramento.

Face à sucumbência, também arcará a ré com o pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios, estes fixados em 10% sobre o valor da condenação.

3. À vista do exposto, pelo meu voto, dou provimento em parte ao recurso de apelação.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1002339-23.2015.8.26.0281, da Comarca de Itatiba, em que são apelantes M.B.O. e R.S.A.

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 13581)**

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

São Paulo, 19 de fevereiro de 2016.

GIFFONI FERREIRA, Relator

Ementa: RETIFICAÇÃO DE REGISTRO CIVIL - ASSENTO DE NASCIMENTO - INCLUSÃO DE PATRONÍMICO DE PADRASTO - ADMISSIBILIDADE - ENTEADA QUE MANTÉM RELAÇÃO FILIAL COM O INDIGITADO - ARTIGO 57 DA LEI DE REGISTROS PÚBLICOS - IMPOSSIBILIDADE DE INCLUSÃO DE NOME PADRASTAL AO LADO DO PAI BIOLÓGICO - AUSÊNCIA DE AMPARO LEGAL - *UBI LEX NON DISTINGUITUR NEC INTERPRES DISTINGUIRE*

Acesso ao Sumário

***DEBET* - SENTENÇA PARCIALMENTE REFORMADA - APELO PROVIDO EM PARTE.**

VOTO

Cuida-se de Apelação Cível, exprobando a r. sentença de fls., que houve por extinta sem julgamento do mérito a Ação de Retificação de Registro Civil, em que se pretendia a inclusão do patronímico do padrasto ao nome da enteada, bem como a inclusão do nome desse ao lado do nome do pai biológico, rija na impossibilidade do pedido.

No apelo insiste na procedência do pleito, já que o pedido está de acordo com a norma vigente e com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.

Recurso bem processado. Parecer a fls.

Esse o breve relato.

Deveras, a insurgência merece parcial acatamento; pois que a pretensão de inclusão do nome de família, como buscado nos autos, é juridicamente possível, nos termos do Artigo 57 da Lei de Registros Públicos - que detém como ressalvas ao requerimento, apenasmente em relação à expressa autorização do padrasto, quanto à inclusão de seu patronímico, e a vedação de situações em que se verifica o prejuízo dos demais apelidos de família já próprios da pessoa - exceções que não aplicam à hipótese dos autos.

Demais disso, a autora mantém vínculo de verdadeiro amor filial com o companheiro da mãe desde a tenra idade - pelo que não há razão em negar a inserção pretendida por ambas as partes. Ver vários precedentes desta Casa Centenária.

Entretanto, no que tange ao pleito de introdução do nome do marido da mãe no registro de nascimento da filha, não há que merecer encômios, por falta de amparo legal, já que a Lei de Regência autoriza somente a inclusão do nome de família do padrasto, e não a introdução deste ao lado do pai biológico, lembrar sempre que *UBI LEX NON DISTINGUITUR NEC INTERPRES DISTINGUIRE DEBET* - e aqui nem se há que falar em analogia.

Em verdade, repugna mesmo ao Direito que uma pessoa haja dois genitores, anotados nos Assentos Públicos; a vida em sociedade não prescinde de normas de comportamento e de salutar convivência, coisa que não existiria se deferida na integralidade a pretensão, que, alfim, há por receber parcial acatamento.

Pelo que, DEFERE-SE PARCIAL PROVIMENTO ao recurso.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0007594-93.2013.8.26.0007, da Comarca de São Paulo, em que é apelante VOLKSWAGEN DO BRASIL - INDÚSTRIA DE VEÍCULOS AUTOMOTORES LTDA., são apelados JOSE PAIXÃO DE OLIVEIRA (JUSTIÇA GRATUITA) e SUELI CAMARA DE OLIVEIRA.

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 15853)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ALEXANDRE LAZZARINI (Presidente), COSTA NETTO e JOSÉ APARÍCIO COELHO PRADO NETO.

São Paulo, 23 de fevereiro de 2016.

ALEXANDRE LAZZARINI, Relator

Ementa: PLANO DE SAÚDE. AUTOR QUE CONTRIBUIU POR MAIS DE DEZ ANOS COM PLANO DE SAÚDE OFERECIDO POR SUA EMPREGADORA, TENDO APOSENTADO DURANTE O PERÍODO EM QUE TRABALHOU NA EMPRESA. MANUTENÇÃO DO CONTRATO DE ASSISTÊNCIA MÉDICA NAS MESMAS CONDIÇÕES DE QUANDO ESTAVA TRABALHANDO. PAGAMENTO INTEGRAL DA MENSALIDADE. APLICABILIDADE DO ART. 31 DA LEI 9656/98.

1 - O fato de o autor ter sido demitido, quando já estava aposentado não lhe retira o direito conferido pelo art. 31 da Lei 9656/98, pois contribuiu para o plano de saúde por mais de dez anos, tendo preenchido os requisitos do referido artigo.

2 - O autor tem direito à manutenção do plano de saúde nas mesmas condições da época da vigência do contrato de trabalho, devendo, no entanto, pagar o equivalente à somatória da quantia que já era descontada mensalmente do seu salário mais a média do valor despendido pela empregadora com seus funcionários ativos nos últimos 12 meses anteriores

Acesso ao Sumário

ao desligamento do empregado.

3 - Sentença mantida.

4 - Apelação da ré não provida.

VOTO

A r. sentença (fls. 164/168), cujo relatório adota-se, julgou procedente a "ação declaratória de obrigação de fazer cc. Indenização, com pedido de antecipação de tutela" proposta por José Paixão de Oliveira e Sueli Camara de Oliveira em face de Volkswagen do Brasil Ltda., para condenar a requerida a restabelecer o plano de saúde dos autores, nas mesmas condições de que gozavam durante a vigência do contrato de trabalho, mediante pagamento integral das mensalidades, a ser apurado em fase de liquidação de sentença, acrescido apenas dos reajustes legais autorizados pela ANS, sob pena de multa única no valor de R$10.000,00. Sucumbente, deverá a ré arcar com as custas e despesas processuais, além dos honorários advocatícios arbitrados em R$2.000,00.

Apela a ré (fls. 171/196) sustentando, em síntese, que o apelado foi orientado, quando do seu desligamento da empresa (novembro de 2012), a aderir ao plano de inativos, já que se trata de empresa de saúde na modalidade de autogestão, tendo que arcar com valores mensais correspondentes à cota parte do empregado, somada a do empregador.

Alega, também, decadência do direito de manter-se no plano, já que o apelado não apresentou qualquer manifestação acerca da opção de adesão ao plano de saúde de inativos. Ressalta que a notificação deveria ser feita no prazo de 30 dias, nos termos da Resolução nº 279/2011.

Afirma, ainda, que a manutenção da r. sentença trará inequívoco prejuízo à apelante e aos demais beneficiários do plano, além de violar os princípios do *pacta sunt servanda* e da imutabilidade dos atos jurídicos perfeitos.

Por fim, informa ser desnecessária a apuração de qualquer valor em liquidação, pois os mesmos já foram demonstrados nos autos.

Contrarrazões às fls. 204/211.

Recurso de apelação tempestivo e preparado.

É o relatório.

I) Relata o autor ter trabalhado na Volkswagen do Brasil, no período compreendido entre 07/11/1985 a 04/02/2013 (fls. 18), quando foi demitido sem justa causa, existindo controvérsia quanto à data de desligamento, já que a empregadora afirma ter ocorrido em novembro de 2012. Observa que, embora tenha laborado na empresa até 2013, obteve sua aposentadoria junto ao INSS em outubro de 2010, durante o contrato de trabalho (fl. 22). Assim, permaneceu como funcionário ativo da empresa até sua demissão.

Acesso ao Sumário

Alega que o contrato de saúde ofertado pela empresa foi mantido por 03 meses após sua demissão, ou seja, até fevereiro de 2013.

II) Por primeiro, importante destacar que o prazo de 30 dias para manifestação do interesse na manutenção do plano tem início com a ciência inequívoca sobre tal opção, nos termos do artigo 10 da Resolução Normativa 279/2011 da Agência Nacional de Saúde Suplementar:

> "Art. 10. O ex-empregado demitido ou exonerado sem justa causa ou aposentado poderá optar pela manutenção da condição de beneficiário no prazo máximo de 30 (trinta) dias, em resposta ao comunicado do empregador, formalizado no ato da comunicação do aviso prévio, a ser cumprido ou indenizado, ou da comunicação da aposentadoria.
>
> Parágrafo único. A contagem do prazo previsto no caput somente se inicia a partir da comunicação inequívoca ao ex-empregado sobre a opção de manutenção da condição de beneficiário de que gozava quando da vigência do contrato de trabalho."

Observa-se que a ex-empregadora não cientificou o autor sobre a possibilidade de manutenção do plano nas mesmas condições de quando laborava, mas concedeu o prazo de 30 dias para adesão ao plano oferecido aos inativos, mediante contraprestação muito superior à praticada.

Ademais, não há que se falar em aplicabilidade da Resolução nº 21/99 do CONSU, para afastar a incidência do artigo 31, da Lei 9656/98, pois resolução administrativa não pode restringir direito concedido por lei ao beneficiário.

Portanto, descabida a arguição acerca da decadência.

III) O conjunto probatório produzido pelo autor, consistente, basicamente em documentos, indica a verossimilhança de suas alegações iniciais. No termo de rescisão do contrato de trabalho (fls. 19/21) anexado consta que foi funcionário da empresa Volkswagen do Brasil Ltda., tendo sido admitido, em 07/11/1985, e dispensado em 06/11/2012. O acordo sobre rescisão demonstra que o apelante era usuário do plano médico da empresa e poderia usufruir do mesmo por 3 meses gratuitamente. Já o extrato de fl. 22 confirma que o autor teve concedida sua aposentadoria, em 28/10/2010, durante o contrato de trabalho.

Importante destacar que, tendo se aposentado, em 2010, durante o vínculo empregatício, o qual fora mantido, e sido demitido em 2012, o resultado alcançado é de que trabalhou vinte e sete anos na Volkswagen, e durante esse período contribuiu, ainda que de modo indireto, com o seguro saúde da empresa.

Dispõe o art. 31 da Lei n. 9.656/98 que:

> "Ao aposentado que contribuir para produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º desta Lei, em decorrência de vínculo empregatício, pelo prazo mínimo de dez anos, é assegurado o direito de manutenção como beneficiário, nas mesmas condições de cobertura assistencial de que gozava quando da vigência do contrato de trabalho, desde que assuma

Acesso ao Sumário

o seu pagamento integral."

O fato de o autor ter sido demitido, ainda que seja por adesão a plano de demissão voluntária - PDV, quando já estava aposentado, não lhe retira o direito conferido pelo referido dispositivo, pois contribuiu para o plano de saúde por mais de dez anos, tendo preenchido os requisitos do referido artigo antes da aposentadoria.

Ainda que a empresa suportasse todas as despesas geradas pelo uso do plano por seus empregados, não seria possível o afastamento do artigo 31 da referida lei, por tratar-se de pagamento salarial indireto.

Afinal, no decorrer da relação empregatícia e por força de acordos coletivos de trabalho, a empregadora passou a oferecer aos seus empregados planos de saúde. Impõe-se, por conseguinte, reconhecer que a contribuição direta ou indireta do funcionário caracteriza salário indireto.

Neste sentido é a jurisprudência deste Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo:

a) Ap. n. 0006279-53.2010.8.26.0292, 3ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Beretta da Silveira, j. 26/04/2011:

"Seguro saúde coletivo - UNIMED - Plano de demissão voluntária - Autor aposentado que gozava, sem qualquer custo e por mais de dez anos, de plano ou seguro coletivo de saúde decorrente de vínculo empregatício, faz jus a ser mantido beneficiário nas mesmas condições de cobertura existentes quando da vigência do contrato de trabalho, desde que assuma o pagamento integral da prestação - Inteligência dos artigos 30 e 31 da Lei nº 9.656/98 e do art. 2º da Resolução CONSU nº 21/99 - Sentença reformada - Recurso provido, com observação"

b) Ap. n. 0014023-20.2010.8.26.0577, 3ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Jesus Lofrano, j. 19/06/2012:

"Plano de saúde - Segurado aposentado que contribuiu com o plano de saúde por mais de dez anos - Contribuição total da empregadora que constitui salário indireto - Precedentes - Manutenção como beneficiário - Admissibilidade - Prova do vínculo empregatício - Artigo 31 da Lei nº 9.656/98 - Aplicabilidade - Precedentes - Decisão mantida - Recurso improvido.

Ao aposentado que tenha contribuído pelo período de dez anos com o plano de saúde é assegurado o direito de manutenção como beneficiário, nas mesmas condições de cobertura assistencial de que gozava quando da vigência do contrato de trabalho, desde que assuma o seu pagamento integral."

Acesso ao Sumário

Ademais, não há que se falar em aplicabilidade das Resoluções nº 20 e 21 do CONSU, para afastar a incidência do artigo 31, da Lei 9656/98, pois resolução administrativa não pode restringir direito concedido por lei ao beneficiário.

Cite-se decisão desta 9ª Câmara de Direito Privado em caso semelhante:

> "PLANO DE SAÚDE. Pretensão de emprego consistente em manutenção em plano coletivo de assistência médica, disponibilizado por ex-empregadora sob a modalidade de autogestão. Procedência decretada. Inconformismo da ré Volkswagen não acolhido. Por preencher os requisitos, autor tem direito adquirido a ser mantido no plano de saúde por tempo indeterminado, para si e seus dependentes, nas mesmas condições vigentes ao tempo em que era empregado, assumida paga de prêmio integral. **Ausência de prova de equivalência entre o Plano exclusivo de aposentados àquele franqueado aos empregados da ré Volkswagen, razão pela qual autoriza sua manutenção no plano dos ativos**. Valor da mensalidade do prêmio a ser cobrado do funcionário agora inativo. Cálculo da prestação deve representar a soma das cotas-partes da ex-empregadora e do empregado, a ser efetuada em fase de liquidação. Inteligência do artigo 31 da Lei nº 9656/98. Sentença cuja fundamentação está embasada em precedente de orientação majoritária desta Colenda Câmara [Apelações nº 0330503-19.2009.8.26.0000 e nº 0010858-67.2011.8.26.0564, julgadas respectivamente em 09.04.2013 e 14.05.2013, ambas de relatoria da E. Desembargadora Silvia Sterman], pelo que resta mantida por seus próprios motivos (artigo 252, RITJSP). Recurso desprovido." (Apelação nº 0008487-62.2013.8.26.0564, Rel. Des. Piva Rodrigues, j. 11/03/2014) - destaquei

Portanto, tem direito à manutenção do plano de saúde nas mesmas condições da época da vigência do contrato de trabalho, mediante o pagamento pelo autor de contraprestação mensal em seu **valor integral**, correspondente à somatória da cota do beneficiário com a cota que era paga pelo ex-empregador, compreendendo-se que a cota do beneficiário refere-se à parcela relativa ao autor e a seus dependentes.

No entanto, ressalvado o entendimento deste Relator, a fim de se evitarem discussões a respeito do valor a que deve corresponder a cota do ex-empregador, deixa-se anotado, desde já, critério adotado por esta 9ª Câmara de Direito Privado, que entende como menos injusta a fórmula do valor a ser suportado pelo beneficiário, como sendo a somatória da quantia que já era descontada mensalmente do salário do trabalhador mais a média do valor despendido pela empregadora com seus funcionários ativos nos últimos 12 meses anteriores ao desligamento do empregado (Neste sentido: Apelação n.º 0009197-24.2009.8.26.0564, Relator Des. Galdino Toledo Júnior).

IV) Conclui-se, assim, que a r. decisão deve ser mantida, prevalecendo o contrato de assistência médica, nas mesmas condições de cobertura assistencial que o autor e seus dependentes usufruíam na vigência do vínculo empregatício entre as partes, mediante contraprestação mensal em seu **valor integral**, correspondente a cota do beneficiário e a cota da ex-empregadora, compreendendo-se que a cota do beneficiário refere-se à parcela correspondente

Acesso ao Sumário

do autor e de seus dependentes.

Portanto, **nega-se provimento** à apelação da ré.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0168248-42.2008.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante/apelado NESTLÉ DO BRASIL LTDA., são apelados/apelantes ADMA VELLOSO (JUSTIÇA GRATUITA), MARLENE DO CARMO VELLOSO (JUSTIÇA GRATUITA) e ARITH VELLOSO (JUSTIÇA GRATUITA).

ACORDAM, em 5ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram parcial provimento a ambos os recursos, V.U. Sustentou oralmente a Doutora Bruna Bruno Processi.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 15152)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores MOREIRA VIEGAS (Presidente), FÁBIO PODESTÁ E FERNANDA GOMES CAMACHO.

São Paulo, 24 de fevereiro de 2016.

MOREIRA VIEGAS, Relator

Ementa: INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – Criança portadora de hemossiderose pulmonar que, ao consumir produtos produzidos pela ré e rotulados como desprovidos de leite e derivados foi acometida por problemas respiratórios, necessitando internação hospitalar - Configuração de relação de consumo - Responsabilidade objetiva - Informações falhas no rótulo das embalagens - Bolacha recheada e biscoitos contendo lactose - Ingestão por consumidor com alergia à proteína do leite de vaca - Nexo causal demonstrado - Dano moral configurado e não restrito apenas a criança, mas também a seus pais - Valor da indenização majorado - Procedida a adequação do termo inicial de fluência da correção monetária e juros de mora, às Súmulas 362 e 54 do STJ - Sentença reformada - Recursos parcialmente providos.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de recursos de apelação interpostos por NESTLÉ DO BRASIL LTDA., ADMA VELOSO e outros da sentença que assim dispôs: Julgo PROCEDENTE a presente ação para condenar a ré ao pagamento de R$ 30.000,00 a título de danos morais, acrescidos de juros de 1% ao mês e corrigidos monetariamente desde 18 de outubro de 2009. Por fim, deve a ré arcar com as custas, despesas processuais e honorários advocatícios do patrono do autor, os quais, com fulcro no parágrafo 4º do artigo 20 do Código de Processo Civil, fixo em 15% sobre o valor da condenação.

Em razões recursais diz a NESTLÉ DO BRASIL, em preliminar, ter sofrido cerceamento de defesa. No mérito, alega não estar comprovada a reação alérgica da criança com a ingestão do produto, ou seja, não há prova de que o produto teria sido a causa adequada à doença acometida pela recorrida. Sustenta que, nesse ponto específico, não há falar em inversão do ônus da prova, pois se trata de prova de direito constitutivo do direito do autor. Ressalta que apenas foram juntados receituários médicos com indicação de medicamentos que se prestam a cuidar inúmeras doenças. Aduz que o laudo apresentado não possui qualquer rigorismo técnico. Alega que ausente defeito no produto adquirido, quanto mais agiu em atenção estrita à legislação que regulamenta o tema, a qual não exige a referência sobre produtos alergênicos, com exceção da obrigatoriedade da presença ou não de glúten. Reforça a ausência de nexo de causalidade e do dever de indenizar. Subsidiariamente, insurge-se com relação ao valor fixado a título de indenização por dano moral, postulando a sua redução e que a indenização se limite à criança (fls. 388/403).

Apelam, também, os autores. Afirmam que a ré deve ser condenada de forma exemplar. Pedem a reforma da sentença para que a indenização seja fixada em R$ 500.000,00 (fls. 413/419).

Os recursos foram recebidos no duplo efeito (fls. 406 e 427). Contrarrazões foram apresentadas (fls. 422/426 e 431/435).

É o relatório.

Primeiramente, analiso a preliminar, na qual a NESTLÉ alega ter sido vítima de cerceamento de defesa.

A tese não prospera. Tem plena aplicabilidade na espécie a previsão do artigo 330, I, do Código de Processo Civil, pois sobram motivos para dispensar a produção de outras provas, dada a documentação reunida no processo, suficiente para autorizar o julgamento.

Certo que a finalidade da prova é formar a convicção do juiz, seu principal destinatário, quanto à existência dos fatos da causa. Nesse sentido a doutrina de Vicente Greco Filho, segundo a qual "no processo, a prova não tem um fim em si mesma ou um fim moral e filosófico; sua finalidade é prática, qual

Acesso ao Sumário

seja: convencer o juiz" (Direito Processual Civil Brasileiro, vol. 2, Saraiva, 16ª edição, p. 182).

É exatamente esse o caso dos autos, em que a questão de mérito envolve matéria de direito e de fato cujo deslinde não depende de outras provas, mostrando-se suficiente para o convencimento do juiz apenas o acervo documental acostado.

Nesse sentido a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

"AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. ALEGAÇÃO DE CERCEAMENTO DE DEFESA. INDEFERIMENTO. PROVA TESTEMUNHAL. 1. No sistema de persuasão racional adotado pelo Código de Processo Civil nos arts. 130 e 131, em regra, não cabe compelir o magistrado a autorizar a produção desta ou daquela prova, se por outros meios estiver convencido da verdade dos fatos, tendo em vista que o juiz é o destinatário final da prova, a quem cabe a análise da conveniência e necessidade da sua produção. Desse modo, não há incompatibilidade entre o art. 400 do CPC, que estabelece ser, via de regra, admissível a prova testemunhal, e o art. 131 do CPC, que garante ao juiz o poder de indeferir as diligências inúteis ou meramente protelatórias. 2. Agravo regimental desprovido."(AgRg no Ag 987507/DF, 4a Turma, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 14/12/2010).

Assim também tem se posicionado o Tribunal de Justiça de São Paulo:

"AGRAVO RETIDO - INDEFERIMENTO DE PROVA TESTEMUNHAL - CERCEAMENTO DE DEFESA - INOCORRÊNCIA - A QUEM ESTÁ AFETO O JULGAMENTO É QUE COMPETE DECIDIR DA NECESSIDADE OU DA OPORTUNIDADE DE PRODUÇÃO DE PROVA, INDEFERINDO AS DILIGÊNCIAS INÚTEIS OU MERAMENTE PROTELATÓRIAS - INTELIGÊNCIA DOS ARTIGOS 130 E 420 DO CPC - RECURSO IMPROVIDO" (Apelação nº 9104928-34.2009.8.26.0000, da Comarca de Cerqueira César, Quinta Câmara de Direito Público, Rel. Des. Franco Cocuzza, j. 21.12.2009).

Se a causa já se encontrava madura para o julgamento e o magistrado já dispunha de elementos suficientes para formar a sua convicção, cumpria-lhe julgar o feito, e não prolongar o processo em fase probatória desnecessária.

Afastada a prejudicial, passo a análise do mérito recursal.

A presente ação indenizatória se baseia em danos provocados à saúde da parte autora, em razão de ADMA VELLOSO - na época, uma criança - ter ingerido produto contendo lactose, elemento que não veio alertado no rótulo da embalagem.

Cabe registrar que a inicial afirma que ADMA apresenta reação alérgica à proteína do leite (lactose) desde os três anos de idade, não podendo, por este

Acesso ao Sumário

motivo, consumir qualquer alimento que possua leite ou mesmo traços de leite.

Traçado o fundamento do pedido indenizatório contido na peça inicial, mostra-se aplicável à espécie o Código de Defesa do Consumidor.

Diz a referida lei:

"Art. 12. O fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador respondem, independentemente da existência de culpa pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos decorrentes de projeto, fabricação, construção, montagem, fórmulas, manipulação, apresentação ou acondicionamento de seus produtos, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos.

§ 1º O produto é defeituoso quando não oferece a segurança que dele legitimamente se espera levando-se em consideração as circunstâncias relevantes, entre as quais:

I - sua apresentação;

II - o uso e os riscos que razoavelmente dele se esperam;

III - a época em que foi colocado em circulação".

De modo que, a responsabilidade do fabricante do produto é objetiva, só podendo ser elidida se provar que não inseriu o produto no mercado, que o defeito não existe ou que tenha havido culpa exclusiva do consumidor para a produção do evento danoso. Nos autos, todavia, não há prova de qualquer excludente de responsabilidade.

Vejamos.

É incontroversa a aquisição de pacotes de bolacha e biscoitos, denominados Cream Cracker - Água e Sal e Bono, fabricados pela requerida, os quais foram consumidos pela coautora menor.

O fundamento da requerida para que seja afastada a indenização por danos morais diz basicamente com relação à ausência de prova do nexo causal.

Conforme se observa dos autos, a genitora de ADMA, Sra. Marlene Velloso, em data muito anterior ao fato, entrou em contato com a fabricante dos produtos, informando que sua filha possui alergia grave ao leite e que gostaria de saber se os produtos possuíam leite e derivados.

Em resposta, o Serviço de Atendimento ao Consumidor da ré informou que, entre outros produtos por ela fabricados e já informados (fls. 122/139), também estavam isentos de leite ou derivados os biscoitos Cream Cracker - Água e Sal (fls. 122) e Bono (fls. 131).

As informações extraídas do próprio site da ré também confirmam a ausência de informação completa quanto aos componentes do produto vendido. Em nenhum momento há referência, seja na embalagem do produto (fls. 144/168) que a bolacha e o biscoito em questão possuem leite ou traços de leite, como

Acesso ao Sumário

veio posteriormente a ser confessado pela própria NESTLÉ, embora afirmando que, na época dos fatos, não existia nenhuma regulamentação específica acerca da necessidade de alertar da existência de produtos alergênicos.

Ainda que na época da aquisição do produto pela genitora parte autora não existisse nenhuma regulamentação específica da ANVISA acerca da necessidade de alertar da existência de produtos alergênicos, certo é, que houve infringência ao Código de Defesa do Consumidor.

A toda evidência faltou a requerida com o seu dever de informar, consagrado no art. 6º, III do CDC:

"Art. 6º. São direitos básicos do consumidor:

III - a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, como especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade e preço, bem como dos riscos que apresentem".

Evidente, pois, que a NESTLÉ ao deixar de informar, precisamente, na embalagem do produto as substâncias nele contidas, afrontou direito básico do consumidor, expondo a sua saúde, considerando-se, portanto, o produto defeituoso já que não oferece a segurança que dele se espera.

Tenta a empresa esquivar-se da sua responsabilidade alegando a ausência de nexo causal.

A meu ver, demonstrada a falha do fornecedor com relação ao dever de informar e a exposição do consumidor, por si só, já caracterizam a sua responsabilidade.

Certo que, nada, absolutamente nada, aponta ser inverídica ou suspeita a narrativa feita pelos autores. Há nos autos tickts fiscais indicando a aquisição dos produtos, na época dos fatos (144/168), boletim de ocorrência, guia de internação, receituários e laudos comprovando o processo alérgico que se instalou na criança (fls. 55/95) e, isso, não bastasse a admissão pela NESTLÉ da existência de traços de leite nos produtos questionados, quais sejam, as bolachas Cream Cracker - Água e Sal e Bono.

Acesso ao Sumário

Acrescento que o caso de ADMA não é de uma mera intolerância à lactose, a requerente apresenta quadro de hemossiderose pulmonar, que são patologias distintas, essa muito mais severa que aquela.

A hemossiderose pulmonar está bem esclarecida no artigo do Dr. José Wellington Alves dos Santos, Chefe do Serviço de Pneumologia, Hospital da Universidade Federal de Santa Maria (RS), facilmente obtido na internet:

"A hemossiderose pulmonar é uma doença grave e potencialmente fatal, que se manifesta principalmente durante a infância e a adolescência. Ocorre quando há extravasamento de sangue dos capilares alveolares para o tecido pulmonar. Consequentemente, há a transformação da hemoglobina

em hemossiderina, que é fagocitada por macrófagos, os quais produzirão uma resposta inflamatória crônica. Com a persistência das hemorragias, poderão ocorrer depósitos de ferro no parênquima pulmonar, anemia por deficiência de ferro e fibrose pulmonar. A hemossiderose pulmonar apresenta-se, na maioria dos casos, com febre e anemia, associadas a sintomas respiratórios, tais como tosse, hemoptise e dispneia".

Cumpre-se, então, a aceitação de alguns fatos:

- A falta de informação de que os biscoitos poderiam conter traços de leite acarretou riscos à segurança da coautora ADMA, uma vez que é alérgica ao leite de vaca.

- O que levou sua mãe da criança a adquirir o produto foi a falta de informação de que poderia conter leite ou traços de leite, já que na embalagem não consta o leite como ingrediente e, como o autor possui intolerância à lactose, sua mãe adquiriu o produto justamente por ele não conter tal substância ou traços dela, tendo, pois, confiado naquela informação, o que lhe causou transtornos ao consumi-lo.

- O produto consumido não era seguro justamente pela informação deficiente e inadequada de sua embalagem, especialmente para as pessoas portadoras de intolerância à lactose.

- É dever do fabricante fornecer os elementos precisos e corretos acerca da composição dos produtos, o que não ocorreu no caso em exame.

Destarte, pela prova dos autos, tenho não restar dúvida quanto à responsabilidade da empresa no dever de informar e resguardar a saúde do consumidor que adquiri seu produto, de sorte que deve ser mantida a condenação de indenização por danos morais. Estendida também aos pais da vítima, por inegável sua dor e sofrimento.

No que respeita ao valor da indenização arbitrada pelo juízo *a quo*, entendo que deve ser majorada não para o valor pretendido pelos autores, mas para R$ 90.000,00 (quantia que deverá ser repartida, por igual, entre eles).

Para a fixação do quantum a ser indenizado, deve-se levar em consideração o atendimento do binômio: compensação à vítima e punição ao ofensor. Saliento, ainda, que devem ser consideradas as condições econômicas e sociais do agressor, bem como a gravidade da falta cometida. De outro lado, proporcionar à vítima uma compensação pelo dano sofrido.

Oportuna é a lição de Maria Helena Diniz, conforme transcrevo a seguir:

"Grande é o papel do Magistrado na reparação do dano moral, competindo, a seu prudente arbítrio, examinar cada caso, ponderando os elementos probatórios e medindo as circunstâncias, preferindo o desagravo direto ou compensação não econômica a pecuniária sempre que possível ou se não houver riscos de novos danos" (Curso de Direito Civil, p. 81, ed.

Acesso ao Sumário

Saraiva).

Nesse sentido, Cavalieri Filho discorre sobre este tema, com acuidade jurídica, afirmando que:

> "Creio que 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".

Creio, também, que este é outro ponto onde o princípio da lógica do razoável deve ser a bússola norteadora do julgador. Razoável é aquilo que é sensato, comedido, moderado; que guarda uma certa proporcionalidade. A razoabilidade é o critério que permite cotejar meios e fins, causas e consequências, de modo a aferir a lógica da decisão. Para que a decisão seja razoável é necessário que a conclusão nela estabelecida seja adequada aos motivos que a determinaram; que os meios escolhidos sejam compatíveis com os fins visados; que a sanção seja proporcional ao dano. Importa dizer que o juiz, ao valorar o dano moral, deve arbitrar uma quantia que, de acordo com o seu prudente arbítrio, seja compatível com a reprovabilidade da conduta ilícita, a intensidade e 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.

Assim, levando em consideração, principalmente, as condições econômicas e sociais do agressor, a gravidade da falta cometida, as condições da vítima, entendo que a majoração do valor da indenização mostra-se mesmo necessária.

Certo que a correção monetária do valor da indenização do dano moral incide desde a data do arbitramento (Súmula 362 do STJ) e o termo inicial dos juros de mora corresponde à data do evento danoso, por se tratar de ilícito extracontratual (Súmula 54 do STJ, orientação reafirmada no julgamento do REsp. nº 1.114.398-PR, paradigma de procedimento de recursos especiais repetitivos).

Diante do exposto, pelo meu voto, dou parcial provimento a ambos os recursos, nos termos acima aduzidos.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0023210-

26.2013.8.26.0196, da Comarca de Franca, em que são apelantes/apelados ANA ALICE DOS SANTOS DE PAULA (JUSTIÇA GRATUITA) e JOHNY ROBERT DE PAULA (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado/apelante GENERAL MOTORS DO BRASIL LTDA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 3ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Recurso da ré não provido, recurso dos autores parcialmente provido. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 7321)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores BERETTA DA SILVEIRA (Presidente) e DONEGÁ MORANDINI.

São Paulo, 24 de fevereiro de 2016.

CARLOS ALBERTO DE SALLES, Relator

Ementa: DANOS MORAIS. CONSERTO DE VEÍCULO. DEMORA NO FORNECIMENTO DE PEÇAS PELA FABRICANTE. Insurgência de ambas as partes contra sentença de parcial procedência que fixou os danos morais em R$ 5.000,00 (cinco mil reais). Ilegitimidade passiva. Inocorrência. Imputação à ré da responsabilidade pela demora no fornecimento da peça e, consequentemente, pelos danos. Inteligência do artigo 32 do CDC. Cabe à fabricante fornecer peças de reposição enquanto não cessar a fabricação ou importação do veículo. Fornecimento este que, para ser efetivo, deve ser realizado em período de tempo razoável. Atraso no fornecimento da peça. Privação do uso do veículo por 4 meses. Demora excessiva. Ocorrência de danos morais. Transtornos que fogem à normalidade. Substancial abalo à rotina dos proprietários do automóvel. Responsabilidade civil da ré. Culpa por negligência. Majoração da indenização para R$ 10.000,00 (dez mil reais). Valor proporcional aos danos experimentados pelos autores. Recurso da ré não provido, recurso dos autores parcialmente provido.

VOTO

Trata-se de recurso de apelação tirado contra a r. sentença de fls. 167/172, que, em ação de indenização por danos morais cumulada com devolução de valores pagos, julgou parcialmente procedentes os pedidos formulados por Ana

Acesso ao Sumário

Alice dos Santos de Paula e Johny Robert de Paula em face da General Motors do Brasil Ltda., condenando esta última ao pagamento de indenização por danos morais no valor de R$ 5.000,00 (cinco mil reais).

Inconformados, apelam os autores (fls. 175/180) sustentando, em suma, que o *quantum* arbitrado pelo MM. Juízo *a quo* a título de indenização por danos morais é insuficiente para cumprir a dupla função do instituto, a saber: função reparatória e punitiva.

Recorre adesivamente a ré (fls. 205/228), suscitando, preliminarmente, sua ilegitimidade passiva ao fundamento de que seria a falta de proatividade da seguradora a causadora dos danos. No mérito, sustenta que os autores não teriam se desincumbido do ônus de comprovar "qualquer abalo de ordem emocional/psíquica". Subsidiariamente, pleiteia a redução do valor da indenização.

Apresentadas as contrarrazões (fls. 184/201 e 232/239), encontram-se os autos em termos de julgamento.

É o relatório.

Afasta-se, inicialmente, a ilegitimidade passiva suscitada pela parte ré. Isso porque a causa de pedir dos autores consiste no descumprimento, por parte da ré, da obrigação legal de fornecer peças de reposição de veículo que integra sua linha de produção.

Neste ponto, cumpre consignar que a alegação de que a demora na obtenção da peça decorreu por culpa exclusiva de terceiro (seguradora) confunde-se com o mérito da ação, razão pela qual será analisada mais adiante.

A lide em questão subsume-se perfeitamente ao *caput* do artigo 32 do Código de Defesa do Consumidor ("*Art. 32. Os fabricantes e importadores deverão assegurar a oferta de componentes e peças de reposição enquanto não cessar a fabricação ou importação do produto*").

Impende asseverar que, sob pena de tornar inócua referida obrigação legal, a oferta de componentes e peças pelos fornecedores de bens duráveis deve ser promovida de modo efetivo, isto é, em tempo razoável, garantindo-se o fácil acesso do consumidor.

Assim, não se sustenta a alegação da ré no sentido de que a culpa pelo atraso teria decorrido exclusivamente da falta de proatividade da seguradora, quem deveria "*ter buscado em toda a rede autorizada Chevrolet às peças necessárias para a execução do serviço*" (fl. 210).

No que toca à demora no conserto do veículo, observa-se que este deu entrada na oficina "Centro de Reparação Automotivo Mult-Marcas" no dia 22 de março de 2013 e, conforme atesta a declaração de fls. 20, teve seu reparo parcialmente concluído no dia 31 maio de 2013.

O conserto, contudo, foi parcial porque não foi encontrado na rede da

apelante General Motors do Brasil Ltda. o "Módulo de Controle de Air Bag COD 94701048" (fl. 20). Referida peça somente foi entregue à mecânica no dia 08 de agosto de 2013, isto é, mais de 4 (quatro) meses após o início do reparo do veículo, conforme declaração de fls. 138.

Deste modo, a ilicitude da conduta da ré resta configurada por sua negligência em não disponibilizar fácil acesso às peças de reposição de veículo que compõe sua linha de produção, em evidente violação ao artigo 32 do CDC.

Em relação ao dano, este se verifica em razão da demora injustificada no fornecimento da peça em questão, contrariando qualquer justa expectativa de quem adquire um veículo novo de uma das marcas mais expressivas do mercado automobilístico.

Ademais, não há como se negar os transtornos experimentados pelos os autores ao serem privados do uso de seu automóvel pelo período de quatro meses, afetando sobremaneira sua rotina diária, extrapolando a situação de meros dissabores da vida em sociedade, conforme quer fazer parecer a ré.

O nexo causal, por fim, é evidente, porque por culpa da ré (não disponibilização de peças para reposição) adveio o dano (privação do uso do automóvel) dos autores.

Presentes, portanto, todos os elementos necessários à configuração da responsabilidade civil da ré, é de rigor a manutenção de sua condenação ao pagamento de indenização por danos morais.

Em relação ao valor da condenação, assiste parcial razão à irresignação dos autores.

O *quantum* arbitrado pelo MM. Juízo *a quo*, R$ 5.000,00 (cinco mil reais) é insuficiente a reparar os transtornos experimentados pelos apelantes durante os quatro meses em que estiveram impossibilitados de se utilizar de seu automóvel.

Dessarte, à luz dos critérios de razoabilidade e proporcionalidade, majora-se a condenação para R$ 10.000,00 (dez mil reais).

Note-se que, diferentemente do que sustentam os autores em seu recurso de apelação, o ordenamento pátrio não atribuiu à indenização por danos morais o caráter punitivo.

Assim, a fixação da indenização em valor superior aos danos experimentados pela parte encontra óbice na vedação ao enriquecimento sem causa, consubstanciada no art. 884 do Código Civil.

Ante o exposto, por este voto, **nega-se provimento** ao recurso de apelação interposto pela ré e **dá-se parcial provimento** ao recurso da parte autora apenas para majorar a indenização por danos morais para R$ 10.000,00 (dez mil reais).

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0000717-77.2012.8.26.0491, da Comarca de Rancharia, em que é apelante/apelado ESCRITÓRIO CENTRAL DE ARRECADAÇÃO E DISTRIBUIÇÃO - ECAD, é apelado/apelante PREFEITURA MUNICIPAL DE RANCHARIA.

ACORDAM, em 9ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento em parte ao recurso do autor e negaram ao da ré. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 01199)**

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

São Paulo, 1 de março de 2016.

COSTA NETTO, Relator

Ementa: APELAÇÃO - ECAD - COBRANÇA DE DIREITOS AUTORAIS - Execução pública de obras musicais, litero-musicais e fonogramas, pela Municipalidade de Rancharia, sem prévia e expressa autorização dos titulares dos direitos autorais, representados em regime de gestão coletiva e de substituição processual (art. 99, §2º, da Lei nº 9.610/98) pelo ECAD - Escritório Central de Arrecadação e Distribuição. Prescrição decenal e não trienal. Inteligência do art. 205, *caput*, do Código Civil. Eventos de carnaval, rodeio, aniversário da cidade, realizados pela Prefeitura de Rancharia. Irrelevância da obtenção de lucro direto ou indireto no evento. Precedentes do Superior Tribunal de Justiça. Ofensa aos direitos autorais, artigos 28, 29, 68 e seus parágrafos da Lei 9.610/98. Tutela inibitória concedida, art. 105 da Lei Autoral. Condenação devida. Aplicação do regulamento de arrecadação do ECAD. Correção monetária e juros moratórios computados desde o evento danoso - Recurso do autor provido em parte, desprovido o recurso da ré.

Acesso ao Sumário

VOTO

Tratam-se de recursos de apelação contra a sentença de fls. 383/389, que, em "*ação de cumprimento de preceito legal cumulada com pedido liminar e perdas e danos*", julgou improcedente a pretensão deduzida pelo autor, condenando-o nas custas, despesas processuais e honorários advocatícios fixados em 15% sobre o valor da causa, devidamente corrigido.

Inconformado, pleiteia o autor a reforma do julgado. Assevera inocorrência da prescrição, bem como a legalidade da cobrança dos direitos autorais decorrentes da execução de obras musicais em eventos públicos e gratuitos, ressaltando a existência de lucro indireto da Municipalidade. Por fim, pleiteia a reforma da sentença e o provimento da ação.

Recorre a Municipalidade de Rancharia, pleiteando o aumento da verba honorária sucumbencial, fixada em 15% sobre o valor dado à causa (de R$1.000,00), afirmando ser vil, irrisório e violador da dignidade dos profissionais. Pleiteia a reforma da sentença, neste aspecto, e o prequestionamento dos artigos: 20, parágrafo 4º; 125, I, do Código de Processo Civil; 5º, 'caput' da CF/88.

As partes apresentaram contrarrazões, (fls. 614/628; 646).

É o relatório.

Escritório de Central de Arrecadação e Distribuição - ECAD, ajuizou a presente ação objetivando o pagamento de direitos autorais decorrentes da execução pública de obras musicais, litero-musicais e fonogramas, em eventos e *shows* realizados pela Municipalidade-ré, sem o recolhimento pertinente, embora regularmente notificada, ocorridos nas seguintes datas:

1) Carnaval popular de 2008 - (*período de 02/02/2008 a 05/02/2008*); fls.66

2) Carnaval popular de 2009 (*período de 21/02/2009 a 24/02/2009*); fls.69/76

3) 4º Rodeio Show de 2009 (*período de 25/06/2009 a 28/06/2009*); fls.82/85

4) Carnaval 2010 (*período de 13/02/2010 a 16/02/2010*); fls.97/100.

5) Aniversário de 75 anos da Cidade (*realizada em 13/06/2010*); fls.104

6) 6º Rodeio Show de Rancharia (*período de 24/06/2010 a 27/06/2010*) fls.123/127.

7) 6ª Festa de Peão de Rancharia (*período de 30/06/2011 a 03/07/2011*); fls.109/112.; 118/120

Por proêmio, afasto a prescrição trienal contemplada na sentença.

A hipótese dos autos não trata de reparação civil, o que ensejaria a aplicação do prazo prescricional de três anos (§3º, V, art. 206).

Nos termos de precedente do Superior Tribunal de Justiça:

Acesso ao Sumário

> "A pretensão de cobrança fundada em reparação civil deve, portanto, decorrer de danos sofridos em razão de ato ilícito (em sentido estrito) praticado, estando associada ao princípio do *neminem laedere* que serve de lastro para toda a doutrina da responsabilidade civil.
>
> A pretensão de cobrança fundada em reparação civil deve, portanto, decorrer de danos sofridos em razão de ato ilícito (em sentido estrito) praticado, estando associada ao princípio do neminem laedere que serve de lastro para toda a doutrina da responsabilidade civil" (v. acórdão proferido, por v.u., no REsp nº 1.159.317 - SP - 2009/0194402-3, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 11/03/2014, DJe 18/03/2014)

Afastada a hipótese supramencionada, importante registrar que o Código Civil anterior previa, no artigo 179, §10º, VII, o prazo especial de cinco anos para a pretensão do titular de direito autoral ingressar com ação civil, sendo que o Código Civil vigente nada dispôs a respeito.

Por tal razão, inexistindo prazo especial - *em razão da Lei 9.610/98 que regula os direitos autorais não conter prazos prescricionais* - deve ser aplicado nesses casos o prazo geral de 10 anos estabelecido no art. 205, *caput*, do diploma civilista, não sendo a hipótese, como já exposto, de incidência do prazo trienal do art. 206, §3º, V, suscitado pela ré, eis que os fatos "sub judice" não se confundem com os casos de reparação civil.

Com efeito, de acordo com o art. 205 do Código Civil, a prescrição será de 10 anos, quando a lei não lhe haja fixado prazo menor, ou de 05 anos, nos casos de pretensão de cobrança de dívidas líquidas constantes de instrumento público ou particular (§5º, I, do art.206).

Aliás, esse é o entendimento pacificado do Superior Tribunal de Justiça.

Confira-se:

> CIVIL E PROCESSO CIVIL. DIREITO AUTORAL. PRESCRIÇÃO. PRETENSÃO DE COBRANÇA DO ECAD. SUCESSÃO DE LEIS NO TEMPO. 1.- O art. 131 da Lei nº 5.988/73 revogou o art. 178, § 10, VII, do CC/16, que fixava prazo prescricional de 05 anos por ofensa a direitos do autor, pois regulou inteiramente a matéria tratada neste. 2.- Revogada a Lei nº 5.988/73 pela Lei nº 9.610/98, que não dispôs sobre prazo prescricional e nem determinou a repristinação do 178, § 10, VII, do CC/16, a matéria passou a ser regulada pelo art. 177 do CC/16, aplicando-se o prazo prescricional de 20 anos. 3.- **O Código Civil de 2002 não trouxe previsão específica quanto ao prazo prescricional incidente em caso de violação de direitos do autor, sendo de se aplicar o prazo de 03 anos (artigo 206, § 3º, V) quando tiver havido ilícito extracontratual ou então o prazo de 10 anos (artigo 205), quando a ofensa ao direito autoral se assemelhar a um descumprimento contratual, como na hipótese.** 4.- Recurso Especial a que se nega provimento. (Recurso

Acesso ao Sumário

Especial nº 1.159.317 - SP (2009/0194402-3, Ministro Sidnei Beneti, 3ª Turma).

CIVIL E PROCESSO CIVIL. DIREITO AUTORAL. PRESCRIÇÃO. DIES A QUO. PRAZO. NOVO CÓDIGO CIVIL. REGRA DE TRANSIÇÃO DO ART. 2.028. CONTAGEM. (...) 2. O art. 131 da Lei nº 5.988/73 revogou o art. 178, § 10, VII, do CC/16, pois regulou inteiramente a matéria tratada neste. 3. Revogada a Lei nº 5.988/73 pela Lei nº 9.610/98 e como o art. 111 da lei revogadora (que dispunha sobre prazo prescricional) foi vetado, a **matéria atinente à prescrição das ações relacionadas a direitos autorais patrimoniais passou a ser regida pelo art. 177 do CC/16, aplicando-se o prazo prescricional de 20 anos, visto que não houve previsão expressa de repristinação do art. 178, § 10, VII, do CC/16, conforme exige o art. 2º, § 3º, da LICC. ...**) (REsp 1168336/RJ, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 22/03/2011, DJe 16/09/2011).

No mesmo sentido, tem sido e entendimento desta Colenda 9ª Câmara de Direito Privado:

DIREITOS AUTORAIS. ECAD. SONORIZAÇÃO DE DEPENDÊNCIAS DE HOTEL. COBRANÇA. PRESCRIÇÃO. 1- "São devidos os pagamentos referentes aos direitos autorais em razão da disponibilização de televisores e rádios dentro dos quartos de hotéis, por configurarem exploração de obras artísticas para incremento dos serviços prestados pelo meios de hospedagem" conforme o STJ. Precedentes. Apelação do réu não provida. **2- Prescrição decenal e não trienal. Art. 205, caput, CC**. Apelação do autor provida. 3- Apelação do réu não provida e apelação do autor provido. M.V. (Apelação Cível nº 0012244-82.2010.8.26.0010, TJSP, 9ª Câmara de Direito Privado, Relator Desembargador Alexandre Lazarrini, j.14.04.2015)

A respeito, anote-se os precedentes, no mesmo sentido, deste E. Tribunal de Justiça:

Apelação nº 0210430-43.2008.8.26.0100, 6ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Francisco Loureiro, j. em 22/03/2012; Apelação nº 0197935-93.2010.8.26.0100, 4ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Carlos Henrique Miguel Trevisan, j. em 30/08/2012; Apelação nº 9069075-61.2009.8.26.0000, 5ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Moreira Viegas, j. em 25/04/2012; Apelação nº 9184964-68.2006.8.26.0000, 5ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Erickson Gavazza Marques, j. em 01/02/2012; Apelação nº 0116583-84.2008.8.26.0100, 8ª Câmara Direito Privado, Rel. Des. Salles Rossi, j. em 14/12/2011.

Nesse quadro, verifica-se, consequentemente, na hipótese dos presentes autos, que a prescrição não se operou, merecendo reforma a sentença.

No mérito, pretende o autor ECAD o pagamento dos direitos autorais decorrentes da execução pública de obras musicais, litero-musicais e fonogramas,

Acesso ao Sumário

em eventos e shows realizados pela Municipalidade-ré.

Afirma que a Municipalidade–ré realiza, desde 2008, eventos musicais, sem a devida autorização e recolhimento dos direitos autorais em ofensa á Lei 9.610/98[1], tendo contratado artistas para as devidas interpretações musicais.

Assim pleiteia:

a) liminarmente, a imediata suspensão, interrupção ou abstenção da execução das obras musicais pela ré, enquanto não autorizadas pelo ECAD, sob pena de multa de 100.000,00 (cem mil reais), e apreensão e lacre da aparelhagem sonora, nos termos do art. 105 da Lei 9.610/98; **b)** condenação da ré pela realização dos eventos à razão de 10% da receita bruta dos mesmos, calculado pelos critérios estimativos adotados em seu regulamento de arrecadação, acrescido de juros de 1% ao mês, multa, correção monetária, custas e despesas processuais, além dos honorários advocatícios; **c)** as retribuições vincendas no curso do processo, além da apresentação dos contratos artísticos dos intérpretes e músicos que irão se apresentar na EXAMAR, para cálculo dos custos musicais.

Como bem ponderado pelo Superior Tribunal Justiça, o "*ECAD é associação civil, portanto, de natureza privada, constituída pelas associações de direitos do autor, com a finalidade de defesa e cobrança dos direitos autorais. Em razão da adoção pelo legislador brasileiro do sistema de gestão coletiva, a Lei 9.610/1998 (Lei de Direitos Autorais) reservou ao ECAD a exclusividade quanto à arrecadação e distribuição dos direitos autorais relativos à reprodução e divulgação de obras musicais e fonogramas* (REsp nº1.391.090-MT, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, julgado em 22/9/2015, DJe 9/10/2015).

Ressalte-se que o âmbito legal de atuação do ECAD, em regime de gestão coletiva e substituição processual de titulares de direitos autorais (§2º do art. 99 da Lei 9.610/98), corresponde "*à execução pública das obras musicais e litero-musicais e de fonagramas, inclusive por meio da radiofusão e transmissão por qualquer modalidade e da exibição de obras audiovisuais*" (art. 99 "caput" da Lei 9.610/98).

Registre-se também que a importância do ECAD já foi proclamada pelo Supremo Tribunal Federal. Confira-se:

> *"AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ECAD. ART. 99 E § 1º DA LEI Nº 9.610/98. ARTS. 5º, INCS. XVII E XX, E 173, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. (...) a experiência demonstrou representar ele instrumento imprescindível à proteção dos direitos autorais, preconizada no inc. XXVIII e suas alíneas a e b do art. 5º da Constituição, garantia que, no caso, tem preferência sobre o princípio da livre associação (incs. XVII e XX do mesmo artigo) apontado como ofendido. Cautelar indeferida."*

Acesso ao Sumário

1 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 (...)

(ADI 2054 MC, Relator(a): Min. ILMAR GALVÃO, Tribunal Pleno, julgado em 17/11/1999, DJ 10-03-2000 PP-00003 EMENT VOL-01982-01 PP-00051).

Essa mesma linha de entendimento foi reeditada pelo Pretório Excelso em 2003:

"I- Liberdade de Associação. 1. Liberdade negativa de associação: sua existência, nos textos constitucionais anteriores, como corolário da liberdade positiva de associação e seu alcance e inteligência, na constituição quando se cuide de entidade destinada a viabilizar a gestão coletiva de arrecadação e distribuição de direitos autorais e conexos, cuja forma e organização se remetem à lei. 2. Direitos autorais e conexos: sistema de gestão coletiva de arrecadação e distribuição por meio do Ecad (Lei nº 9.610/98, art. 99), sem ofensa do art. 5º, XVII e XX, da Constituição, cuja aplicação na esfera dos direitos autorais e conexos, hão de conciliar-se com o disposto no art. 5º, XXVIII, b, da própria Lei Fundamental". (Acórdão de 02.04.2003, proferido na Ação Direta de Inconstitucionalidade, ADI 2054, por unanimidade de votos do Tribunal Pleno, Relator do acórdão Ministro Sepúlveda Pertence (DJ 17.10.2003, p.00013).

No âmbito do Superior Tribunal de Justiça, consignou sobre o mesmo tema e em harmonia com a orientação do STF, o relator, Ministro Carlos Alberto Menezes Direito: "*O art. 99 da Lei nº 9.610/1998 manteve a exigência de órgão central único de arrecadação e distribuição, em comum, de direitos autorais. Esse dispositivo foi considerado constitucional pelo Supremo Tribunal Federal (ADIn nº 2.054-a, relator para o acórdão o Ministro Sepúlveda Pertence, DJ de 09.04.2003)*"

Nesse caminho, a judiciosa doutrina de Carlos Fernando Mathias de Souza:

> "A questão, todavia, referente à legitimação anômala ou legitimação extraordinária, como se diz na doutrina, está completamente superada também, pelo próprio ordenamento positivo.
>
> É que a Lei 9.610/98 (§2º, do art. 99) prescreve que o escritório central e as associações atuarão, em juízo ou fora dele, em seus próprios nomes como substitutos processuais ou titulares a eles vinculados (remeta-se por oportuno à Constituição, art. 5º, inciso XXI)."[2]

Nesse fundamental mister, é nítido que o sistema de gestão coletiva de direitos autorais, exercido em nosso pais pelo ECAD, age em proteção aos autores e demais titulares de direitos de autor e os que lhes são conexos no campo musical - *nacionais e estrangeiros* - possibilitando que venham a obter os justos benefícios econômicos que a utilização se suas obras possam lhes proporcionar. É essa a finalidade das normas integrantes das convenções internacionais, em

2 Direito Autoral. Brasília, DF: Livraria e Editora Brasília Jurídica, 1998, p.51.

Acesso ao Sumário

harmonia com o regime jurídico adotado pelas legislações nacionais dos países que reconhecem os direitos autorais.

A Convenção de Berna promulgada entre nós em sua revisão de Berlim, pelo Decreto n. 15.699, de 6.5.1975 já estabelecia no art. 11 bis que os autores de obras literárias e artísticas gozam do direito exclusivo de autorizar:

> 1.º A radiodifusão das suas obras ou a comunicação pública dessas obras por qualquer outro meio que sirva à difusão sem fio dos sinais, sons ou imagens;
>
> 2.º Qualquer comunicação pública, quer por fio, quer sem fio, da obra radiodifundida, quando essa comunicação seja feita por outro organismo que não o de origem;
>
> 3.º A comunicação pública, por alto-falante ou por qualquer outro instrumento análogo transmissor de sinais, sons ou imagens, da obra radiodifundida.

No tocante aos direitos autorais, a Constituição Federal vigente concede inegável relevância à sua proteção ao elencá-los entre os direitos fundamentais, previstos no artigo 5º.[3]

Ao discorrer sobre a importância da função social da proteção desses direitos, advertia o saudoso Antônio Chaves, de forma precursora, já em 1970:

> "Só existe uma maneira de elevar e preservar a arte e a cultura: pagar ao autor e ao artista a retribuição a que faz jus pelo seu trabalho. É preciso que compreendam de uma vez os nossos 'autoralistas' de bolso de colete que não remunerar condignamente, pior do que isso, impedir que o autor e o artista retirem do seu trabalho a compensação que a sociedade jamais cogitou de negar-lhes, é incorrer não só num ridículo tremendo, como também, praticar a maior das insânias."[4]

Pois bem.

Emerge dos autos que as festividades foram realizadas pela Municipalidade por ocasião de eventos carnavalescos, aniversário da Cidade e festas de rodeio.

Indiscutível a legitimidade passiva da ré, uma vez que promoveu os eventos musicais objeto da presente ação, com a consequente e incontroversa execução de obras musicais.

A matéria está suficientemente tratada na Lei 9.610/98, que dispõe:

> "Art. 68. Sem prévia e expressa autorização do autor ou titular, não poderão ser utilizadas obras teatrais, composições musicais ou lítero-musicais e fonogramas, em representações e execuções públicas.
>
> (...)

Acesso ao Sumário

3 XXVII - aos autores pertence o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras, transmissível aos herdeiros pelo tempo que a lei fixar;

4 O Direito de Autor na Obra Cinematográfica. Inconstitucionalidade do decreto-lei n. 980, de 1969. *In* Revista dos Tribunais, Ano 59, dezembro de 1970, volume 422, p.63.

§ 2º Considera-se execução pública a utilização de composições musicais ou lítero-musicais, mediante a participação de artistas, remunerados ou não, ou a utilização de fonogramas e obras audiovisuais, em locais de freqüência coletiva, por quaisquer processos, inclusive a radiodifusão ou transmissão por qualquer modalidade, e a exibição cinematográfica.

§ 3º Consideram-se locais de freqüência coletiva os teatros, cinemas, salões de baile ou concertos, boates, bares, clubes ou associações de qualquer natureza, lojas, estabelecimentos comerciais e industriais, estádios, circos, feiras, restaurantes, hotéis, motéis, clínicas, hospitais, órgãos públicos da administração direta ou indireta, fundacionais e estatais, meios de transporte de passageiros terrestre, marítimo, fluvial ou aéreo, ou onde quer que se representem, executem ou transmitam obras literárias, artísticas ou científicas.

§ 4º Previamente à realização da execução pública, o empresário deverá apresentar ao escritório central, previsto no art. 99, a comprovação dos recolhimentos relativos aos direitos autorais (...)."

De acordo com o regime legal vigente, e na linha de precedentes do Superior Tribunal de Justiça, o pagamento de direitos autorais é devido, ainda que a execução das obras musicais seja promovida sem fins lucrativos.

Nesse sentido, observe-se louvável supressão na nova lei brasileira (9.610/98) da exigência do "***lucro direto ou indireto***" e nas apresentações públicas "***com participação de artistas***" que estejam sendo "***remunerados***" para caracterizar a obrigatoriedade de autorização, a ser concedida, prévia e expressamente, pelos respectivos titulares de direitos autorais, para a utilização de suas obras intelectuais (*essas expressões que destacamos constam do texto legal anterior: artigo 73* caput *e seu parágrafo primeiro da Lei 5.988, de 1973,* ***mas foram suprimidos pela lei vigente****, de 1998, art. 68 e seus parágrafos, já transcritos no presente*).

No tocante à jurisprudência, confiram-se, os precedentes:

"**Com efeito, na vigência da Lei 5.988/1973, a existência de lucro era imprescindível para cobrança de direitos autorais. Entretanto, com a edição da Lei 9.610/1998, houve subtração da expressão 'que visem a lucro direto ou indireto' como pressuposto para a cobrança de direitos autorais. Nessa linha, o STJ firmou o entendimento de ser irrelevante a utilidade econômica como condição de exigência para a percepção da verba autoral, quando a execução desautorizada ocorrer na vigência do art. 68 da Lei 9.610/1998**.(STJ, *REsp. nº 1.152.820-SP, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 5/6/2014.*"

"DIREITOS AUTORAIS. Prevalece, na Egrégia Segunda Seção, o entendimento de que os direitos autorais são devidos ainda que a execução de obras musicais seja promovida sem fins lucrativos. Recurso especial conhecido e provido. (*STJ, REsp Nº 471.110/DF, Rel. Ministro ARI PARGENDLER, TERCEIRA TURMA, julgado em*

Acesso ao Sumário

20/03/2003, DJ 19/05/2003, p. 228)"

"**ECAD. FESTEJOS. DIREITOS AUTORAIS.** Discute-se sobre a cobrança de direitos autorais pela execução de obras musicais em festejos carnavalescos populares sem a cobrança de ingressos, promovidos pela prefeitura do município. **A nova orientação da Segunda Seção é a de que, ainda que o espetáculo musical tenha sido realizado sem a cobrança de ingressos, em caráter cultural popular, são devidos direitos autorais aos titulares das obras musicais. A Lei n. 9.610/1998 introduz o elemento novo ao estabelecer a necessidade de prévia e expressa autorização do autor ou titular do direito para que a comunicação seja levada ao público. Com ou sem objetivo de lucro, a comunicação depende de autorização do autor. Assim, havendo espetáculo gratuito subvencionado pelo município ou quando não houver cobrança de ingressos, como no caso, de qualquer maneira, pela nova lei, serão devidos os direitos autorais.** *(STJ, Resp. nº 524.873-ES, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, julgado em 22/10/2003)*."

Recentemente, o Superior Tribunal de Justiça analisou a questão concernente ao recolhimento de direitos autorais decorrentes da realização de Festival de Dança pelo Município de Joinville e pela Fundação Cultural de Joinville, respaldando a tese do ECAD:

"**Recurso Especial. Direito autoral. Festividade popular. Festa nacional do colono. Compositor da obra musical como intérprete da canção. Ação de cobrança dos direitos autorais pelo Ecad. Possibilidade. Proveito econômico para exigibilidade. Desnecessidade.**

1. O Escritório Central de Arrecadação e Distribuição - ECAD detém a gestão coletiva dos direitos autorais, com atribuição de arrecadar e distribuir os royalties relativos à execução pública das obras musicais (ADIn n. 2.054-4). 2. No tocante especificamente às obras musicais, os direitos autorais englobam tanto os autores, compositores, como os direitos conexos atribuídos aos artistas intérpretes, as empresas de radiodifusão e as produtoras fonográficas (conforme arts. 5°, XIII, 11, 14 e 89 da Lei 9.610/1998) (...) 5. É usuário de direito autoral, e, consequentemente responsável pelo pagamento da taxa cobrada pelo Ecad, quem promove a e**xecução pública das obras musicais protegidas. 6. O Superior Tribunal de Justiça entende ser 'cabível o pagamento de direitos autorais em espetáculos realizados ao vivo, independentemente do cachê recebido pelos artistas, ainda que os intérpretes sejam os próprios autores da obra**' (REsp 1207447/RS, Rel. p/ Acórdão Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, TERCEIRA TURMA, julgado em 12/06/2012, DJe 29/06/2012). É que o conteúdo econômico da obra musical pode advir de sua criação artística como compositor ou como intérprete - direito conexo na execução da obra musical. 7. O fato gerador da ação de cobrança proposta pelo ECAD teve como conteúdo patrimonial os direitos de autor - proteção da

Acesso ao Sumário

relação jurídica pelo trabalho intelectual na composição da obra musical -, e não arrecadar a prestação pecuniária decorrente de sua execução musical, que é fato gerador advindo da interpretação do artista no espetáculo. Assim, independentemente do cachê recebido pelos artistas em contraprestação ao espetáculo realizado (direito conexo), é devido parcela pecuniária pela composição da obra musical (direito de autor). 8. **O autor pode cobrar *sponte* sua os seus direitos autorais, bem como doar ou autorizar o uso gratuito, dispondo de sua obra da forma como lhe aprouver, desde que, antes, comunique à associação de sua decisão, sob pena de não afastar a atribuição da gestão coletiva pelo ECAD**. 9. **Esta Corte possui entendimento de que, em se tratando de direito de autor, compete a este a sua fixação, seja diretamente, seja por intermédio das associações ou, na hipótese, do próprio Ecad, que possui métodos próprios para elaboração dos cálculos diante da diversidade das obras reproduzidas, segundo critérios eleitos internamente**. (...) É firme a jurisprudência desta Corte Superior no sentido de ser válida a tabela de preços instituída pelo Ecad e seu critério de arrecadação. 10. Recurso especial provido. ***(Resp nº 1.240.505 - SC (2011/0043663-6), Relator: Min LUIS FELIPE SALOMÃO, publicado em 01/02/2016)***

Pela análise dos elucidativos e categóricos precedentes, torna-se irrefutável que o fato de se tratar de pessoa jurídica de direito público interno, não isenta a Municipalidade do cumprimento do determinado na Lei 9.610/98, ou seja, da obrigação quanto ao pagamento da retribuição econômica correspondente aos direitos autorais decorrentes de execuções públicas de obras musicais, litero-musicais e fonogramas.

Ressalte-se que a obrigação constitucional que tem o Estado de apoiar, incentivar e valorizar a cultura (art. 215)[5], com a promoção de festas populares e demais eventos culturais, não pode ser transferida aos artistas, intérpretes e executantes, titulares dos direitos autorais das obras intelectuais utilizadas, nessas modalidades de eventos ofertados à coletividade, competindo ao ente público custear de forma completa (*e não insuficiente*) essas relevantes ações culturais.

Confira-se:

Direito Autoral. Espetáculo organizado por Prefeitura Municipal. 1. O Poder público não pode escapar do pagamento dos direitos autorais quando organiza espetáculo público, sob pena de locupletar-se do trabalho alheio, do criador da obra musical. Embargos de divergência conhecidos e providos (*Embargos de Divergência em Recurso Especial: 103793/PR - Relator Min. Menezes Direito - Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça-22.05.2000*)

Acesso ao Sumário

5 Art. 215. O Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais.

Assim, é inequívoco que são devidos pela Municipalidade-ré os pagamentos pelas execuções públicas das obras musicais, litero-musicais e fonogramas, em eventos por ela realizados, - *devidamente comprovados nestes autos* - e elencados pelo autor, ECAD, de acordo com as notificações lançadas nos autos.

No caso, a ré informa que os eventos foram abertos ao público, gratuitos, portanto, sem a obtenção de lucro, (fls. 616).

Diante disso, deverá a ré pagar ao autor o valor referente a 10% da receita bruta dos shows realizados, conforme disposto no item 8, alínea "b"[6] do regulamento de arrecadação do ECAD, o que corresponde a 10% sobre o orçamento total de cada show (fls.18), acrescido dos eventos que se realizaram no decorrer desta lide.

Frise-se que a legalidade dos critérios estimativos de receita bruta prevista no regulamento de arrecadação do ECAD, já foi pacificada pelo Superior Tribunal de Justiça, conforme se observa de recente acórdão, a saber:

> DIREITO CIVIL. LEGALIDADE DE CRITÉRIOS FIXADOS EM REGULAMENTO DE ARRECADAÇÃO DO ECAD. **É válido o critério de estimativa da receita bruta do evento realizado, previsto em regulamento de arrecadação do ECAD, para se cobrar os valores devidos pela execução de obras musicais. Tratando-se de direito de autor, compete a esse a fixação da remuneração pela utilização de sua obra por terceiro, seja diretamente, seja por intermédio das associações ou do próprio ECAD, que possui métodos próprios para elaboração dos cálculos diante da diversidade das obras reproduzidas, segundo critérios eleitos internamente. Dessa forma, no âmbito de atuação do ECAD, os critérios para a cobrança dos direitos autorais são definidos no regulamento de arrecadação elaborado e aprovado em assembleia geral composta pelos representantes das associações que o integram. O referido regulamento contém tabela específica de preços, os quais devem observar "a razoabilidade, a boa-fé e os usos do local de utilização das obras", conforme a nova redação expressa no § 3° do art. 98 da Lei 9.610/1998. Neste contexto, a jurisprudência do STJ é firme no sentido de ser válida a tabela de preços instituída pelo ECAD e seu critério de arrecadação. Precedentes citados: STJ, AgRg nos EDcl no REsp nº 885.783-SP, Terceira Turma, DJe 22/5/2013; e AgRg no Ag 780.560-PR, Quarta Turma, DJ 26/2/2007.** (*REsp nº 1.160.483-RS, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 10/6/2014*).

Nesse caminho, diante da adoção dos critérios definidos na tabela do ECAD

Acesso ao Sumário

6 8. "b" - Os eventos, shows ou espetáculos musicais que não dispuserem de ingressos a venda, mas apreciarem receitas de outra natureza, tais como, publicidade, subvenções, patrocínios ou apoios financeiros, estas serão consideradas para efeito de receita bruta, não se considerando a tabela de preços constante do item I, dos Usuários Eventuais. (fls.31).

para aferição da base de cálculo da remuneração percentual, correspondente aos direitos autorais "*sub judice*", fica prejudicada a exibição dos contratos dos artistas participantes do evento, celebrados com a ré, tendo em vista sua desnecessidade, frente à solução da presente demanda.

Em face a todo o exposto, deverá a ré suspender ou interromper imediatamente as execuções públicas das obras musicais, litero-musicais e fonogramas, em eventos que vier a realizar, sem a devida autorização e recolhimento junto ao ECAD dos valores devidos a título de direito autorais, sob pena de multa diária pelo descumprimento, fixada no valor de R$100.000,00 (cem mil reais), por evento, sujeitando-se ao dobro em caso de reincidência, conforme disposto no artigo 105 da Lei 9.610/98[7], independentemente dos valores devidos a título de direitos autorais.

Nos termos explicitados na presente, prospera em parte o recurso do autor para, além do preceito cominatório de obrigação de não fazer concedido, afastar a prescrição e condenar a ré ao pagamento dos direitos autorais pelos eventos elencados na inicial e especificados na presente, e os que ocorreram no decorrer da lide, a razão de 10% da receita bruta dos eventos, conforme critério de estimativa previsto em regulamento de arrecadação do ECAD, nos termos consignados nesta decisão, devidamente corrigido pela tabela prática deste Tribunal, com juros de mora de 1% ao mês até a data do efetivo pagamento, ambos a contar data de cada evento danoso.

No concernente ao termo inicial da incidência dos juros, adota-se a orientação do Superior Tribunal de Justiça:

> "(...) **os juros de mora, nas hipóteses de violação a direitos autorais, devem remontar à data em que cometida a infração ao direito**. (...) Aplicação dessa orientação aos interesses perseguidos pelo ECAD, ante a clareza da Lei de Direitos Autorais (art. 68), **prevendo que aquele que de obra autoral se utiliza deve providenciar a expressa e prévia autorização do titular, estando, em regra, em mora desde o momento em que a utiliza sem a autorização do autor** (...) (*STJ, REsp nº 1.313.786/MS, 3ª Turma, rel. Min. PAULO DE TARSO SANSEVERINO, j. 28/4/2015*).

A cargo da ré, ante o decaimento mínimo do pedido do autor, as custas processuais e honorários advocatícios, estes arbitrados em 15% sobre o valor total da condenação, acrescido de correção monetária e juros de 1% ao mês, nos termos do parágrafos terceiro e quarto, do art. 20 do Código de Processo Civil.

7 Art. 105. A transmissão e a retransmissão, por qualquer meio ou processo, e a comunicação ao público de obras artísticas, literárias e científicas, de interpretações e de fonogramas, realizadas mediante violação aos direitos de seus titulares, deverão ser imediatamente suspensas ou interrompidas pela autoridade judicial competente, sem prejuízo da multa diária pelo descumprimento e das demais indenizações cabíveis, independentemente das sanções penais aplicáveis; caso se comprove que o infrator é reincidente na violação aos direitos dos titulares de direitos de autor e conexos, o valor da multa poderá ser aumentado até o dobro.

Acesso ao Sumário

Pelo exposto, **dá-se parcial provimento** ao recurso do autor e, nega-se provimento **ao recurso da ré**, nos termos expostos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1007585-98.2014.8.26.0292, da Comarca de Jacareí, em que são apelantes JULIO CESAR CASSIANO DE OLIVEIRA e FRANCINE SOMENSI, é apelado ALEIBARG PARTICIPAÇÕES 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 provimento parcial, nos termos que constarão do acórdão. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº: 21794)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores BERETTA DA SILVEIRA (Presidente sem voto), CARLOS ALBERTO DE SALLES e DONEGÁ MORANDINI.

São Paulo, 7 de março de 2016.

VIVIANI NICOLAU, Relator

Ementa: APELAÇÃO. COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA DE BEM IMÓVEL. Ação declaratória de abusividade de cláusula contratual c.c indenização por danos materiais, morais e lucros cessantes. Sentença de improcedência. Inconformismo dos autores. CERCEAMENTO DE DEFESA. Inocorrência. Havendo nos autos elementos de prova documental suficientes para formar o convencimento do julgador, não ocorre cerceamento de defesa se julgada antecipadamente a lide. ATRASO NA ENTREGA DO IMÓVEL. Ocorrência. Demora da construtora para individualização e cancelamento de hipoteca da matrícula do imóvel que causou atraso na obtenção do financiamento pelos autores. Prazo compromissado no contrato que deve englobar a tramitação burocrática de documentos e atos administrativos. PRAZO DE TOLERÂNCIA DE 180 DIAS PARA ENTREGA DA OBRA. Legalidade da cláusula que prevê o prazo de tolerância de 180

Acesso ao Sumário

dias para entrega da obra. Aplicação da Súmula nº 164 deste Tribunal. LUCROS CESSANTES. 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. Aplicação da Súmula nº 162 deste Tribunal. Precedentes do STJ. Valor da indenização fixado em 0,6% do valor atualizado do contrato. DESPESAS CONDOMINIAIS E TRIBUTOS ANTERIORES À IMISSÃO NA POSSE. Necessária restituição das despesas condominiais pagas pelos autores antes de sua imissão na posse que devem ser devolvidas. Orientação do Colendo Superior Tribunal de Justiça neste sentido. Obrigação que se estende aos tributos *propter rem* (IPTU e taxa de coleta de resíduos) em decorrência da vedação ao enriquecimento sem causa. DANOS MORAIS. Devida indenização pelos danos morais sofridos, diante das peculiaridades do caso concreto. Valor arbitrado em R$ 10.000,00, de acordo com o entendimento que vem prevalecendo nesta Câmara. Sentença reformada. Sucumbência maior da ré, que deverá arcar com as custas, despesas processuais e honorários advocatícios arbitrados em 15% sobre o valor da condenação. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO".

VOTO

JÚLIO CÉSAR CASSIANO DE OLIVEIRA e **FRANCINE SOMENSI** ingressaram com a presente ação de reparação de danos patrimoniais e extrapatrimoniais com devolução de valores em face de **ALEIBARG PARTICIPAÇÕES LTDA.**, cujos pedidos foram julgados **improcedentes** pela r. sentença de fls. 256/259.Os autores foram condenados a arcar com as custas, despesas processuais e honorários advocatícios, arbitrados em R$ 3.000,00.

Apelam os **AUTORES**, alegando em síntese:

(i) que o julgamento antecipado da lide teria acarretado cerceamento de defesa, implicando na nulidade da sentença, uma vez que não foi permitida a produção da prova oral pleiteada; (ii) que a cláusula de tolerância de 180 dias para entrega do imóvel seria abusiva, devendo ser afastada; (iii) que o atraso

Acesso ao Sumário

na liberação do financiamento se deu por culpa da apelada, que demorou para promover a regularização na matrícula do imóvel; (iv) que suportaram lucros cessantes devido à privação do uso do imóvel durante o período de atraso; (v) que fariam jus à devolução de valores pagos a título de despesas condominiais, IPTU e "taxa de coleta de resíduos" referente ao período anterior à imissão na posse do imóvel; (vi) que fariam jus a indenização por danos morais (fls. 262/285).

O recurso foi devidamente preparado (fls. 587), recebido (fls. 311) e contrarrazoado (fls. 315/321).

Não houve oposição ao julgamento virtual (fls. 331).

É O RELATÓRIO.

O recurso é parcialmente procedente.

1. Breve síntese.

A presente demanda, consoante relatório da r. sentença, ora adotado, funda-se nos seguintes fundamentos de fato e de direito:

> "[Os autores propuseram a ação] *objetivando imposição de multa pela demora na entrega, indenização por danos materiais no valor de R$ 6.600,00 referente a perda da possibilidade de locar e compensação por danos morais. Alega a inicial que as partes celebraram contrato para aquisição de imóvel em construção, mas a unidade imobiliária não foi entregue no prazo previsto no contrato, gerando prejuízo material e moral*" (fls. 256).

A r. sentença julgou **improcedente** a ação, condenando os autores ao pagamento de custas, despesas processuais e honorários advocatícios da parte contrária, arbitrados em R$ 3.000,00.

2. Da preliminar de cerceamento de defesa.

Os apelantes afirmam que a sentença recorrida seria nula devido a cerceamento de defesa, uma vez que o julgamento antecipado obstou a produção de prova oral pretendida, que seria necessária para demonstrar os fatos alegados.

Entretanto, esta preliminar deve ser afastada. O julgamento antecipado da lide bem observou o artigo 330, inciso I, do Código de Processo Civil, pois a causa já estava madura para ser decidida, sendo desnecessária a produção de outras provas.

O protesto dos apelantes é genérico, não trazendo explanações acerca dos motivos que tornariam a prova requerida de excepcional importância para o caso concreto.

No caso em tela, aplica-se o **Enunciado 9** desta Câmara, *verbis*: "*Pacificado que, sendo o juiz o destinatário da prova, somente a ele cumpre aferir sobre a necessidade ou não de sua realização. Havendo nos autos*

Acesso ao Sumário

elementos de prova documental suficientes para formar o convencimento do julgador, inocorre cerceamento de defesa se julgada antecipadamente a lide. Aplicação da Teoria da Causa Madura".

Por este motivo, fica afastada a preliminar arguida.

3. Do atraso na entrega do imóvel.

A r. sentença recorrida entendeu que não houve mora na entrega do imóvel, uma vez que quando do término da obra os apelantes ainda não teriam obtido financiamento e quitado o saldo devedor junto à construtora.

O Magistrado *a quo* afastou o argumento de que a culpa pelo atraso na obtenção do financiamento seria atribuída à ré, afirmando que os autores não obtiveram êxito em provar tal alegação.

Respeitado este entendimento, a sentença comporta reparo.

Os autores afirmam que não conseguiram quitar o saldo devedor por ocasião do término da obra, uma vez que não obtiveram os documentos necessários para dar início ao financiamento.

Com efeito, é cediço que no financiamento imobiliário pelas normas do SFH o proponente (adquirente) deve apresentar a matrícula atualizada e sem gravames do imóvel a ser financiado, uma vez que este bem será dado em garantia do valor financiado.

Depreende-se dos documentos trazidos aos autos, inclusive pela apelada, que, não obstante a entrega do imóvel ter sido prevista para **fevereiro de 2012** (cláusula nº 5.2, fls. 32), o **"habite-se"** somente foi expedido em **13 de abril de 2012** (fls. 199), e a matrícula individualizada do imóvel adquirido pelos autores somente foi aberta em **14 de setembro de 2012** (fls. 204, casa nº 277 ; matrícula nº 75535).

Na mesma data foi averbada hipoteca na matrícula do imóvel adquirido pelos autores, para garantir crédito do "Banco Santander" (fls. 209), a qual somente foi desligada em **05 de março de 2013** (fls. 246).

Portanto, foi demonstrado nos autos que a regularização da matrícula do imóvel, necessária para obtenção de financiamento, somente ocorreu em **05 de março de 2013**, o que corrobora a afirmação dos apelantes de que o atraso na obtenção do financiamento se deu por culpa da construtora.

É entendimento pacífico desta Câmara que o prazo compromissado pelo vendedor perante o consumidor deve englobar a tramitação burocrática de atos administrativos, tais como a expedição do "habite-se". Isto também se aplica no que diz respeito à regularização da matrícula do imóvel.

Neste sentido:

"APELAÇÃO. Ação de obrigação de fazer, cumulada com indenização por danos materiais e morais. Promessa de compra e

Acesso ao Sumário

venda. Atraso inequívoco na entrega da obra. Sentença de procedência. Inconformismo da ré. Acolhimento parcial. Prazo de tolerância reconhecido como válido pelo Juízo de primeiro grau e que não foi objeto de recurso por parte dos autores. Simples alegação de que o atraso na obra se deu por culpa de terceiros que não caracteriza força maior. Caso de fortuito interno, ligado à própria atividade desenvolvida pela ré e que constitui risco previsível. Mantida indenização por lucros cessantes, reduzida para 0,6% sobre o valor atualizado do contrato, por mês de atraso, a partir da mora da vendedora, até a data designada para pagamento do saldo final, e que corresponde a 60 dias após a emissão do certificado de conclusão de obra, conforme dispositivo contratual. ***Incabível não reconhecer a mora da construtora enquanto o termo de conclusão de obra e do habite-se não for expedido, porquanto o prazo compromissado perante o consumidor engloba a tramitação burocrática destes atos administrativos****. Devida indenização pelos danos morais sofridos, diante das peculiaridades do caso concreto. Valor arbitrado em R$ 13.065,90, que se harmoniza com o entendimento que vem prevalecendo nesta Câmara. A correção monetária, porém, deve incidir a partir da data do seu arbitramento, no caso, a sentença. Inteligência da Súmula 362 do STJ. Sentença reformada. Recurso parcialmente provido." (v.17418).* (Apelação nº 1101164-31.2013.8.26.0100, Rel. Desembargador **VIVIANI NICOLAU**, com a participação dos Des. **DONEGÁ MORANDINI** e **CARLOS ALBERTO DE SALLES**, data do julgamento: 17/11/2014, destaque não original).

Portanto, apenas a partir de **05 de março de 2013** a situação do imóvel estava regular para obtenção de financiamento. Daí depreende-se que os apelantes celebraram o financiamento em prazo razoável, uma vez que foram imitidos na posse do imóvel em **25 de junho de 2013**, não lhes podendo ser atribuída qualquer mora.

Neste ponto, é provido o recurso para reforma da sentença, reconhecendo-se a ocorrência de mora da construtora apelada na entrega do imóvel, até a efetiva imissão na posse em **25 de junho de 2013** (fls. 211).

4. Do prazo de tolerância de 180 dias para entrega do imóvel.

Os apelantes afirmam que a cláusula nº 12 (fls. 40) do contrato celebrado entre as partes, que prevê a possibilidade de prorrogação do prazo de entrega do imóvel por 180 dias seria nula, pois contrária ao Código de Defesa do Consumidor.

Neste ponto o recurso não comporta provimento.

A cláusula de tolerância de 180 dias para a entrega da obra não está em dissonância com o ordenamento jurídico.

Não se ignora a existência de posicionamento anterior desta Câmara pela possibilidade de aplicação da cláusula de tolerância de 180 dias apenas quando

Acesso ao Sumário

demonstrada a ocorrência de caso fortuito ou força maior externos, que não fizessem parte do risco da atividade exercida pela construtora e incorporadora de imóveis.

Contudo, tal entendimento foi superado após a edição da **Súmula nº 164** deste Tribunal.

Não há que se falar em nulidade do prazo de tolerância de 180 dias para entrega da obra, uma vez que previsto em cláusula contratual clara na avença celebrada entre as partes.

O prazo de tolerância tem como finalidade evitar que o empreendedor seja surpreendido por acontecimentos naturais ou mercadológicos que escapam de seu domínio, e era de conhecimento do promitente comprador no momento da aquisição do imóvel, não havendo abusividade nesta previsão.

A mencionada **Súmula nº 164** deste Tribunal assim prevê:

> *"Súmula 164 - É valido o prazo de tolerância não superior a cento e oitenta dias, para entrega de imóvel em construção, estabelecido no compromisso de venda e compra, desde que previsto em cláusula contratual expressa, clara e inteligível"* (DJE de 1º/02/2016, p. 10).

Desta forma, deve ser observada a cláusula de 180 dias de tolerância para entrega da obra, de modo que o prazo final para a entrega do bem passa a ser considerado **agosto de 2012**.

A mora na entrega do imóvel ocorreu, portanto, a partir de **1º de setembro de 2012**. Seu termo final, por outro lado, foi fixado corretamente pelo magistrado sentenciante, na data da efetiva entrega as chaves, ou seja, **25 de junho de 2013** (fls. 221).

Portanto, o termo inicial da mora da apelada se deu em 1º de setembro de 2012, e o termo final em **25 de junho de 2013**.

5. Dos lucros cessantes

A apelante afirma que seria devida condenação ao pagamento de indenização por lucros cessantes seria descabida, uma vez que os autores adquiriram o imóvel com a finalidade de habitação.

Considerando os princípios básicos em matéria de responsabilidade civil, notadamente o de que a indenização se mede pela extensão do dano, nos termos do artigo 944 do Código Civil, de rigor se afigura ressarcir o prejuízo inerente à privação de uso da coisa adquirida pelo consumidor.

Esta tese foi consolidada pela **Súmula nº 162 deste** Tribunal:

> *"Súmula 162 - 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, independentemente da finalidade do negócio"* (DJE de

Acesso ao Sumário

1º/02/2016, p. 7).

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

> *"AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO INCAPAZ DE ALTERAR O JULGADO. LUCROS CESSANTES. ATRASO NA ENTREGA DE IMÓVEL. PRESUNÇÃO DE PREJUÍZO. PRECEDENTES. 1.* ***Esta Corte Superior já firmou entendimento de que, descumprido o prazo para entrega do imóvel objeto do compromisso de compra e venda, é cabível a condenação por lucros cessantes****, havendo presunção de prejuízo do promitente-comprador. 2. Agravo regimental não provido."* (3ª Turma, AgRg no Ag 1319473/RJ Min. **RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA** j. 25/06/2013 sem grifos no original).

> *"AGRAVO REGIMENTAL - COMPRA E VENDA. IMÓVEL. ATRASO NA ENTREGA - LUCROS CESSANTES - PRESUNÇÃO - CABIMENTO - DECISÃO AGRAVADA MANTIDA - IMPROVIMENTO. 1.- A jurisprudência desta Casa é pacífica no sentido de que, descumprido o prazo para entrega do imóvel objeto do compromisso de compra e venda,* ***é cabível a condenação por lucros cessantes. Nesse caso, há presunção de prejuízo do promitente-comprador, cabendo ao vendedor, para se eximir do dever de indenizar, fazer prova de que a mora contratual não lhe é imputável****. Precedentes. 2.- O agravo não trouxe nenhum argumento novo capaz de modificar o decidido, que se mantém por seus próprios fundamentos. 3.- Agravo Regimental improvido."* (STJ - AgRg no REsp 1.202.506/RJ, Rel. Ministro **SIDNEI BENETI**, TERCEIRA TURMA, j. 7/02/2012).

Portanto, é devida a indenização a título de lucros cessantes, ainda que a destinação do imóvel seja para moradia dos próprios adquirentes, pois o seu prejuízo pelo atraso na entrega do imóvel é presumido.

Esta 3ª Câmara de Direito Privado fixou entendimento no sentido de que o valor deve corresponder a 0,6% por mês de atraso, a ser calculado sobre o valor atualizado do contrato:

> *"APELAÇÃO. Venda e compra de imóvel. Atraso inequívoco na entrega da obra. Ação declaratória, cumulada com pedido de indenização. Sentença de parcial procedência apenas para declarar a inadimplência da construtora. Inconformismo do autor. Acolhimento. A eficácia da cláusula de tolerância está condicionada à demonstração da ocorrência de caso fortuito externo a justificar o atraso, o que não ocorreu no presente caso. Assim, a mora da vendedora deve contar da data de entrega estabelecida no contrato. Caso de fortuito interno, ligado à própria atividade desenvolvida pela ré e que constitui risco previsível. Atraso injustificado. Devida indenização por lucros cessantes, fixada em 0,6% sobre o valor atualizado do contrato, por mês de atraso, a*

partir da mora da vendedora até a data em que o imóvel for entregue ao autor. Sentença reformada. Manutenção da sucumbência recíproca, diante do afastamento do pedido de indenização por dano moral, em Primeira Instância. Recurso parcialmente provido." (TJ/SP - AC nº 4002685-73.2013.8.26.0577 - Relator Des. **VIVIANI NICOLAU**, com a participação dos Des. **DONEGÁ MORANDINI** e **CARLOS ALBERTO DE SALLES** Data do julgamento: 23/10/2014).

A atualização será pela Tabela Prática do Tribunal de Justiça. Os juros, de 1% ao mês, serão computados a partir da citação, tendo em vista que a situação retrata hipótese de responsabilidade contratual.

Nesse sentido:

COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA - Ação indenizatória - Atraso na finalização da obra e na entrega das chaves, inclusive para além do prazo de tolerância de 180 dias contratualmente previsto - Inadimplemento contratual por culpa da ré - Excludente de responsabilidade não configurada - Complicações observadas são inerentes à construção imobiliária, sendo plenamente abarcadas pelo risco da atividade - Atraso no trâmite para obtenção do financiamento bancário decorrente de culpa da própria ré - Atraso na entrega do bem adquirido que compeliu os autores, compromissários compradores, ao pagamento de aluguel de outro imóvel, para moradia - Dano material caracterizado - Reembolso da quantia paga a título de recolhimento de ITBI - Cabimento - Não observância do fato gerador do tributo - Compromisso de compra e venda não registrado - Devolução de despesas condominiais pagas antes da entrega das chaves - Cabimento - Termo inicial do cômputo dos juros moratórios sobre a indenização a título de dano material - Fixação desde cada desembolso - Descabimento - Responsabilidade contratual - Termo a quo correspondente à citação - Indenização por danos morais indevida - Autores que não provaram danos aos direitos da personalidade - Inadimplemento contratual que enseja mero aborrecimento - Sucumbência recíproca, com redistribuição do respectivo ônus - Recurso provido em parte (Apel. nº 0119312-44.2012.8.26.0100, TJSP, 1ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. **RUI CASCALDI**, j. em 05.08.2014, registro nº 2014.0000464338).

Neste ponto, é provido o recurso para condenar a apelada ao pagamento de indenização a título de lucros cessantes, arbitrada em 0,6% do valor atualizado do contrato por cada mês de atraso na entrega do imóvel. Estes valores serão acrescidos de juros moratórios de 1% ao mês a partir da citação.

6. Da restituição das "taxas condominiais" e tributos pagos antes da imissão na posse

Os apelantes afirmam que foram compelidos a arcar com contribuições condominiais, IPTU e taxa de coleta de resíduos relativos a período anterior à

Acesso ao Sumário

sua imissão na posse do imóvel, requerendo sua restituição.

A orientação jurisprudencial, notadamente do Colendo Superior Tribunal de Justiça, é no sentido de que a responsabilidade do comprador pelas despesas condominiais somente se inicia quando é imitido na posse do bem.

Conferir, nesse sentido:

"RECURSO ESPECIAL - DESPESAS CONDOMINAIS - TRANSFERÊNCIA DA POSSE EM VIRTUDE DE CONTRATO DE PROMESSA DE COMPRA E VENDA NÃO REGISTRADO - PROMISSÁRIO-COMPRADOR - IMISSÃO NA POSSE, COM O PLENO CONHECIMENTO DO CONDOMÍNIO - LEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM *- REGISTRO - DESINFLUÊNCIA - RECURSO ESPECIAL PROVIDO.*

*I - A teor da jurisprudência desta a. Corte, a responsabilidade pelas despesas de condomínio, ante a existência de promessa de compra e venda, pode recair tanto sobre o promissário-comprador quanto sobre o promitente-vendedor, a depender das circunstâncias do caso concreto (*ut *EREsp nº 136.389/MG, Relator o Senhor Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJ de 13/9/99);*

II - Esclareça-se, entretanto, que, com tal assertiva, não se está a afirmar que a legitimação passiva ad causam *da ação que objetiva o adimplemento das despesas condominiais ficará, em qualquer hipótese, ao alvedrio do autor da ação, que poderá optar, aleatoriamente, pelo promitente-vendedor ou pelo compromissário-comprador, tal como entenderam as Instâncias ordinárias. Na verdade, revela-se necessário aferir com quem, efetivamente, restou estabelecida a relação jurídica material;*

III - Como é de sabença, as despesas condominiais, assim compreendidas como obrigações propter rem*, são de responsabilidade, em princípio, daquele que detém a qualidade de proprietário do bem, ou, ainda, de titular de um dos aspectos da propriedade, tais como a posse, o gozo ou a fruição;*

IV - Não há, assim, qualquer relevância, para o efeito de se definir a responsabilidade pelas despesas condominiais, se o contrato de promessa de compra e venda foi ou não registrado, pois, conforme assinalado, não é aquele que figura, no registro, como proprietário, que, necessariamente, responderá por tais encargos;

V - Para a correta definição do responsável pelos encargos condominiais, em caso de contrato de promessa de compra e venda, deve-se aferir, pontualmente, se houve efetiva imissão na posse por parte promissário-comprador (ainda que em caráter precário) e se o condomínio teve ou não o pleno conhecimento desta. Presentes tais circunstâncias, a responsabilidade pelas despesas condominiais deve ficar a cargo do promissário-comprador, no período em que tiver exercido a posse do

Acesso ao Sumário

bem imóvel;

VI- Recurso Especial provido" (REsp 1.079.177/MG, Rel. Ministro **MASSAMI UYEDA**, TERCEIRA TURMA, julgado em 02/06/2011, DJe 17/06/2011).

Com amparo na orientação referida, é de rigor a restituição dos valores pagos pelo comprador durante o tempo em que não estava imitido na posse do imóvel.

A mesma lógica se aplica também às obrigações tributárias *propter rem* relacionadas ao imóvel, tais como o IPTU e a taxa de coleta de resíduos.

Neste sentido, é firme o posicionamento desta câmara:

"COMPRA E VENDA. IMÓVEL. ATRASO NA ENTREGA. LUCROS CESSANTES. MULTA CONTRATUAL. DESPESAS PROPTER REM. Sentença de parcial procedência, reconhecida a mora das rés, condenadas em indenizarem lucros cessantes dos autos, em R$ 2.050,20 (dois mil e cinquenta reais e vinte centavos) por mês de atraso, a pagarem multa contratual de 2% (dois por cento) do valor do contrato, e em ressarcirem as despesas condominiais e de IPTU no período de atraso. Irresignação exclusiva das rés. Reforma em parte.

(...)

4. Despesas condominiais e demais despesas propter rem. Ressarcimento. Cobrança anterior à imissão na posse. Previsão contratual de repasse dos valores, a partir da expedição do "Habite- se". Impossibilidade. Abusividade do repasse ao comprador antes da entrega das chaves. ***Ressarcimento de tributos pagos que decorrem da vedação ao enriquecimento sem causa, que teriam as apelantes, culpadas pela rescisão do contrato****. Devolução mantida. Sentença parcialmente reformada, apenas para afastar a condenação das rés no pagamento de multa contratual. Mantidos os demais capítulos da sentença. Sucumbência recíproca mantida. Recurso provido em parte"* (Apelação nº 0013929-60.2011.8.26.0020, 3ª Câmara de Direito Privado, Rel. Desembargador **CARLOS ALBERTO DE SALLES**, com a participação dos Des. **DONEGÁ MORANDINI** e **EGIDIO GIACOIA**; Data do julgamento: 22/10/2015 destaque não original).

Desta forma, o recurso é provido, neste ponto, para condenar a ré à devolução dos valores pagos a título de contribuições condominiais, IPTU, e taxa de coleta de resíduos anteriores à imissão na posse. Os valores deverão ser acrescidos de correção monetária, desde cada desembolso, de acordo com a Tabela Prática deste Tribunal, além de juros de mora de 1% ao mês a partir da citação.

7. Dos danos morais

Os apelantes pugnam pela procedência de seu pedido, pela condenação da ré ao pagamento de indenização por danos morais no valor de R$ 23.592,91.

Acesso ao Sumário

Com efeito, as peculiaridades do caso concreto indicam que não houve um simples aborrecimento.

SÉRGIO CAVALIERI FILHO (*"Programa de Responsabilidade Civil"*, Malheiros, 2ª ed., n. 19.4) afirma que "*só deve ser reputado dano moral a dor, vexame, sofrimento ou humilhação que, fugindo à normalidade, interfira intensamente no comportamento psicológico do indivíduo, causando-lhe aflições, angústia e desequilíbrio em seu bem-estar. Mero dissabor, aborrecimento, mágoa, irritação ou sensibilidade exacerbada está fora da órbita do dano moral*".

Para que se possibilite indenização por dano moral, é necessário que ocorram os pressupostos da responsabilidade civil, ou seja, o dano moral indenizável exige a conjugação de fatores (dano, ilicitude e nexo de causalidade).

O dano moral tem por escopo indenizar quem efetivamente sofreu angústia, desgosto ou passou por situação vexatória; algo que efetivamente macula a dignidade da pessoa.

Entendo presentes, no caso concreto, esses requisitos, porque os compradores se viram privados do imóvel por cerca de nove meses em razão do injustificado atraso na expedição de documentos fundamentais à realização do financiamento e à entrega da obra. A situação ultrapassa o limite do mero aborrecimento decorrente de inadimplemento contratual.

É certo que o *quantum* indenizatório deve refletir justa reparação, atendendo-se ao prudente arbítrio do julgador, em patamar razoável, considerando especialmente à gravidade da conduta lesiva e de suas consequências, e, bem assim, à capacidade econômico-financeira do agressor, sem, contudo, implicar vedado enriquecimento sem causa por parte da vítima da ofensa.

Reputa-se razoável o valor de **R$ 10.000,00**, quantia que não destoa do que é usualmente balizado por esta Câmara em circunstâncias assemelhadas:

> *"COMPROMISSO DE VENDA E COMPRA DE BEM IMÓVEL. AÇÃO DE ENTREGA DE COISA C.C. INDENIZAÇÃO POR DANO MATERIAL E MORAL. 1.- Mora contratual. Incontroverso atraso na entrega do imóvel comprometido à venda ao autor. Existência de caso fortuito ou força maior não demonstrados. Embargo da obra, por seu turno, inserido na cadeia produtiva desenvolvida pelas requeridas. Desenvolvimento da atividade profissional que importa na assunção de riscos (Apelação Cível nº 4023025-69.2013.8.26.0114, de minha Relatoria). Parcial inadimplemento contratual que autoriza o congelamento do saldo devedor. Acréscimos, caso inexistente o atraso na execução das obras, que não seriam aplicados ao débito originário. Admissibilidade, ainda, da condenação das rés ao pagamento de danos emergentes (alugueis). Verbas indevidas caso admitida a ocupação do imóvel. Aplicação da multa contratual por equidade.*

Acesso ao Sumário

Impossibilidade. Ausência de prévia pactuação quanto à penalidade. Precedente do Superior Tribunal de Justiça (REsp 1355554/RJ, Rel. Min. Sidnei Beneti) e desta Turma Julgadora (Embargos Infringentes nº 0009595.24.2012.8.26.0577, desta Relatoria). 2.- Indenização por danos morais. Configuração. Atraso na entrega da unidade que importou em desequilíbrio emocional do adquirente. Circunstância apta a caracterizar lesão extrapatrimonial. Valor da indenização (R$-10.000,00). Majoração ou redução afastadas. Montante ajustado aos precedentes da Câmara e estabelecido segundo o disposto no art. 944 do CC (Apelação Cível nº 4012749-76.2013.8.26.0114, de minha Relatoria). SENTENÇA EM PARTE REFORMADA. APELO PARCIALMENTE PROVIDO. (AC 0054467-58.2012.8.26.0114 - Relator(a): **DONEGÁ MORANDINI** - 3ª Câmara de Direito Privado - Data do julgamento: 10/12/2014).

A correção monetária do valor da indenização incide a partir data do arbitramento da indenização, ou seja, a partir da sentença recorrida (Súmula 362 do STJ). Tratando- se de responsabilidade contratual, os juros se contam a partir da citação.

Neste ponto, o recurso é provido, dando- se procedência parcial ao pedido dos autores, para condenar a apelada ao pagamento de indenização por danos morais, no importe de R$ 10.000,00.

8. Da sucumbência.

Com a reforma da sentença, as pretensões dos apelantes foram acolhidas quase integralmente, sendo forçoso reconhecer a sucumbência maior da ré, que deverá arcar com as custas, despesas processuais e honorários advocatícios do patrono dos autores, os quais são arbitrados em 15% sobre o valor da condenação, na forma do art. 20, §3º do CPC.

Conclusão

O recurso é parcialmente provido, para: **a)** reconhecer a ocorrência de mora na entrega do imóvel, de **1º de setembro de 2012 a 25 de junho de 2013**; **b)** condenar a ré a pagar aos autores indenização a título de lucros cessantes, fixada em 0,6% do valor atualizado do contrato por cada mês de atraso na entrega do imóvel, acrescido de juros moratórios de 1% ao mês a partir da citação; **c)** condenar a ré a ressarcir os valores gastos pelos apelantes com contribuições condominiais, IPTU e taxa de coleta de resíduos relativos a período anterior à sua imissão na posse; **d)** condenar a ré ao pagamento de indenização por danos morais, arbitrada em R$ 10.000,00.

Por derradeiro, para evitar a costumeira oposição de embargos declaratórios voltados ao prequestionamento, tenho por ventilados, neste grau de jurisdição, todos os dispositivos legais citados no recurso interposto. Vale lembrar que a função do julgador é decidir a lide e apontar, direta e objetivamente, os fundamentos que, para tal, lhe foram suficientes, não havendo

Acesso ao Sumário

necessidade de apreciar todos os argumentos deduzidos pelas partes, um a um. Sobre o tema, confira-se a jurisprudência (STJ, EDcl no REsp nº 497.941/RS, Rel. Min. **Franciulli Netto**, publicado em 05/05/2004; STJ, EDcl no AgRg no Ag nº 522.074/RJ, Rel. Min. **Denise Arruda**, publicado em 25/10/2004).

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

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0000357-90.2013.8.26.0400, da Comarca de Olímpia, em que é apelante ESCRITÓRIO CENTRAL DE ARRECADAÇÃO E DISTRIBUIÇÃO - ECAD, é apelado MITRA DIOCESANA DE BARRETOS (JUSTIÇA GRATUITA).

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 8ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 13540)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores SILVÉRIO DA SILVA (Presidente) e GRAVA BRAZIL.

São Paulo, 9 de março de 2016.

PEDRO DE ALCÂNTARA DA SILVA LEME FILHO, Relator

Ementa. Apelação. Ação declaratória de inexigibilidade de débito a título de direitos autorais por músicas executadas. Procedência. Inconformismo da ré. Evento público promovido por entidades religiosas. Festa religiosa, beneficente e popular. Não incidência da cobrança. Art. 46 da lei de regência que contém rol exemplificativo. Previsão expressa de exclusão para hipóteses em que não há lucro comercial no evento fiscalizado. Precedentes. Sentença mantida por seus próprios fundamentos. Apelo improvido.

Acesso ao Sumário

VOTO

Apelação interposta contra a sentença de fls. 86/87, cujo relatório se adota, que julgou procedente ação declaratória de inexigibilidade de débito.

Recorre o réu pelas razões de fls. 95/109.

Recurso tempestivo, preparado, recebido a fl. 147 e respondido (fls. 152/162).

É o relatório.

Julgamento conjunto com a Apelação nº 0010744-04.2012.8.26.0400, a que esta se apensa.

Trata-se de ação declaratória de inexigibilidade de débito movida pela Mitra Diocesana de Barretos visando suspender a exigibilidade de débito no valor de R$ 5.404,07 a título de direitos autorais pelas músicas executadas nos dias 27 e 28 de outubro de 2012, evento gratuito e sem fins lucrativos.

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 E. Tribunal de Justiça, que dispõe: *Nos recursos em geral, o relator poderá limitar-se a ratificar os fundamentos da decisão recorrida, quando, suficientemente motivada, houver de mantê-la*.

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

Com efeito, a cobrança é indevida. A Lei 9.610/1998 garante o pagamento de direitos autorais por quem explora obra artística alheia com intuito lucrativo, ainda que de forma indireta.

A apelada é uma entidade religiosa, cuja atividade restringe-se à propagação da religião e à filantropia. Não há intuito de lucro na realização de missas, quermesses e eventos religiosos correlatos, de qualquer religião ou seita.

Este é o entendimento do extraído do inc. VI do art. 46 da lei supracitada, que autoriza excluir a incidência das cobranças quando o evento não tenha intuito de lucro, autorizada a leitura extensiva da regra pela jurisprudência do E. Superior Tribunal de Justiça (EResp 111.991, rel. Min. Menezes Direito; REsp 225.535/SP, rei. Min. Ari Pargendler; REsp 123.067/SP - rel. Min. Menezes Direito; REsp 232.175/SP, rel. Min. Ruy Rosado Aguiar).

Em caso análogo, o C. Superior Tribunal de Justiça vetou a cobrança de direito autoral pelo Ecad, de músicas executadas em eventos religiosos, gratuitos e sem fins lucrativos, sob o fundamento de que a execução de músicas em eventos desse tipo não prejudica a exploração comercial de obras (REsp 964404/ES, Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, Julgado em 15/03/2011, DJe 23/05/2011).

Acesso ao Sumário

Também neste sentido a jurisprudência deste Tribunal:

"*Direito autoral. Sonorização de festa religiosa beneficente. Evento promovido por igreja, sem intuito lucrativo. Ação declaratória, anterior, movida pela ora ré contra a autora, julgada procedente, para reconhecer a possibilidade de realização do evento sem pagamento de direitos autorais. Matéria já apreciada por este Tribunal. Sentença mantida. Recurso desprovido.*" (TJSP - AP 0033349-87.2006.8.26.0000, 1ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Claudio Godoy, j. 25/10/2011).

"Apelação Cível. Ação declaratória. Festa sem fins lucrativos, realizada pela Paróquia de São Sebastião, sendo de lazer para a população local, sem cobrança de ingressos. Não caracterização de lucro. Sonorização sem proveito econômico. Afastada a cobrança de direitos autorais e a necessidade de autorização Manutenção da r. Sentença. Nega-se provimento ao recurso." (TJSP - AP 9119424-73.2006.8.26.0000, 5ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Christine Santini, j. 06/07/2011).

Consoante ponderou o i. sentenciante que: "*... No mérito, o pedido inicial é procedente. A leitura do inc. VI do art. 46 da lei de regência autoriza excluir a incidência das cobranças quando o evento não tenha intuito de lucro, autorizada a leitura extensiva da regra pela jurisprudência do E. Superior Tribunal de Justiça, confira-se: EResp 111.991, rel. Min. Menezes Direito; REsp 225.535/SP, rel. Min. Ari Pargendler; REsp 123.067/SP - rel. Min. Menezes Direito; REsp 232.175/SP, rel. Min. Ruy Rosado Aguiar. Além disso, nos autos da Apelação nº 0009226-84.2007.8.26.0066, da Comarca Barretos, rel. Des. João Pazine Neto, assim fundamentou seu voto, com inteira aplicação ao caso em apreço: 'Os eventos religiosos são geralmente abertos ao público, sem a cobrança de ingresso e o lucro que se extrai com a venda de bebidas ou comidas deve ser destinado ao próprio sustento da obra religiosa e da comunidade que vive no entorno. Inexistindo, dessa forma, qualquer proveito econômico derivado dos eventos, nada é devido ao Apelado, como entidade arrecadadora dos direitos correspondentes. É o que se extrai do disposto pelo artigo 68 da Lei n. 9.610 de 1998, que supõe para a sua incidência a cobrança de ingresso do público, que, por força do parágrafo 5º, serviria de base de cálculo do valor eventualmente devido ao Apelado'. Desse modo, acobertada pela impossibilidade de cobrança dos direitos autorais relacionados com festividade sem fim lucrativo, a declaração de inexistência do débito é medida que se impõe*" (fl. 86, verso - apenso).

Portanto, nada mais é preciso para manter a r. em sua integralidade.

Por derradeiro e conforme anotado por Theotonio Negrão:

"*O juiz não está obrigado a responder todas as alegações das partes, quando já tenha encontrado motivo suficiente para fundamentar a decisão,*

nem se obriga a ater-se aos fundamentos indicados por elas e tampouco a responder um a um todos os seus argumentos (JTJ 259/14). No mesmo sentido RJM 189/207 (AP 1.0024.06.121691-7/001.)" *in* Código de Processo Civil e legislação processual em vigor, 44ª edição, Editora Saraiva, 2012, pág. 520.

Para fins de prequestionamento, observo que a solução da lide não passa necessariamente pela restante legislação invocada e não declinada. Equivale a dizer que se entende estar dando a adequada interpretação à legislação invocada pelas partes, despicienda a menção explícita de dispositivos uma vez encontrada a fundamentação necessária, consoante entendimento consagrado no Eg. Superior Tribunal de Justiça.

Ante o exposto, meu voto nega provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1008501-95.2015.8.26.0002, da Comarca de São Paulo, em que é apelante CHRISTIAN PAULINO DA SILVA ARROYO (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado ITURAN SERVIÇOS.

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 20.458)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores PAULO ALCIDES (Presidente sem voto), JOSÉ ROBERTO FURQUIM CABELLA e VITO GUGLIELMI.

São Paulo, 9 de março de 2016.

EDUARDO SÁ PINTO SANDEVILLE, Relator

Ementa: Exibição de documentos - Honorários advocatícios - Aplicação do art. 20, § 4°, do Código de Processo Civil - Princípio da causalidade - Honorários advocatícios devidos pela ré - Recurso provido.

VOTO

Ação cautelar de exibição de documentos julgada parcialmente procedente pela r. sentença de fls. 48/49, de relatório adotado, para condenar a ré à exibição dos documentos mencionados na inicial.

Recorre o autor, forte na alegação de que a apelada deu causa à lide e deve

Acesso ao Sumário

ser condenada ao pagamento integral das verbas de sucumbência.

Recurso isento de preparo, respondido (fls. 95/100), com preliminar de não conhecimento por falta de fundamentação.

É o relatório, em acréscimo ao da sentença.

Por primeiro, conheço do recurso porque ele preenche os requisitos do artigo 514, II, CPC. Eventual ausência de fundamentos jurídicos para reforma da decisão tem como consequência o não provimento do recurso.

Além disso, "*A repetição ou a reiteração de argumentos anteriores, por si só, ainda que possa constituir praxe desaconselhável, não implica na inépcia do recurso, salvo se as razões do inconformismo não guardam relação com os fundamentos da decisão recorrida*" *(STJ-3ª t., REsp 536.581, Min. Castro Filho, j. 16.12.03, DJU 10.2.04)*. (Theotonio Negrão *in* Código de Processo Civil comentado e legislação processual em vigor. São Paulo: Saraiva, 42ª Ed., p. 625).

Isto superado, passo a analisar o que mais se alegou.

Cuida-se de ação cautelar de exibição de documentos por meio da qual pretende o autor a exibição de documentos referentes a débito em seu nome, inscrito junto a serviços de proteção ao crédito (fls. 16).

A documentação foi trazida aos autos pela requerida em fls. 41/47.

Diante disso, o juízo monocrático deu parcial procedência à lide, reconhecendo a sucumbência recíproca.

Daí o recurso, que merece provimento.

Alega o apelante ter diligenciado junto à ré com o objetivo de obter os documentos requeridos. Ainda que assim não fosse, não é pressuposto para ajuizamento da demanda o prévio esgotamento da esfera extrajudicial, diante da inafastabilidade do Poder Judiciário.

Neste sentido:

"MEDIDA CAUTELAR - Exibição de Documentos - Preliminar de carência de ação afastada - Presença do interesse de agir - Desnecessidade de prévio pedido administrativo - Inafastabilidade do livre acesso à Justiça - Viabilidade da via eleita - Dever da instituição financeira de apresentar documentos que detém em relação a seus clientes - Fixação de multa diária - Descabimento - Súmula nº 372 do STJ - Verba honorária que merece reduzida, uma vez que a demanda não guarda complexidade e vem na esteira de inúmeras outras idênticas - Incidência do art. 20, § 4º do CPC, pelo que a reduzo para R$ 700,00 (setecentos reais) - Sentença parcialmente reformada - Recurso parcialmente provido" (Apelação nº 0027628- 93.2012.8.26.0405/ Osasco, rel. Des. Manoel Mattos, j. em 19.11.2013)

Acesso ao Sumário

E a cautelar de exibição tem natureza contenciosa e se sujeita aos princípios comuns da sucumbência.

Nesse quadro, diante do reconhecimento jurídico do pedido (fls. 41/47), deve responder a ré pelos ônus da sucumbência, em face do princípio da causalidade e do art. 26 do Código de Processo Civil.

Nesse sentido:

"*É firme a orientação deste sodalício no sentido de que, na ação cautelar de exibição de documentos, é devida a condenação da parte ré ao pagamento dos honorários advocatícios em nome do princípio da causalidade. Com efeito, em vista da resistência do requerido a exibir extrajudicialmente o documento, foi o autor obrigado a constituir advogado para ingressar em juízo, a fim de ver satisfeito o seu direito. Precedentes: REsp 533.866/RS, Relator Min. Aldir Passarinho Júnior, DJU 31/05/2004, e REsp 168.280/MG, Relator Min. Carlos Alberto Menezes Direito, DJU 10/05/1999. 'Não se conhece do recurso especial pela divergência, quando a orientação do tribunal se firmou no mesmo sentido da decisão recorrida' (Súmula n. 83 do STJ). Recurso especial não-conhecido*" (STJ - REsp 490691/SC - Segunda Turma, Relator: Min. Franciulli Netto, j. em 17.06.2004)

E o CPC, em seu art. 20, parágrafo 3º, dispõe que os honorários serão fixados entre o mínimo de 10% e o máximo de 20% sobre o valor da condenação, ponderado o grau de zelo profissional, o lugar da prestação de serviço, a natureza e importância da causa, o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço.

Dispõe também, em seu parágrafo 4º, que em se tratando de lide em que não houve condenação ou de causas de pequeno valor, os honorários advocatícios devem ser fixados consoante apreciação equitativa pelo juiz, atendidas as normas das alíneas "a", "b" e "c" do parágrafo anterior.

No caso dos autos, não havendo condenação, deve a apelada arcar com os honorários advocatícios, que fixo em R$ 800,00, quantia que remunera de forma condigna o trabalho desenvolvido pelos profissionais e observa a simplicidade da causa, nos termos do citado art. 20, § 4º.

Diante do exposto, dou provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0005759-33.2011.8.26.0236, da Comarca de Ibitinga, em que é apelante/apelado

Acesso ao Sumário

UNIMED DE IBITINGA - COOPERATIVA DE TRABALHO MÉDICO, é apelado/apelante SILMÉIA VIEIRA DE ALMEIDA (JUSTIÇA GRATUITA) e Apelado FUNDAÇÃO DR. AMARAL CARVALHO.

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 interposto pela denunciada UNIMED e deram provimento ao recurso da ré-denunciante. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto 11940)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores LUIS MARIO GALBETTI (Presidente), MARY GRÜN e RÔMOLO RUSSO.

São Paulo, 17 de março de 2016.

LUIS MARIO GALBETTI, Relator

Ementa: Ação monitória - Despesas médico-hospitalares - Cerceamento de defesa - Inocorrência - Denunciação da lide atribuindo a responsabilidade do pagamento ao plano de saúde - Possibilidade ante eventual direito regressivo por obrigação legal ou contratual - Negativa de cobertura de procedimento - Inadmissibilidade - Tratamento adequado à enfermidade deve ser indicado pelo médico e não pelo plano de saúde - Despesas que devem ser pagas diretamente pela denunciada - Manutenção dos honorários advocatícios arbitrados em R$ 1.200,00 - Recurso da denunciada UNIMED não provido - Recurso da ré-denunciante provido.

VOTO

1. Trata-se de apelações interpostas contra sentença que julgou procedente ação monitória, constituindo, de pleno direito, o título executivo judicial no valor de R$ 2.331,94, condenada a embargante ao pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios arbitrados em 20% do valor atualizado da condenação, julgada procedente a denunciação da lide para o fim de condenar a UNIMED IBITINGA a reembolsar à embargante as despesas médicas que forem pagas por ela, bem como dos valores pagos pela ré a título de honorários advocatícios, condenada a denunciada ao pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios decorrentes da demanda secundária em R$ 1.200,00.

Apela a denunciada UNIMED IBITINGA, alegando, preliminarmente: a) houve cerceamento de defesa, pois protestou pela realização da prova oral

Acesso ao Sumário

e documental a fim de comprovar que o procedimento cirúrgico solicitado pela paciente não era compatível com seu quadro clínico; e b) não é possível a denunciação da lide em ação monitória.

Segue alegando: a) não há qualquer responsabilidade do plano de saúde de arcar com o pagamento ou ressarcimento dos serviços médico-hospitalares prestados à ré-denunciante; b) a negativa de cobertura do procedimento foi totalmente legítima e legal, pois o procedimento realizado não era compatível com o quadro clínico da paciente; c) não há cobertura contratual para o procedimento realizado; e d) subsidiariamente, os honorários advocatícios devem ser reduzidos.

A ré/denunciante também alegou, em sede preliminar, cerceamento de defesa, pois solicitou perícia para averiguar a relação entre os preços cobrados pelos procedimentos realizados e materiais utilizados com aqueles praticados pelo mercado, a fim de constatar eventual abuso do hospital.

Prossegue com a apelação, alegando: a) a responsabilidade do plano de saúde denunciado é solidária; b) o convênio médico deve pagar o débito diretamente ao hospital; e c) deve ser reconhecida a responsabilidade solidária de todas as unidades da UNIMED ao pagamento do débito, ou, ao reembolso das despesas que tiver que suportar.

Os recursos foram recebidos (fl. 364) e contrarrazoados (fls. 369/373, 374/377, 380/388 e 389/393).

2. Trata-se de ação monitória visando o recebimento da quantia de R$ 2.331,94 da ré SILMÉIA. O débito refere-se ao atendimento médico-hospitalar denominado "ureterolitotripsia transeruteroscopica", prestados nos dias 27/28 e 29 de junho de 2011.

A autora alega que a ré foi internada na condição de segurada do plano de saúde da UNIMED, mas, mesmo assim, assinou um termo de responsabilidade pelo pagamento das despesas médico-hospitalares na hipótese de seu convênio não dar cobertura do tratamento. Como a negativa do plano de saúde se concretizou a ré se tornou a legítima devedora dos gastos relativos aos serviços prestados.

Inicialmente, afasto a alegação de cerceamento de defesa, pois a matéria era de direito e de fato, com prova documental em relação a esta última e o juiz dispunha de elementos suficientes para proferir o julgamento antecipado, sem a necessidade de produção de outras provas.

Conforme entendimento do STJ: "O art. 131, do CPC consagra o princípio da persuasão racional, habilitando-se o magistrado a valer-se do seu convencimento, à luz dos fatos, provas, jurisprudência, aspectos pertinentes ao tema e da legislação que entender aplicável ao caso concreto constantes dos autos, rejeitando diligências que delongam desnecessariamente o julgamento,

Acesso ao Sumário

atuando em consonância com o princípio da celeridade processual" (REsp nº 474475/SP, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 16/12/2003, DJ 25/02/2004, p. 102).

A alegação da apelante-denunciada de que pretendia demonstrar a incompatibilidade do procedimento oferecido com aquele que a patologia da paciente reclamava não prospera.

O tratamento adequado à enfermidade deve ser indicado pelo médico - como efetivamente aconteceu (conferir - fl. 56) - e não pelo plano de saúde.

Já decidiu o Superior Tribunal de Justiça que: "O plano de saúde pode estabelecer quais doenças estão sendo cobertas, mas não que tipo de tratamento está alcançado para a respectiva cura". (REsp 668.216/SP, Rel. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, julgado em 15/03/2007).

O pedido de realização de perícia para investigar a pertinência dos custos cobrados pelos serviços prestados e materiais utilizados com os preços praticados no mercado também não merece acolhida.

Cada estabelecimento hospitalar trabalha com sua própria tabela de custos.

É evidente que haverá enorme discrepância entre os custos de um hospital com maiores recursos, obviamente pela disponibilização de aparelhos de última geração, serviços de hotelaria com maior conforto, prestação de serviços por profissionais com maiores qualificações etc com aqueles de instalações mais modestas.

Aliás, vale ressaltar que a própria apelante-denunciada - detentora de *expetise* nos serviços de saúde - não se insurge com os custos envolvidos no procedimento prestado.

Por fim, é perfeitamente viável a hipótese de denunciação da lide na hipótese dos autos.

A denunciante é beneficiária da entidade denunciada, através de contrato de plano de saúde firmado pelas partes.

Dessa forma, é a legítima destinatária do objeto da avença, sendo pleno seu direito de regresso para a cobrança dos valores despendidos com o tratamento médico-hospitalar, os quais deveriam ter sido cobertos e adimplidos pelo convênio.

Nesse sentido, entendimento do Superior Tribunal de Justiça e deste Tribunal de Justiça:

> PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS À MONITÓRIA. PROCEDIMENTO ORDINÁRIO. MUDANÇA. DENUNCIAÇÃO DA LIDE. ART. 70, III, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. POSSIBILIDADE. 1. Com a oposição dos embargos pelo réu em ação

monitória, cessa a fase de cognição sumária, ordinarizando-se o rito procedimental. 2. Faz-se possível a denunciação da lide em sede de embargos à monitória ante eventual direito regressivo por obrigação legal ou contratual. 3. Recurso especial conhecido em parte e provido. (REsp 751.450/SP, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, QUARTA TURMA, julgado em 10/11/2009, DJe 22/02/2010).

RECURSO - APELAÇÃO CÍVEL - PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS HOSPITALARES - AÇÃO DE COBRANÇA - Ação objetivando o recebimento de despesas referente a prestação de serviços hospitalares - Denunciação da lide à seguradora - ADMISSIBILIDADE - Inteligência do art. 70, III, do CPC - Entendimento que se coaduna com os princípios da economia e da instrumentalidade do processo - Direito de regresso fundado em contrato celebrado entre o denunciante e a denunciada - Inexistência de risco de tumulto processual - Direito à proteção judicial por via da denunciação que não pode ser denegado - interesse público na solução de ambas as lides num único processo, o qual prevalece sobre o suposto direito do autor na solução rápida da lide - Sentença anulada - Recurso de apelação provido, com determinação. (Relator: Marcondes D'Angelo; Comarca: Santo André; Órgão julgador: 25ª Câmara de Direito Privado; Data do julgamento: 01/10/2015; Data de registro: 06/10/2015).

No mérito, os documentos que acompanham a inicial demonstram que a ré assumiu a responsabilidade de devedora principal perante o hospital caso seu plano de saúde negasse cobertura ao tratamento (conferir - fls. 64/65).

Os documentos de fls. 59/62 discriminam os custos envolvidos no atendimento, alcançando a quantia de R$ 2.331,94.

Entretanto, a apelante-denunciante não se submeteu a tratamento desta espécie por sua própria vontade, pelo contrário, o atendimento foi prestado em caráter de urgência (fl. 64).

Assim, a hipótese contempla a procedência da denunciação da lide, para que o pagamento das despesas ocorra diretamente entre a autora e a denunciada, independentemente do prévio pagamento atribuído à ré na lide principal, posto que foi reconhecida a responsabilidade do plano em arcar com tais despesas. Neste sentido:

Neste sentido já se manifestou esta Corte:

"PLANO DE SAÚDE - COBERTURA – Infante nascida prematuramente - Internação em UTI - Cobertura legal por trinta dias - Art. 12, III da Lei 6.956/98 - Excedidos nove dias em contrato particular - Interpretação conjunta com os artigos 35-C e 35-F da Lei 6.956/98 - Impossibilidade de limitação temporal - Necessidade de alta médica - Internação em decorrência do parto - Genitora assegurada pelo plano de saúde - É abusiva

Acesso ao Sumário

a limitação de tempo de internação - Súmula 302 do STJ e 92 do TJSP - Caráter emergencial - DENUNCIAÇÃO DA LIDE - Desnecessidade de cobrança primeiro dos réus para posterior reembolso do plano - Execução direta da denunciada - Cabimento - Sentença de procedência - Recurso dos réus litisdenunciantes, provido - Recurso da operadora litisdenunciada, improvido." (Apelação nº 0025305-37.2009.8.26.0562 Relator Fábio Podestá - 5ª Câmara de Direito Privado) (o grifo não é original).

"Prestação de serviços médico-hospitalares - Cobrança - Denunciação da lide - Associação - Atividade de fornecimento de serviços de cobertura médico-hospitalares mediante remuneração - Relação de consumo caracterizada - Recusa da cobertura do tratamento de hemoterapia e exame de tomografia computadorizada, alegando exclusões contratuais - Ofensa ao art. 51, § °, inciso II do CDC - Obrigações fundamentais inerentes à natureza do serviço prestado - Sentença reformada para julgar procedente a lide secundária - Possibilidade de execução direta da denunciada - Recurso parcialmente provido." (Apelação, 9104218-53.2005.8.26.0000, Relator: Manoel Justino Bezerra Filho, Comarca: São Paulo, Órgão julgador: 35ª Câmara de Direito Privado) (o grifo não é original).

Como enfatizou o d. Relator Manoel Justino Bezerra Filho no julgamento do recurso acima citado:

"Não é necessário que a apelante efetue o pagamento da dívida para que depois venha ser reembolsada em direito de regresso em face da denunciada. Esta solução atende aos fins sociais a que a lei se destina, especialmente quando a denunciante não reúne condições de cumprir a obrigação."

No mesmo sentido o entendimento do c. STJ:

"PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS MATERIAIS. DENUNCIAÇÃO DA LIDE DA SEGURADORA. ACEITAÇÃO DA DENUNCIAÇÃO E CONTESTAÇÃO DO MÉRITO. CONDENAÇÃO DIRETA E SOLIDÁRIA DA SEGURADORA. CABIMENTO. PRECEDENTES. Em demanda onde se busca a indenização de danos materiais, aceitando o litisdenunciado a denunciação feita pelo réu, inclusive contestando o mérito da causa, exsurge a figura do litisconsórcio anômalo, prosseguindo o processo entre o autor de um lado e, de outro, como litisconsortes, o denunciado e o denunciante, que poderão vir a ser condenados, direta e solidariamente, ao pagamento da indenização. Esta, nos termos da jurisprudência uníssona deste Tribunal, é a interpretação a ser dada ao preceito contido no artigo 75, inciso I, do Código de Processo Civil.

Acesso ao Sumário

Recurso especial provido." (REsp 686762/RS 3ª Turma - Rel. Min. Castro Filho j. 26.11.06, DJ 18.12.06, p. 368).

Não parece justo que a execução desta decisão não possa ocorrer diretamente da autora contra a denunciada, considerando, ademais, que a ré é beneficiária da justiça gratuita (conferir fls. - 164/168 e 171), sendo intuitiva a ausência de condições financeiras de despender valores a serem posteriormente ressarcidos.

Por fim, a redução dos honorários advocatícios decorrentes da demanda secundária arbitrados em R$ 1.200,00 não remuneraria condignamente o procurador da ré-denunciante. Além disso, foram arbitrados com moderação e de acordo com os parâmetros do artigo 20, §4º, do Código de Processo Civil.

3. Ante o exposto e tudo mais que dos autos consta, NEGO PROVIMENTO ao recurso interposto pela denunciada UNIMED e DOU PROVIMENTO ao recurso da ré-denunciante para o fim de condenar a denunciada UNIMED DE IBITINGA ao pagamento da importância de R$ 2.331,94, diretamente ao hospital autor, referente aos serviços médico-hospitalares prestados à ré-denunciante.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0053267-82.2012.8.26.0577, da Comarca de São José dos Campos, em que são apelantes EDUARDO ROUBAUD NETO e DANIELA PISANI ROUBAUD, é apelado BNI INDICO DESENVOLVIMENTO IMOBILIÁRIO LTDA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 7ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Por maioria, de votos deram provimento em parte ao recurso, vencido o revisor, que fará declaração de voto", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 15/19044)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores LUIS MARIO GALBETTI (Presidente) e MARY GRÜN.

São Paulo, 7 de março de 2016.

MIGUEL BRANDI, Relator

Ementa: COMPRA E VENDA - Atraso na entrega do imóvel - Ação de indenização pelos materiais - Sentença de parcial procedência - Apelo dos autores - MULTA do art. 18 do CPC – Afastamento - Impossibilidade - Interposição de quatro embargos

Acesso ao Sumário

de declaração sucessivos pelos autores, no intuito de impedir o trânsito em julgado de decisão contrária aos seus interesses.

MULTA CONTRATUAL - Cabimento, em razão do comprovado atraso na entrega do imóvel - Existência de previsão de multa para os compradores - Cabível a aplicação por analogia, das mesmas penalidades previstas para a hipótese de inadimplência dos adquirentes, sob pena de desequilíbrio contratual - Sentença reformada para incluir os juros mensais de 1% do valor do imóvel ao mês (cláusula 5.1 do contrato), até a data da entrega das chaves.

LUCROS CESSANTES - Danos materiais devidos - Dever de pagar aluguéis, fixados em 0,5% ao mês, durante o período de mora, sobre o valor atualizado do contrato - Termo final da mora - Entrega das chaves - RECURSO PROVIDO EM PARTE.

VOTO

Trata-se de apelação contra a sentença de fls. 178/181 que julgou parcialmente procedente a ação de indenização por danos materiais a fim de condenar a ré ao pagamento de multa contratual, equivalente a 2% do valor do imóvel na data da entrega das chaves, com correção monetária pela Tabela Prática desse Tribunal desde o ajuizamento da ação e juros de mora de 1% ao mês desde a citação.

A decisão não acolheu o pedido de indenização pelos lucros cessantes. Pela sucumbência recíproca, as custas processuais foram divididas, devendo cada parte arcar com os honorários de seu próprio patrono.

Os embargos de declaração dos autores (fls. 187/195, 202/205, 210/213 e 216/220) foram rejeitados pelas decisões de fls. 196/197, 206/207, 214 e 221, respectivamente, sendo os requerentes condenados à multa de 1% do valor da causa, nos termos do art. 18 do Código de Processo civil, pela última decisão.

Acesso ao Sumário

Inconformados, apelam os autores (fls. 226/246), buscando a inversão do resultado. Preliminarmente, pugnam pelo afastamento da multa aplicada, alegando que os embargos de declaração que opuseram não tinham efeitos protelatórios, mas buscavam apenas sanar omissão existente na sentença. Sustentam o inadimplemento contratual da ré, decorrente do atraso injustificado na entrega da obra. Alegam que a condenação à multa deve se dar nos mesmos moldes fixados para a hipótese de inadimplemento do comprador (cláusula 5.1 do contrato), em observância ao princípio da equidade, de modo que deve ser

incluído na condenação os juros de 1% do valor do imóvel ao mês. Requerem a condenação da ré ao pagamento dos lucros cessantes, no valor de R$ 3.950,00 mensais a partir do início da mora, até a efetiva entrega do imóvel, que ocorreu em 13/06/2012, argumentando que o valor indicado é compatível com o valor médio de aluguel de imóvel similar na região.

Recurso preparado (fl. 247), recebido (fl. 251) e respondido (fls. 255/280).

Os autos chegaram nesse Tribunal em 04/08/2015 (fl. 184), sendo a mim distribuídos em 28/08/2015 (fl. 185).

É o relatório.

Inafastável a multa do art. 18 do CPC[1].

Isso porque os autores opuseram quatro embargos de declaração sucessivamente, sendo nítido o caráter protelatório do recurso.

Em caso análogo já decidiu esta Corte:

"EMBARGOS DE DECLARAÇÃO DIRECIONADOS CONTRA ACÓRDÃO TAMBÉM PROFERIDO EM EMBARGOS DE DECLARAÇÃO - RESISTÊNCIA INJUSTIFICADA - LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ RECONHECIDA - INTELIGÊNCIA DO ART. 17, INCISOS VI e VII, DO CPC - IMPOSIÇÃO DE MULTA NOS TERMOS DO ART. 18 DO CPC. O vezo de apontar erros, omissões, obscuridades ou contradições nos acórdãos, como técnica de rediscutir matéria já julgada, o que se acentuou a partir da vigência da Lei 8.950/94 em face da interrupção do prazo para a interposição de outros recursos (art. 538 do CPC), não deve ser tolerado pelo Poder Judiciário pois, se não for assim, poderá a parte, opondo sucessivos declaratórios, eternizar a demanda impedindo o trânsito em julgado de decisão contrária aos seus interesses".(Emb. de Decl. nº 0271996-94.20111.8.26.0000 - Comarca: São Paulo - Rel. Des. Renato Sartorelli - 26ª Câm. de Dir. Priv. - j. em 13/06/2012).

No mais, têm razão os apelantes quando reclamam da multa aplicada em razão da inadimplência da ré.

Com relação à possibilidade de condenação da ré ao pagamento da multa contratual, compartilho do entendimento de que o fato do contrato não prever expressamente a multa contratual/moratória em face da requerida, não a exclui de tal encargo, caso a mora ou inadimplemento seja dela.

Como é cediço, havendo previsão contratual de incidência da referida multa para o caso de descumprimento contratual por parte do adquirente (cláusula 5.1. - fls. 13), permite-se, por analogia, a aplicação de tal penalidade em face das vendedoras, em caso de mora ou inadimplemento por sua parte, como requerido na inicial.

1 Art. 18 do CPC - O juiz ou tribunal, de ofício ou a requerimento, condenará o litigante de má-fé a pagar multa não excedente a um por cento sobre o valor da causa e a indenizar a parte contrária dos prejuízos que esta sofreu, mais os honorários advocatícios e todas as despesas que efetuou.

Acesso ao Sumário

No caso, a cláusula mencionada prevê a aplicação de 2% do valor do imóvel, além da incidência de juros de 1% ao mês, também calculados sobre o valor atualizado do imóvel. Entretanto a decisão concedeu apenas a multa de 2% do valor do imóvel, entendendo pelo descabimento dos juros, ao fundamento de que a obrigação da requerida não é a de pagamento de valores, mas de entrega de bem.

Sem desprimor pelo entendimento esposado pelo Juízo, a meu sentir, o equilíbrio contratual só será preservado se for integralmente revertida a cláusula que prevê penalidade para a mora do adquirente, não sendo justo inverter apenas metade da cláusula referida.

Nesse sentido, é o entendimento desta Corte:

"De igual forma, prevendo o contrato a incidência de multa moratória para o caso de descumprimento contratual por parte do consumidor, o mesmo encargo deverá incidir, em reprimenda da construtora, caso seja dela a mora ou o inadimplemento, dada a abusividade da penalidade estipulada exclusivamente em detrimento do comprador. Aplica-se, por analogia, a cláusula 5.1, alínea c, fls. 62, que prevê juros de mora de 1% e multa de 2% no caso de inadimplemento do consumidor, por mês de atraso." (TJ/SP, Apelação nº 0046125- 92.2011.8.26.0114, 9ª Câmara de Direito Privado, Relatora LUCILA TOLEDO, J. 29.10.2013).

A multa moratória, contratualmente prevista é devida em razão do evidente atraso na entrega do imóvel e equivale à sanção pela demora no cumprimento da obrigação, não se confundindo com os lucros cessantes, que têm por finalidade compensar o consumidor em relação ao que obteria se acaso dispusesse do imóvel adquirido.

Quanto aos lucros cessantes, no meu entendimento, o atraso injustificado para a entrega do apartamento ilustra prejuízo pela simples mora quanto ao período em que a utilização do imóvel ficou indevidamente obstada.

Defendo que todo e qualquer atraso na entrega do imóvel contratado, gera perda de razoável expectativa da posse do imóvel e de se auferir benefício econômico com a sua aquisição, seja para moradia própria, seja para alugá-lo, o que justifica o reconhecimento dos lucros cessantes, nesse período, nos termos do art. 402[2], do Código Civil.

Acesso ao Sumário

Desta forma, extrapolado o prazo de entrega e de tolerância, deriva para o autor o direito ao ressarcimento pelos prejuízos experimentados, consoante entendimento consolidado por este Egrégio Tribunal e pelo Superior Tribunal de Justiça:

"AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO INCAPAZ DE ALTERAR O JULGADO. LUCROS CESSANTES.

2 CC - Art. 402. Salvo as exceções expressamente previstas em lei, as perdas e danos devidas ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar.

ATRASO NA ENTREGA DE IMÓVEL. PRESUNÇÃO DE PREJUÍZO. PRECEDENTES. ***1. Esta Corte Superior já firmou entendimento de que, descumprido o prazo para entrega do imóvel objeto do compromisso de compra e venda, é cabível a condenação por lucros cessantes, havendo presunção de prejuízo do promitente-comprador.*** *2. Agravo regimental não provido."* (AgRg no Ag 1319473/RJ, Relator Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgamento 25/06/2013, DJe 02/12/2013) (grifos nossos).

Entretanto o valor pretendido pelos autores é excessivo e não encontra eco na jurisprudência. Entendo razoável a remuneração mensal fixada em 0,5% ao mês do valor do imóvel, com termo final na entrega das chaves. Referido percentual atende os parâmetros desta Câmara.

Nesse sentido:

"COMPRA E VENDA - Atraso na entrega do imóvel - Diferenciação entre lucros cessantes e multa moratória - É cabível a condenação por lucros cessantes no caso de descumprido do prazo para entrega do imóvel - Prejuízo in re ipsa, que implica na falta de desfrute do bem - Precedentes do STJ - Verba arbitrada em 0,5% do valor do imóvel, de acordo com os parâmetros da Corte - Multa contratual devida - Danos morais - Inocorrência - Mero descumprimento contratual não é fato gerador de dor e sofrimento - Recurso parcialmente provido." (VOTO Nº: 14/15296 - APEL. Nº: 0032054-67.2010.8.26.0002 Julgado em 12/02/2015).

Desse modo, o recurso merece parcial provimento para incluir na condenação os juros de 1% ao mês sobre o valor do imóvel, nos termos da cláusula 5.1 (fl. 13), até a entrega das chaves, bem como para condenar a ré ao pagamento dos lucros cessantes, fixados em 0,5% do valor do imóvel.

Diante dessas considerações, **DOU PARCIAL PROVIMENTO** ao recurso, nos termos propostos no acórdão. Em consequência, pela sucumbência em maior parte, a ré será a única responsável ao pagamento das custas e honorários advocatícios fixados em 20% do valor da condenação.

DECLARAÇÃO DE VOTO

(Voto nº 14/12785)

Ementa: Compra e venda - Juros compensatórios e indenização por lucros cessantes - Cumulação indevida. É descabida a cumulação de juros compensatórios com lucros cessantes, de modo a evitar o "bis in idem". Recurso do autor provido em parte.

Acesso ao Sumário

1. Sem embargo do inconfundível conhecimento jurídico do eminente relator, ouso, desta vez, dele discordar em parte.

A apelação, pelo voto do eminente relator, seria parcialmente provida, nos seguintes termos:

> COMPRA E VENDA - Atraso na entrega do imóvel - Ação de indenização pelos materiais - Sentença de parcial procedência - Apelo dos autores - MULTA do art. 18 do CPC - Afastamento - Impossibilidade - Interposição de quatro embargos de declaração sucessivos pelos autores, no intuito de impedir o trânsito em julgado de decisão contrária aos seus interesses.
>
> MULTA CONTRATUAL - Cabimento, em razão do comprovado atraso na entrega do imóvel - Existência de previsão de multa para os compradores - Cabível a aplicação por analogia, das mesmas penalidades previstas para a hipótese de inadimplência dos adquirentes, sob pena de desequilíbrio contratual - Sentença reformada para incluir os juros mensais de 1% do valor do imóvel ao mês (cláusula 5.1 do contrato), até a data da entrega das chaves.
>
> LUCROS CESSANTES - Danos materiais devidos - Dever de pagar aluguéis, fixados em 0,5% ao mês, durante o período de mora, sobre o valor atualizado do contrato - Termo final da mora - Entrega das chaves - RECURSO PROVIDO EM PARTE.

Os juros a que a ré foi condenada ao pagamento tem natureza compensatória por incidirem mês a mês sobre o valor do bem imóvel.

É descabida a cumulação de juros compensatórios com lucros cessantes, de modo a evitar o "bis in idem". Condenada a ré ao pagamento dos juros, não é devida a condenação por lucros cessantes. Em hipótese semelhante, já decidiu o Superior Tribunal de Justiça:

> "Os juros compensatórios destinam-se a ressarcir, no caso, pelo impedimento do uso e gozo econômico do imóvel, constituindo solução pretoriana para cobrir os lucros cessantes, como parcela indissociável da indenização, ressarcindo o impedimento de usufruição dos frutos derivados do bem, integrando, pois, a indenização reparando o que o proprietário deixou de lucrar, assim, descabe cumular os juros compensatórios com lucros cessantes." (REsp 39.842/SP, Rel. Min. Milton Luiz Pereira, j. 11.5.1994)

2. Ressalvando, portanto, o respeito à douta convicção do relator, ouso, desta vez, dele discordar em parte, pois segundo o meu voto, DOU PROVIMENTO PARCIAL ao recurso do autor apenas para condenar a ré ao pagamento dos juros compensatórios.

LUÍS MÁRIO GALBETTI, Revisor

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0032758-08.2012.8.26.0068, da Comarca de Barueri, em que é apelante SUL AMÉRICA COMPANHIA DE SEGUROS SAÚDE, é apelado MARIA ELIZABETH DUARTE VELASCO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 8ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 15.207)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores SILVÉRIO DA SILVA (Presidente sem voto), GRAVA BRAZIL e SALLES ROSSI.

São Paulo, 17 de março de 2016.

THEODURETO CAMARGO, Relator

Ementa: PLANO DE SAÚDE - OBRIGAÇÃO DE FAZER - FIBROMIALGIA E ARTRITE REUMATÓIDE - NECESSIDADE DE TRATAMENTO DENOMINADO RIZOTOMIA PERCUTÂNEA DE FACETA LOMBAR POR RADIOFREQUÊNCIA - NEGATIVA DA OPERADORA AO FUNDAMENTO DE EXCLUSÃO CONTRATUAL POR ESTE NÃO CONSTAR DO ROL DE PROCEDIMENTOS OBRIGATÓRIOS DITADOS PELA ANS, PORTANTO, SEM COBERTURA - INADMISSIBILIDADE - AUTORA QUE JÁ HAVIA SE SUBMETIDO ÀQUELE PROCEDIMENTO NOS ANOS ANTERIORES NO MESMO HOSPITAL E MÉDICO CREDENCIADOS, COM A DEVIDA AUTORIZAÇÃO DA RÉ - PRESCRIÇÃO FEITA PELO ESPECIALISTA RESPONSÁVEL, NÃO CABENDO DISCUSSÃO A RESPEITO - OBRIGATORIEDADE DA RÉ AO FORNECIMENTO DE TUDO QUANTO SE FAÇA NECESSÁRIO AO TRATAMENTO RESPECTIVO ATÉ A ALTA MÉDICA DEFINITIVA - PROCEDÊNCIA MANTIDA - RECURSO IMPROVIDO.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de apelação contra sentença (a fls. 210/214), que julgou procedente o pedido formulado em ação de obrigação de fazer com pedido de tutela antecipada, para condenar a ré na obrigação de fazer consistente em autorizar a realização e custear diretamente os valores decorrentes do procedimento de "*radiculotomia percutânea de faceta lombar por radiofrequência*", indicado pelo médico que assiste a autora e credenciado pela ré, no nosocômio indicado e também credenciado, tornando definitiva a antecipação dos efeitos da tutela concedida a fl. 64. Por consequência, extinguiu o feito com resolução do mérito, nos termos do art. 269, inc. I, do Código de Processo Civil. Sucumbente, arcará a ré com o pagamento das custas e despesas processuais, bem como honorários advocatícios fixados em R$ 2.000,00, com amparo no art. 20, § 4º, do Código de Processo Civil. Condenou a ré, por oportuno, como litigante de má fé, na multa processual de 1% e na indenização por dano processual 20%, ambas sobre o valor atualizado da causa e em favor da autora, nos termos do art. 17, incisos II e V, e do art. 18, do Código de Processo Civil. Nas razões de irresignação se sustentado o descabimento do *decisum*, pelos fundamentos então expendidos (fls. 216/235).

Recebido o recurso a fl. 245, tempestivo e preparado a fls. 236/239 e 243/244, vieram as contrarrazões (fls. 247/252).

É o relatório.

1.- O recurso não comporta provimento.

Consta da inicial que a autora é beneficiária do plano coletivo de assistência médica e hospitalar, Categoria Especial, Produto 445, Código de Identificação nº 84256000138530023, Proposta nº 1218842, cumpridas todas as carências previstas contratualmente e em dia com o pagamento do respectivo prêmio mensal.

Refere ser portadora de fibromialgia e artrite reumatoide e que nos últimos anos vem sendo submetida ao procedimento denominado "rizotomia percutânea por radiofrequência", indicado, pelo neurologista que a assiste, como lenitivo para as dores agudas e constantes nos nervos que atingem várias partes do corpo, moléstia esta que a incapacita e/ou dificulta o exercício das atividades habituais básicas.

Acesso ao Sumário

Todavia, e apesar de já ter se submetido a este tratamento nos anos de 2010 e 2011 no mesmo hospital e com o mesmo médico, ambos credenciados e ainda mediante autorização da ré, esta última teria agora se recusado à cobertura do procedimento, ao argumento de que a "rizotomia percutânea por radiofrequência" não está incluída no rol dos procedimentos obrigatórios da ANS. Logo, inexistente cobertura contratual.

Tutela antecipada deferida a fl. 64 para a continuidade do tratamento

indicado pelo médico neurologista responsável, e tudo que se fizer necessário àquele procedimento a que necessita a paciente. Decisão esta atacada por agravo de instrumento, mas negado provimento ao recurso pelo Des. Luiz Ambra a fls. 183/189.

2.- Assinala-se de início que a tese é conhecida, objeto de inúmeros outros processos semelhantes já decididos pela Câmara. Comumente negada a cobertura para medicamentos outros recomendados, mormente para tratamento de câncer, como o *Avastin* (Bevacizumabe) e o Erbitux (Cetuximabe), além de outros que o devem acompanhar, porque tidos pelas operadoras como medicamento experimental, o que definitivamente não é, mas pouco importando - as seguradoras têm o mau vezo de interpretar a Lei 9.656/98, muito de conveniência, ao contrário - tenha sido seu uso homologado ou não pela Agência Nacional de Saúde.

Sendo assim, e mesmo que dispendioso o tratamento, há que ser suportado pela seguradora, como tem sido decidido, não subsistindo a negativa de cobertura a procedimentos do tipo, exames, cirurgias, etc. sempre que necessários ao tratamento recomendado, até a alta médica definitiva. Submetido a tratamento para a fibromialgia e artrite reumatoide que a acomete, coberto o mal pelo contrato, o procedimento em questão, ou outro que eventualmente venha a ser adotado, não poderá - embora caro - ser descartado.

A teor do artigo 35-F, da Lei 9656/98, "*a assistência a que alude o artigo 1º desta lei, compreende todas as ações necessárias à prevenção da doença e à recuperação, manutenção e reabilitação da saúde, observados os termos desta lei e do contrato firmado entre as partes*".

Confira-se a jurisprudência:

MEDIDA CAUTELAR - Seguro-saúde. Liminar concedida para submissão de paciente a cirurgia, com inclusão de cobertura relativa a prótese ligada ao procedimento cirúrgico. Configurados os pressupostos legais da tutela de urgência. Dispensa de caução. Decisão fundamentada, embora de forma concisa. Nulidade afastada - Preliminar rejeitada. Decisão mantida - Recurso não provido (Agravo de Instrumento nº 341.557-4/3 - São Paulo, 10ª Câmara de Direito Privado - Relator: Quaglia Barbosa - 27.04.2004 - vu) JUBI 98/04.

"PLANO DE SAÚDE. Prostatectomia radical. Incontinência urinária. Colocação de prótese: esfíncter urinário artificial. 1) Se a prótese, no caso o esfíncter urinário artificial, decorre de ato cirúrgico coberto pelo plano, sendo conseqüência possível da cirurgia de extirpação radical da próstata, diante de diagnóstico de câncer localizado, não pode valer a cláusula que proíbe a cobertura. Como se sabe, a prostatectomia radical em diagnóstico de câncer localizado tem finalidade curativa e o tratamento da incontinência urinária, que dela pode decorrer, inclui-se no tratamento coberto, porque ligado ao

Acesso ao Sumário

ato cirúrgico principal. 2) Recurso especial conhecido e desprovido" (STJ - 3ª Turma, REsp nº 519.940-SP; Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito; j. 17/6/2003; v.u.)

Desse último acórdão, inserto no Boletim AASP 2351, de 1º/02/2004 (pg. 2937, 26.01 a 1º/02/2004), ainda as seguintes considerações, que bem refletem o que se está aqui a discutir:

"Os citados GUERSI, WEINGARTEN e IPPOLITO advertem com razão que as estipulações contratuais devem adaptar-se, necessariamente, ao conteúdo técnico e científico que vigora no campo da medicina; em função de cada uma das especialidades, que nos permitam enquadrar o objeto e a finalidade da atuação médica [Revista Forense 328/315]."

"Sem dúvida, a prostatectomia radical é indicada diante de diagnóstico de carcinoma localizado, podendo ser uma cirurgia curativa em tal cenário. Como toda cirurgia de grande porte, mesmo levando em conta os avanços da medicina, pode acarretar várias complicações, que nascem do ato cirúrgico em si mesmo, ou seja, são complicações possíveis na presença de tal cirurgia, sendo a incontinência em prostatectomia radical de 4% a 6% [cf. ANTONIO CARLOS LIMA ROMPEU, 'Câncer de Próstata', in Guia Prático de Urologia, Sociedade Brasileira de Urologia, Donard Augusto Bendhack e Ronaldo Damião editores, 1ª ed., 1999, p. 163]. Cobrindo o plano de saúde o ato cirúrgico, isto é, cobrindo a prostatectomia radical, não é razoável que deixe de cobrir a correção das complicações dela oriundas. Seria, a meu sentir, um contra-senso admitir que a cobertura do plano, que tem por finalidade a cura do segurado, fosse interrompida por cláusula limitativa, que, em patologia coberta pelo plano, impedisse o total restabelecimento do paciente. O mesmo se poderia dizer, por exemplo, da necessidade em uma cirurgia para corrigir aneurisma da aorta abdominal coberta pelo plano, vedar-se contratualmente a colocação da prótese que se faz imperativa; ou, também, em caso de cirurgia cardíaca, a aposição de válvula artificial; ou, da mesma forma, em caso de aneurisma cerebral, já agora, em muitos casos, sem a necessidade de abertura da calota craniana. Assim, no caso, a incontinência está vinculada ao ato cirúrgico de remoção total da próstata, e, portanto, sendo ela uma ***patologia de conseqüência****, não há como aplicar a limitação."*

"ATUL GAWANDE, cuidando do dilema de um cirurgião diante de uma ciência imperfeita ['Complicações', Objetiva, 2002, p. 256], afirmou, a meu ver com muito acerto, que o estado essencial da medicina - aquilo que faz com que ser paciente seja tão doloroso, ser médico tão difícil e ser parte da sociedade que paga as contas que eles acumulam tão irritante e aflitivo, é a incerteza. Com tudo que sabemos nos dias de hoje sobre pessoas, doenças e como diagnosticá-las e tratá-las, pode ser difícil ver isso, difícil compreender a profundidade com que a incerteza ainda domina. Na qualidade de médico,

Acesso ao Sumário

você acaba por descobrir, contudo, que a dificuldade para tratar de pessoas está mais freqüentemente no que você não sabe do que no que você sabe. O estado básico da medicina é a incerteza. E a sabedoria - tanto para pacientes como para médicos - é definida pela maneira como lidamos com ela. Basta lembrar como já vai longe o tempo em que Edoardo Porro preocupava-se com os numerosos casos de morte por febre puerperal e com as conseqüências de suas primeiras tentativas de salvar parturientes com a operação cesariana que redundavam em peritonites mortais, até o êxito de sua cirurgia de amputação do útero e do ovário, como complemento da cesariana, em 1876" (O Século dos Cirurgiões, JURGEN THORWALD HEMOS, 2002, pp. 211 e seguintes).

"*Tenho que a posição mais acertada não é a indiscriminada declaração de abusividade de cláusulas limitativas, mas sim o estudo do caso concreto, levando em conta as suas nuanças, as peculiaridades identificadas. Na minha compreensão, em casos como o presente, o julgador deve observar sempre a ligação do que pretende o segurado com a patologia coberta pelo Plano; se a cobertura desejada está vinculada a um ato ou procedimento coberto, sendo patologia de conseqüência, não se pode considerar como incidente a cláusula proibitiva, sob pena de secionarmos o tratamento que está previsto no contrato.*"

À vista disso, e do rol de exclusões previstas no artigo 10 da Lei 9656 (quer dizer, somente em relação ao ali inserido é que se admite a não cobertura), a tese das operadoras - sem homologação da ANS nada se custeia; assim invertendo o alcance do dispositivo legal em exame - não tem como prevalecer.

Apenas para argumentar, reprimindo-se que o tratamento de câncer conta com previsão contratual, não basta a mera alegação de que o procedimento não está previsto em rol ou tabelas, até porque a falta de previsão difere substancialmente da exclusão.

Rol e tabelas ficam desatualizados (contrariamente à mensalidade paga pelo segurado, que vem sempre atualizada) e não é crível que administradoras ou seguradoras pretendam conferir aos seus clientes a medicina do passado.

Se a inclusão de novo procedimento elevar o custo operacional, comprometendo cálculos atuariais e implicando na assunção de novos riscos, a hipótese será a de revisão de valores e não a negativa de acesso a tratamento ou exame com eficácia reconhecida pela comunidade científica.

A demora dos órgãos oficiais em acolher determinado procedimento não pode prejudicar a expectativa de tratamento preciso.

Cláusula em contrário, como posicionado pela ré, bateria de frente não apenas com a Lei 9656/98, mas com o próprio Código do Consumidor. Padeceria de abusividade manifesta ao que se infere.

A propósito, do STJ, sugestivo aresto supra referido, da lavra do Ministro Carlos Alberto Menezes Direito (RE 519.940-SP). Assinalando o que parece

Acesso ao Sumário

óbvio: se a doença (aqui, a artrite reumatóide) é coberta pelo plano, tudo que a ela diga respeito também o será, inclusive o tratamento indicado pelo médico, bem como eventuais exames complementares para o necessário acompanhamento em discussão.

Já decidiu o Superior Tribunal de Justiça que "*O plano de saúde pode estabelecer quais doenças estão sendo cobertas, mas não que tipo de tratamento está alcançado para a respectiva cura*" (REsp 668.216/SP, Rel. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, julgado em 15/03/2007).

Do mesmo modo, a previsão expressa no art. 16 do Código de Ética Médica, isto é:

"*... Nenhuma disposição estatutária ou regimental de hospital, ou instituição pública, ou privada poderá limitar a escolha por parte do médico, dos meios a serem postos em prática para o estabelecimento do diagnóstico e para a execução do tratamento, salvo quando em benefício do paciente...*"

Esse, sem dúvida, o melhor entendimento não se tratando de acórdão isolado por tudo quanto acima reproduzido, cumprindo à apelante custear integralmente todo o tratamento indicado pelo médico assistente, bem como exames correlatos.

Em suma, o que importa é que o procedimento terapêutico foi recomendado por médico especialista de hospital credenciado, responsável pela assistência prestada à paciente e que acompanhou a evolução da doença. Descabe à operadora discutir a respeito. Daí a obrigatoriedade da cobertura, sob pena de ter frustrado o próprio objeto do contrato, que visa salvaguardar a vida e a saúde do beneficiário do seguro. A par disso, a continuidade do tratamento mediante emprego desse procedimento se revela urgente e imprescindível diante da progressão da moléstia. Mais, não é preciso dizer.

Outrossim, há se consignar a abusividade retratada porque o tratamento já tivera início em 2010, com a realização do mesmo procedimento e com a autorização da ré. Não há, pois, justificativa plausível para a conduta temerária aqui adotada.

Acesso ao Sumário

Repita-se, ainda quando o contrato se visse reger pela lei antiga, ter-se-ia como abusiva cláusula excludente de procedimentos, fornecimento de materiais cirúrgicos, exame específico ou de maior exatidão, indispensáveis à cirurgia eleita ou à continuidade do tratamento de que necessita o paciente. Diga-se, o que abrange o tratamento solicitado pela autora, razão pela qual não poderia a ré negar-se a promover o custeio do quanto almejado sob a alegação de exclusão contratual, principalmente porque a referida exclusão não tem aplicação diante da lei protetiva, a que devem as prestadoras de serviços guardar estrita obediência. A aventada exclusão contratual a violar frontalmente o Código de Defesa do Consumidor, notadamente aplicável ao caso.

Vale observar ainda que, ao aderir ao campo do atendimento médico e hospitalar, assume a empresa todas as obrigações abrangentes, não podendo, obviamente, direcionar a prestação dos serviços a que se propôs somente para aqueles campos que ofereçam menor risco e, consequentemente, maiores rendimentos ao plano de saúde. É contrato de risco e, como tal, cumpre assegurar amplo e correto atendimento ao segurado, sabido que ninguém contrata plano de assistência médico-hospitalar por contratar. Busca, na realidade, o devido amparo no momento de necessidade, de urgência, ou de mera preservação da saúde.

O contrato celebrado pelas partes confere cobertura ao tratamento do mal que a acomete, pressupondo, portanto, o custeio de exames, intervenções cirúrgicas e tratamentos, pré e pós-cirúrgicos, ou não, relacionados às especialidades médicas encarregadas no trato da referida moléstia. Portanto, provando-se premente aquele procedimento em virtude do mal que a acomete, tinha mesmo que arcar com todas as despesas dele decorrentes. Apenas isso.

Não vislumbro razão alguma para alterar esse entendimento, ora simplesmente o confirmo. Fica mantida a sentença como proferida, inclusive em relação à condenação por litigância de má fé, vez que contra isso a ré não se insurgiu.

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

Na hipótese de apresentação de embargos de declaração contra o presente acórdão, ficam as partes intimadas a se manifestarem, nas próprias razões recursais, a respeito de eventual oposição ao **julgamento virtual**, nos termos do art. 1º da Resolução n. 549/2011 do Órgão Especial deste Eg. Tribunal de Justiça, entendendo-se o silêncio como concordância.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0005407-22.2015.8.26.0176, da Comarca de Embu das Artes, em que é apelante D.L.C. (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado M.N.S.A.

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 19.579)**

O julgamento teve a participação dos Exmo. Desembargadores ALEXANDRE LAZZARINI (Presidente) e COSTA NETTO.

São Paulo, 15 de março de 2016.

Acesso ao Sumário

GALDINO TOLEDO JÚNIOR, Relator

Ementa: CAUTELAR INOMINADA - Pretensão de que a requerida mantenha distância da autora e seus familiares - Agressões verbais e físicas perpetradas pela sogra em face da nora - Inaplicabilidade à espécie da Lei nº 11.340/06 (Lei Maria da Penha), destinada a violência doméstica - Necessidade de disparidade de forças entre a vítima e a ofensora - Pretensão que, no entanto, pode ser apreciada à luz dos artigos 798 e 461, ambos do Código de Processo Civil - Eventuais danos que podem ser objeto de reparação - Necessidade de ajuizamento de ação própria - Extinção mantida - Apelo desprovido.

VOTO

1. Ao relatório constante de fls. 35/36 acrescento que a sentença julgou extinta, sem resolução de mérito, nos termos do artigo 267, VI, do Código de Processo Civil, ação cautelar inominada para aplicação de medida protetiva promovida pela apelante, diante do pedido juridicamente impossível.

Apela a requerente sustentando, em resumo, em suas razões recursais de fls. 39/55, que a autora e requerida são parentes por afinidade, consoante artigo 1.595, do Código Civil. Narra que residiam no mesmo condomínio e que no início da convivência o relacionamento entre ambas era harmônico, contudo, após o nascimento da neta, se iniciou um sentimento de rejeição pela nora, afirmando a ré que a apelante não sabia cuidar da criança, lhe dirigindo xingamentos, perante terceiros e da petiz, em áreas comuns do condomínio e das residências. Explica que as agressões verbais passaram a ser físicas e se estenderam aos familiares, culminando com a lavratura de boletim de ocorrência por injúria. Discorre que diante do cenário de agressões decidiu se mudar para a casa da avó materna, uma vez que se encontrava separada de seu companheiro, evitando-se, assim, situações constrangedoras. Cita que esse fato aumentou a indignação da ré, que desferiu bofetada, arranhões e puxões de cabelo contra a autora, na frente da neta, agressão gravada pelas câmeras de monitoramento, e que somente cessou após a intervenção de outro condômino. Acrescenta que tal fato acarretou abalos psicológicos à menor e na família materna, que se sentem constrangidos e com receio de novos atos de violência, discordando da extinção determinada pelo julgador monocrático. Assevera que estão presentes os requisitos exigidos para aplicação da Lei nº 11.340/06, uma vez que a relação íntima de afeto, não diz respeito apenas àquela entre homem e mulher, mas também nas relações

Acesso ao Sumário

familiares, naturais ou por afinidade, consoante disposto no artigo 5º, desta lei, ressaltando que a violência foi cometida no âmbito familiar. Defende que o caso dos autos trata-se de violência física e psicológica, praticada por uma mulher contra outra mulher, dentro do âmbito familiar, sendo aplicável a lei Maria da Penha, exemplificando que esta não seria poderia ser aplicada, por exemplo, em agressões por questões de trabalho, devendo, contudo, ser aplicadas nas relações homoafetivas. Menciona que a sogra se sente hierarquicamente superior e dirige-lhe ofensas em locais públicos. Pugna pelo afastamento da extinção, reconhecendo-se a aplicabilidade da Lei nº 11.340/06, bem como concedidas as medidas protetivas de urgência e regular tramitação do feito.

Recurso regularmente processado, sem oferecimento de contrarrazões pela apelada, uma vez não composta a lide.

2. Compulsando os autos se verifica que a apelante pretende "A aplicação, de imediato, das medidas protetivas de urgência previstas no art. 22, III, a e b, da Lei 11.340/06, independentemente de audiência das partes, quais sejam: - proibição de aproximação da autora, de seus familiares e testemunhas, fixando o limite mínimo de distância entre estes e a requerida/agressora; proibição de contato com a ofendida, seus familiares e testemunhas, por qualquer meio de comunicação; II - A duração das proibições acima mencionadas, pelo menos até que encerre a ação de regulamentação de visitas à neta proposta pela requerida em face da requerente, feito no qual serão definidos dias, horários e modos e que será exercido o direito à visitação" (fl. 12).

Justifica o pedido, alegando que viveu em união estável com o filho da ré, estando dele separado, sendo que dessa união, nasceu a filha A., e, após esse fato, a sogra iniciou uma série de agressões à autora e seus familiares, proferindo insultos, xingamentos e ofensas ("caloteira", "irresponsável", "vagabunda"), em áreas comuns do condomínio onde residem a mãe da autora e a ré.

Narra que morava com sua mãe e necessitou deixar o lar para residir com sua avó materna, tentando evitar esses embates com a ex-sogra, contudo, mesmo assim, as ofensas continuaram quando visitava sua mãe, descrevendo um episódio de agressão física praticada por esta contra a recorrente, nas dependências do condomínio (quadra), em frente à filha pequena e perante terceiros, gerando, inclusive, lavratura de boletim de ocorrência.

Discorre que se trata de violência no âmbito da família, pois a relação entre nora e sogra é de parentesco civil por afinidade, enfatizando que esta sempre buscou dominar a autora, sentindo-se superior em relação a esta.

Diante dessa constante agressão e xingamentos, ajuizou a presente demanda, visando cessar a conduta da ré, nos termos acima mencionados.

Não merece guarida a irresignação, devendo a extinção ser mantida.

É certo que o Superior Tribunal de Justiça admitiu a aplicação das medidas protetivas da Lei Maria da Penha no âmbito civil, sem existência

Acesso ao Sumário

de inquérito policial ou processo penal contra o suposto ofensor: "DIREITO PROCESSUAL CIVIL. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA CONTRA A MULHER. MEDIDAS PROTETIVAS DA LEI N. 11.340/2006 (LEI MARIA DA PENHA). INCIDÊNCIA NO ÂMBITO CÍVEL. NATUREZA JURÍDICA. DESNECESSIDADE DE INQUÉRITO POLICIAL, PROCESSO PENAL OU CIVIL EM CURSO. 1. As medidas protetivas previstas na Lei n. 11.340/2006, observados os requisitos específicos para a concessão de cada uma, podem ser pleiteadas de forma autônoma para fins de cessação ou de acautelamento de violência doméstica contra a mulher, independentemente da existência, presente ou potencial, de processo-crime ou ação principal contra o suposto agressor. 2. Nessa hipótese, as medidas de urgência pleiteadas terão natureza de cautelar cível satisfativa, não se exigindo instrumentalidade a outro processo cível ou criminal, haja vista que não se busca necessariamente garantir a eficácia prática da tutela principal. 'O fim das medidas protetivas é proteger direitos fundamentais, evitando a continuidade da violência e das situações que a favorecem. Não são, necessariamente, preparatórias de qualquer ação judicial. Não visam processos, mas pessoas' (DIAS. Maria Berenice. A Lei Maria da Penha na justiça. 3 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012). 3. Recurso especial não provido" (Quarta Turma - REsp 1419421/GO - Relator Ministro Luís Felipe Salomão).

Ponderou o Ministro que "Ora, parece claro que o intento de prevenção da violência doméstica contra a mulher pode ser perseguido com medidas judiciais de natureza não criminal, mesmo porque a resposta penal estatal só é desencadeada depois que, concretamente, o ilícito penal é cometido, muitas vezes com consequências irreversíveis, como no caso de homicídio ou de lesões corporais graves ou gravíssimas. Vale dizer, franquear a via das ações de natureza cível, com aplicação de medidas protetivas da Lei Maria da Penha, pode evitar um mal maior, sem necessidade de posterior intervenção penal nas relações intrafamiliares. Na verdade, a Lei Maria da Penha, ao definir violência doméstica contra a mulher e suas diversas formas, enumera, exemplificada mente, espécies de danos que nem sempre se acomodam na categoria de bem jurídico tutelável pelo direito penal, como o sofrimento psicológico, o dano moral, a diminuição da autoestima, manipulação, vigilância constante, retenção de objetos pessoais, entre outras formas de violência (artes. 5º e 7º)."

Contudo, para sua aplicação é necessário que estejam presentes os requisitos legais, o que não parece ocorrer no caso em comento.

Isso porque, nos termos do artigo 5º, da Lei nº 11.340/06 "Para os efeitos desta Lei, configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial: I - no âmbito da unidade doméstica, compreendida como o espaço de convívio permanente de pessoas, com ou sem vínculo familiar, inclusive as esporadicamente agregadas; II - no âmbito da família, compreendida como a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade

Acesso ao Sumário

ou por vontade expressa; III - em qualquer relação íntima de afeto, na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independentemente de coabitação. Parágrafo único. As relações pessoais enunciadas neste artigo independem de orientação sexual".

No caso dos autos, em que pese a vítima seja mulher, possuindo com a suposta agressora laços de afinidade, ainda que decorrente de união estável, para efeito da incidência da lei acima mencionada, dispõe a Súmula 114 desta Egrégia Corte de Justiça que: "Para efeito de fixação de competência, em face da aplicação da Lei nº 11.340/06 (Lei Maria da Penha), tanto o homem quanto a mulher podem ser sujeito ativo da violência, figurando como sujeito passivo apenas a mulher, sempre que fique caracterizado o vinculo de relação doméstica, familiar ou de afetividade, além da convivência intima, com ou sem coabitação, e desde que a violência seja baseada no gênero, com a ocorrência de opressão, dominação e submissão da mulher em relação ao agressor", inexistindo aqui quaisquer indícios de vulnerabilidade ou inferioridade da vítima.

In casu, extrai-se que a conduta narrada na petição inicial não se amolda à regra prevista na Lei nº 11.340/06, uma vez que não há qualquer opressão, dominação ou submissão da nora em relação à ex-sogra.

Em palavras diversas, não se vislumbra disparidade de forças entre a ofensora e a autora a reclamar que o caso seja submetido à lei especializada, inexistindo subjugação da vítima em razão do gênero.

Não pode a Lei Maria da Penha ser aplicada indistintamente, inexistindo notícias de qualquer dependência da autora em relação à ré, seja financeira ou de qualquer outra ordem, observando-se, inclusive, que em nenhum momento residiram juntas ou que dela dependa por qualquer razão.

Nesse sentido, julgado desta Egrégia Corte de Justiça: "Dessa forma, não está caracterizada a violência de gênero que autorizaria a incidência da Lei nº 11.340/2006, não bastando que o ato seja praticado contra pessoa do sexo feminino, mas também que haja a violência de gênero, assim entendida como aquela que tem por fundamento o desequilíbrio de forcas na relação entre homem e mulher, com sobreposição de poder, dominação, opressão e ascendência, o que não se verifica no caso dos autos, em que não caracterizada a força coativa física, moral ou econômica. Esclareça-se que a violência contra a mulher que se procura coibir de modo especial é aquela manifestada em 'relações de poder historicamente desiguais entre mulheres e homem', vislumbrada 'quando um ato é dirigido contra uma mulher porque é mulher, ou quando atos afetam as mulheres de forma desproporcional' (FLÁVIA PIOVENSAN. Litigância Internacional e avanços locais: violência contra a mulher e a lei "Maria da Penha". In Direitos Humanos, Saraiva, 2009, p. 229)". (Câmara Especial - Conflito de Jurisdição nº 0136314-36.2012.8.26.0000 - Relator Presidente da Seção de Direito Privado).

Acesso ao Sumário

Todavia, pese à menção à Lei n. 11.340/06, inaplicável à espécie, a pretensão da apelante pode ser resolvida com lastro no poder geral de cautela do Magistrado (art. 798, CPC), bem como no estabelecimento de uma obrigação de feição negativa à recorrida, nos termos do disposto no art. 461, CPC.

Nessa linha de raciocínio, pode, ainda, a autora buscar, pela via própria, reparação pelos danos eventualmente experimentados, até porque uma das funções da indenização por dano moral é reprimir a reiteração da conduta ilícita, quando reconhecida sua prática, visando cessar o proceder incorreto da ofensora.

Aliás, esse direito vem consagrado nos artigos 186 e 927, ambos da lei substantiva, dispondo que "Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito" e que "Aquele que, por ato ilícito (artes. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo".

Por certo, todos esses supostos dissabores e humilhações, hão de ser sopesados quando da quantificação de eventual indenização, o que, servirá como eficiente inibidor de reiteração das ofensas por parte da requerida, não havendo como cessar a conduta da recorrida, nos termos aqui propostos.

Diante desse quadro, de rigor a manutenção da decisão monocrática.

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

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1011128-69.2014.8.26.0564, da Comarca de São Bernardo do Campo, em que é apelante VOLKSWAGEN DO BRASIL INDÚSTRIA DE VEÍCULOS AUTOMOTORES LTDA., é apelado EDSON XAVIER (JUSTIÇA GRATUITA).

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 4ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso, com observação. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 28.203)**

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

São Paulo, 6 de abril de 2016.

FÁBIO QUADROS, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: AÇÃO DECLARATÓRIA CUMULADA COM OBRIGAÇÃO DE FAZER COM PEDIDO DE TUTELA ANTECIPADA. Plano de saúde. Ação

visando compelir ex-empregadora, com fundamento no art. 31 da Lei nº 9.656/98 a manter o autor e sua dependente, no plano de saúde nas mesmas condições anteriormente firmadas, sem a majoração das mensalidades. Sentença de parcial procedência. Autor que participou do plano de demissão voluntária e que contribuiu por mais de dez anos com o plano oferecido pela sua ex-empregadora e que tem o direito de permanecer na mesma condição assistencial existente à época de sua aposentadoria, assumindo o pagamento integral das prestações. Procedência que merece manutenção. Aplicação do art. 252 do Regimento Interno deste Egrégio Tribunal de Justiça. Recurso não provido, com observação.

VOTO

Trata-se de ação declaratória cumulada com obrigação de fazer, com pedido de tutela antecipada interposta por **EDSON XAVIER** em face de **VOLKSWAGEN DO BRASIL INDÚSTRIA DE VEÍCULOS AUTOMOTORES LTDA.**, julgada parcialmente procedente pela sentença de fls. 554/559 para condenar a ré a manutenção do autor e sua dependente por prazo indeterminado, nas mesmas condições do seguro saúde disponibilizado aos funcionários da ativa, e praticar as mesmas mensalidades enquanto empregado da ré, assumindo o autor, contudo, a integralidade da prestação, mantidas as demais condições do contrato, sob pena de multa diária de R$ 500,00 (quinhentos reais). Condenou, ainda, a ré ao pagamento de custas, despesas processuais e honorários advocatícios fixados em R$ 1.500,00 (um mil e quinhentos reais).

A ré apelou sustentando que quando da adesão do autor ao plano de demissão voluntária, ele também aderiu a acordo coletivo que estabelecia entre os benefícios previstos, incentivos financeiros e a cessação da manutenção do plano de saúde, não podendo, agora, pretender a continuidade do plano original. Sustenta que deu integral cumprimento ao disposto no artigo 31 da Lei 9.656/98, quando aderiu ao contrato coletivo. Afirma o cumprimento da Resolução CONSU, bem como a RN 279, e que inexiste obrigação legal em manter os aposentados/inativos no plano de autogestão. Por fim, alega que o cálculo atuarial foi elaborado sem qualquer aplicação de lucro, o que não se pode admitir. Requer a improcedência do feito (fls. 570/601). Recurso preparado (fl. 602) e respondido (fls. 607/625).

É o relatório.

O autor informa na inicial que laborou na empresa Volkswagen do

Acesso ao Sumário

Brasil por mais de 24 (vinte e quatro) anos de prestação de serviços, obtendo, posteriormente, a concessão de benefício de aposentadoria em 24/08/2010 e foi demitido sem justa causa em 04/02/2014. Contudo, afirma, em razão de já ser aposentado à época da demissão e contar com mais de 10 (dez) anos de labor na empresa contribuindo com a assistência médica, tem ele direito à manutenção integral do benefício do plano de saúde, nas mesmas condições de cobertura e de valor, pois será dado continuidade ao contrato e prestado o mesmo serviço, desde que o ele pague à operadora de saúde a soma dos valores que ele próprio e sua ex-empregadora pagavam à mesma.

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

As alegações do autor foram devidamente comprovadas (fls. 32/104).

A questão aqui posta tem sido inúmeras vezes decidida por esta E. Corte e o posicionamento adotado, nestes casos, é a aplicação do art. 31, da Lei 9.656/98, valendo a pena transcrever trecho do voto do ilustre Desembargador Teixeira Leite que em caso similar assim se manifestou:

> *"São inúmeras as ações propostas a partir da modificação do sistema de saúde adotado em benefício dos empregados da General Motors e, desse modo, não há porque se afastar da resolução de mérito que foi adotada por esta 4ª. Câmara, analisando casos idênticos. A propósito, exemplificando, confira-se apelação cível nº 427.164.4/6, São Bernardo do Campo, Rel. Des. Maia da Cunha, VT11384, em 13.07.2006, Unânime; apelação cível nº 416.784.4/0, São Paulo, Rel. Des. Maia da Cunha, VT11037, em 18.05.2006, unânime).*
>
> *Daí porque, e pela hipótese em análise, cabe transcrever os argumentos do. i.* ***Des. Maia da Cunha****, de resto, referendados por esse relator, então como revisor: 'Anota-se que este recurso é igual a outros já submetidos à apreciação deste Relator e, por isso, a fundamentação é praticamente idêntica, variando apenas o que diz respeito à peculiaridade da situação concreta submetida a julgamento. O recurso não merece provimento. Versa a demanda sobre o direito do segurado aposentado, que contribuiu período superior a dez anos, de ser mantido nas mesmas condições do seguro saúde enquanto empregado da General Motors do Brasil, mediante contribuição da parte que cabia à empregadora, em atendimento ao disposto no art. 31 da Lei nº 9656/98.*
>
> *Pois bem.*
>
> *Ao contrário do alegado pela apelante, é plenamente aplicável o art. 31 e não o art. 30 da Lei nº 9656/98. Não obstante o fato de ter*

Acesso ao Sumário

sido demitido sem justa causa (fl. 22), o autor já estava aposentado (fl. 21) e havia preenchido os requisitos do art. 31 da Lei nº 9656/98. Em outras palavras, ao se aposentar na empresa depois de dez anos de contribuição, o autor adquiriu o direito de permanecer no plano nas mesmas condições e nos termos do art. 31 da Lei nº 9656/98, circunstância que não fica prejudicada por ter continuado a trabalhar na empresa após a aposentadoria (Apelação nº 581.086-4/4 São José dos Campos 8ª Câmara de Direito Privado Rel. Des. Salles Rossi julgado em 21.08.08).

E não vale o argumento de que a empregadora custeava integralmente as despesas decorrentes do plano de saúde do empregado e que, por isso, estaria ele naturalmente obrigado ao pagamento de prêmio em valor substancialmente superior. É pacífico o entendimento de que o empregado, direta ou indiretamente, contribui para o custeio do seu seguro saúde e que o plano de saúde oferecido pela empregadora nada mais é do que o pagamento salarial indireto, pois a contribuição integra o salário. Do mesmo modo, é irrelevante se a atuação da seguradora se limitava à mera administração, já que essa questão se restringe à ré e à empregadora, nos termos do contrato de administração por elas firmado (fl. 58/62). Não pode, pois, prejudicar direito de terceiro, como o do segurado empregado. Daí porque também não se sustenta a inaplicabilidade do art. 1º da Lei nº 9656/98. Lembra-se, outrossim, que o intuito do art. 31 da Lei nº 9656/98 é o de permitir que o aposentado continue fazendo parte do plano de saúde que mantinha enquanto em atividade, assumindo a prestação no lugar do empregador para que não fique sem assistência médica ou tenha que ingressar em novo plano após décadas de contribuição, com idade que dificulta e encarece a admissão em qualquer outro plano de saúde. Bem por isso o autor deverá continuar no plano que hoje possuem os ativos e pagará o valor que para aqueles é estipulado a título de contribuição, no montante informado pela empregadora. Assim é porque se diferente for não se atingirá o objetivo primordial do texto legal, que é, insista- se, o de manter o aposentado nas mesmas condições que possuía quando em atividade. Se aos ativos a GM são pagos todos os custos da assistência médica administrada pela apelante, então é exatamente assim que ficarão os inativos, para que não se burle a previsão legal de manter o aposentado nas mesmas condições de quando em atividade. Deveria o aposentado, pois, assumir o pagamento integral da contribuição, arcando com os custos da empregadora. Mas, se não há divisão porque é todo pago por ela, não há como impor ao aposentado um novo plano com valores muito maiores. A respeito do tema tratado neste recurso, confira-se, deste Egrégio Tribunal de Justiça: ***'Plano de saúde. Pessoa aposentada antes da entrada em vigor da Lei***

Acesso ao Sumário

9656/98, mas que continua a relação de emprego, com manutenção dos descontos para o plano de saúde coletivo. Situação concreta que se amolda ao disposto no art. 31 da Lei 9656/98, com a redação dada pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001. Aposentado que no momento da entrada em vigor da norma se encontra contribuindo para o plano de saúde há mais de dez anos. Interpretação gramatical e teleológica do dispositivo. Direito de manutenção do plano no mesmo 'status' de beneficiário e dentro das mesmas condições, assumindo em contrapartida o pagamento integral da cota pertinente (parcela do empregado e mais a do empregador). Sentença de procedência. Recurso improvido.' (Apelação nº 581.953- 4/1 São José dos Campos 5ª Câmara de Direito Privado Rel. Des. Oscarlino Moeller julgado em 27.08.08). 'PLANO DE SAÚDE - Tutela antecipada - Autor aposentado - Manutenção do contrato firmado entre a estipulante General Motors do Brasil e a operadora Sul América, nas mesmas condições que gozava na ativa - Possibilidade - Verossimilhança do direito alegado pelo autor - Inteligência do artigo 31 da Lei no 9.656/98 - Dispositivo legal que não diz que serão feitos dois contratos coletivos distintos, um para os trabalhadores ativos e outro para os aposentados, com custo e reajustes diferentes entre si - Regime contratual previsto por resolução administrativa do Consu que não pode criar regime, em tese, menos favorável ao autor, em detrimento das regras protetivas previstas em Lei Federal 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor) - Decisão mantida Recurso não provido' (AI nº 587.794-4, Rel. Desembargador Francisco Loureiro, VT6058, Unânime).

Portanto, e como bem fundamentou o MM. Juiz, a apelada deverá cumprir com sua obrigação de pagamento do valor integral do seguro, inclusive de eventuais dependentes, pois, é evidente que a antiga empregadora, a General Motors, não é mais responsável por essa parte que era dela a partir da data em que ocorreu o desligamento da empresa, e, nesse rumo, para obter os serviços de assistência a saúde administrados pela Sul América. E porque para não perder essa segurança a apelada foi obrigada a ingressar com essa demanda, recusando uma proposta que se mostrou abusiva porque de elevado custo, além do que sem compatibilidade e definição daquele que deveria ser o anterior, por ela nunca suportado, emerge daí que o resultado do litígio não pode ser modificado.

E, o registro é importante porque em virtude da grande quantidade de recursos envolvendo essa questão, a Sul América e a General Motors do Brasil apresentaram a esse relator, oficialmente nos autos do recurso de apelação 994.06.038959-1, compromisso formal para a mudança

Acesso ao Sumário

desse sistema, 'unificando o modelo de contratação da assistência à saúde de seus empregados e de ex-empregados', com os mesmos benefícios, todos concentrados em custos separados apenas por opções de padrão e acréscimos não obrigatórios, o qual se adota como forma de decidir também este recurso. Nesse rumo, não há mais razão para se determinar a busca do valor da parcela individual que seria aquela do empregador e que poderia significar o prêmio a ser pago pela segurada desligada, porque foram apresentados os preços por faixa etária para ativos, inativos e desligados.

Assim, e porque revela suficiência à aplicação da lei 9656/98, ou, uma igualdade de tratamento, e, nesse caso, pouco importando se a empregadora pagará a parte dos ativos, é o que deve ser aplicado ao apelado, em caráter retroativo, eventualmente com adequação ditada por correção monetária do tempo ou pela mudança de faixa etária no curso do processo.

Afinal, tais cálculos são atuariais e mostram critérios próprios e específicos, não havendo porque se cogitar de outros. A meu ver, isso não cede nem mesmo ao argumento de que à época do desligamento do apelado esse poderia não ser o preço custeado para os ativos e dai se traduzir em prejuízo individual, isto porque a peculiaridade desses serviços sugere preponderar o que é atual.

Pelo exposto, voto pelo ***não provimento dos recursos, com determinação****.'"* (Apelação Cível nº 0108191-68.2007.8.26.0011).

Tal posicionamento não discrepa da Resolução nº 21/99 do Consu que, no parágrafo 4º, do artigo 3º, assim reza: *"Quando o plano de ativos do qual o aposentado é oriundo adotar sistema de pós-pagamento, o ex-empregado passa a assumir o pagamento de sua participação no plano, calculado pela média das doze últimas contribuições integrais, a partir da data de seu desligamento"*, e o parágrafo 6º, do mesmo artigo determina que: "Entende-se como contribuição ou pagamento integral, de que tratam os §§ 3º e 4º deste artigo, a soma das contribuições patronal e do empregado."

Portanto, comprovado restou que o autor e sua dependente preenchem os requisitos do art. 31, da Lei 9.656/98, adquirindo o direito de permanecerem no plano de saúde da ré, conforme os termos da r. sentença que nenhuma modificação merece.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0000973-35.2012.8.26.0292, da Comarca de Jacareí, em que é apelante RUSTON ALIMENTOS LTDA., é apelado JOSAPAR - JOAQUIM OLIVEIRA S/A PARTICIPAÇÕES.

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. Sustentaram oralmente a Dra. Pauline Nader Ratto e o Dr. Maxtile Santos Rodrigues.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 28.975)**

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

São Paulo, 3 de fevereiro de 2016.

RICARDO NEGRÃO, Relator

Ementa: PROPRIEDADE INDUSTRIAL - Marca - "100% grãos nobres" - Expressão que poderia referir-se à marca de certificação ou processo produtivo, caso em que seria caso de registro de patente - Expressão genérica que pode ser utilizada em qualquer ramo da alimentação - Registro da marca concedido sem direito ao uso exclusivo da expressão "100% grãos nobres" - Possibilidade de uso da expressão por terceiros - Inibitória improcedente - Apelação provida para este fim.

Dispositivo: dão provimento.

Acesso ao Sumário

VOTO

Recurso de apelação interposto por Ruston Alimentos Ltda. dirigido à r. sentença proferida pelo Dr. Paulo Alexandre Ayres de Camargo, MM. Juiz de Direito da E. 1ª Vara Cível do Foro da Comarca de Jacareí que julgou parcialmente procedente a denominada "ação inibitória de uso de marca cumulada com indenização por danos morais e materiais", proposta por Josapar - Joaquim Oliveira S/A Participações.

Entendeu o i. Magistrado singular que à expressão "100% Grãos Nobres" deve ser assegurada a proteção marcária, pois o termo representa não apenas a indicação da qualidade do grão, mas a especificidade da cadeia produtiva

desenvolvida pela autora. Ressaltou que tal proteção é garantida ao depositante, ainda que não tenha sido deferido o registro perante o INPI.

Quanto ao pedido de indenização por danos materiais, o nobre julgador consignou que pode haver prejuízo à autora, a ser apurado em fase de liquidação de sentença, devido à confusão causada aos consumidores pela utilização por parte da ré da expressão "100% Grãos Nobres" e seu conjunto ótico.

Por fim, considerou improcedente o pedido de indenização por danos morais, uma vez que a requerente não se desincumbiu do ônus de provar a existência de dano ao seu nome ou à sua idoneidade em razão da conduta da requerida (fl. 383-390).

Em razões recursais, a apelante sustenta que a expressão "100% Grão Nobres" não é passível de registro, pois tem caráter genérico, relacionado à qualidade do grão de arroz e à cadeia de produção criada para sua obtenção. Destarte, não se aplica a tal termo o princípio da exclusividade, sendo autorizado o seu uso por empresas do mesmo ramo de atividades.

Alega a recorrente que não há colidência entre as marcas, uma vez que as marcas "Fantástico" e "Tio João" geram a identidade dos produtos frente ao mercado consumidor e não a expressão objeto de litígio. Ademais, salienta que o trade dress das mercadorias tem diferenças incontestáveis nas embalagens e no modo de disposição dos elementos figurativos, que afastam qualquer possibilidade de dúvida por parte do público consumidor. Defende, ainda, a inexistência de concorrência desleal, pois não há provas nos autos de qualquer indício de contrafação que possa induzir o consumidor em erro.

Quanto à condenação ao pagamento de indenização por danos materiais, a apelante argui que deixaram de ser apresentadas provas pela recorrida sobre a ocorrência de prejuízos em razão da utilização da expressão "100% Grãos Nobres".

Por fim, sustenta a apelante que houve cerceamento de defesa e julgamento extra petita. Alega que não foi intimada da data de realização da audiência para produção de prova oral, utilizada pelo i. Magistrado como fundamento da procedência do pedido. Outrossim, embora o pedido inicial fosse para que a recorrente deixasse de comercializar o produto arroz, a r. sentença determinou o impedimento do uso da expressão "100% Grãos Nobres" em "qualquer outro produto que se iguale, assemelhe ou confunda com a da requerente".

Com esses fundamentos, requer a anulação ou reforma da r. sentença (fls. 563-596).

Preparo e porte de remessa em fls. 597-599.

Contrarrazões em fls. 663-680 pelo não provimento do recurso. Sustenta a apelada que a expressão "100% Grãos Nobres" constitui uma marca, passível de proteção, devido aos vultosos investimentos realizados em pesquisa e

Acesso ao Sumário

propaganda com a finalidade de diferenciar seu produto. A apelada aduz, ainda, ser titular do registro da marca, em função do depósito do pedido junto ao INPI em outubro de 2010, que já lhe assegura a proteção pleiteada.

Desse modo, defende que a apelante praticou concorrência desleal parasitária, porquanto utilizou conceito publicitário e elementos figurativos semelhantes aos concebidos pela apelada para sua marca, visando à inserção no mercado e a obtenção de lucro.

No tocante ao dano material, a recorrida alega que o prejuízo restou comprovado em razão da diminuição de suas vendas, da utilização indevida pela recorrente de sua campanha publicitária e do abalo ao nome e à imagem da empresa.

Ao final, salienta que as partes foram devidamente intimadas na pessoa de seus advogados da data da audiência para oitiva da testemunha e que a r. sentença não é extra petita, uma vez que o pedido para a cessação do uso indevido da expressão em "qualquer outro produto que se iguale, assemelhe ou confunda" com o da apelante constou de sua exordial.

É o relatório do essencial.

Tempestividade anotada. A r. sentença foi disponibilizada no Diário de Justiça Eletrônico no dia 12 de maio de 2014 (fl. 391) e o protocolo recursal deu-se aos 19 do mesmo mês (fl. 562), dentro do quindênio legal.

Na atual legislação há três tipos de marcas: (a) de produto ou de serviço; (b) de certificação; e (c) coletiva.

A marca de produto ou serviço distingue produto ou serviço de outro idêntico, semelhante ou afim, de origem diversa. A marca de certificação atesta a conformidade de um produto ou serviço com determinadas normas ou especificações técnicas. A marca coletiva, por fim, identifica produtos ou serviços provindos de membros de determinada entidade.

A autora busca a proteção da marca "100% grãos nobres".

A marca, segundo a autora, indica a qualidade do grão de arroz oferecido ao consumidor.

Todavia, a marca não foi registrada como marca de certificação - o que talvez lhe pudesse conferir proteção -, e sim de produto.

E ainda que se referisse a um processo produtivo, como entendeu o i. Magistrado sentenciante, a hipótese seria de registro de patente, e não de marca.

Tendo sido registrada como marca, a expressão "100% grãos nobres" carece de proteção marcária por ser expressão genérica que pode ser utilizada em diversos ramos da alimentação, tais como feijão e café.

Tanto assim que o INPI concedeu o registro à autora em 30 de junho de 2015 sem direito ao uso exclusivo da expressão "100% grãos nobres" (endereço

Acesso ao Sumário

eletrônico constante no texto original).

Ora, se a autarquia federal concedeu o registro sem direito ao uso exclusivo da marca depositada, não pode a recorrida impedir o uso da expressão por outrem.

Forçosa, pois, a improcedência do pedido inaugural.

Em razão do exposto, dá-se provimento ao recurso para julgar improcedente o pedido inibitório, invertendo-se o ônus da sucumbência.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1003832-87.2015.8.26.0005, da Comarca de São Paulo, em que é apelante HIRIAN ALMEIDA COSTA (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado CRED SYSTEM ADMINISTRADORA DE CARTÕES DE CRÉDITO LTDA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 13ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 25.099)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ANA DE LOURDES COUTINHO SILVA DA FONSECA (Presidente) e HERALDO DE OLIVEIRA.

São Paulo, 16 de fevereiro de 2016.

CAUDURO PADIN, Relator

Ementa: Ação de indenização por danos morais. Apontamento restritivo do nome da autora em órgão de proteção ao crédito. Desconhecimento da demandante quanto a débito junto ao réu. Não demonstrada a origem da dívida. Réu que não se desincumbiu do ônus probatório que lhe incumbia (art. 333, II, do CPC). Cobrança abusiva. Negativação indevida. Dano moral "in re ipsa" configurado. Improcedência do pedido. Sentença reformada. Recurso provido.

VOTO

Vistos.

Trata-se de apelação contra sentença que julgou improcedente o pedido

Acesso ao Sumário

formulado em ação de indenização por danos morais, condenando a autora ao pagamento das despesas processuais e honorários advocatícios, fixados em R$1.000,00 (condenação sobrestada em razão a parte ser beneficiária da assistência judiciária gratuita, consoante o disposto na Lei nº 1.060/50) (fls. 135/136).

Recorre a autora (fls. 138/153).

Sustenta que não deu causa à inclusão de seu nome nos cadastros de inadimplentes; que desconhece o débito a presentado; que o ônus da prova recai sobre o réu, que não juntou nenhum documento com o escopo de fornecer respaldo às suas alegações; que a inclusão indevida em cadastros restritivos de crédito enseja dano moral. Alega serem evidentes a responsabilidade do réu pelos fatos e o dano moral decorrente dos mesmos. Faz menção à inversão do ônus da prova, prevista no Código de Defesa do Consumidor, e à responsabilidade objetiva do fornecedor de serviços. Impugna a tela de sistema informatizado/operacional e a planilha apresentadas pelo réu, porquanto elaboradas unilateralmente.

O apelo foi regularmente processado, com resposta às fls. 156/170.

Ausente o recolhimento do preparo, por ser a apelante beneficiária da assistência judiciária gratuita (cf. fls. 20).

É o relatório.

Cuida-se de ação de indenização por danos morais, alegando a autora "*que não realizou a compra no valor de R$ 35,32 (trinta e cinco reais e trinta e dois centavos), com vencimento em 10/05/2013*" (fls. 23), que deu origem à negativação impugnada (fls. 19), bem como que a ilícita anotação do seu nome em órgãos de proteção ao crédito constitui dano moral indenizável.

A controvérsia cinge-se em apurar a regularidade da cobrança, aferindo-se se há ou não crédito a favor do réu, bem como inadimplemento por parte da autora, a justificar, inclusive, inscrição em cadastro de inadimplentes.

Oportuno se torna dizer que a relação contratual entre as partes nunca foi negada pela demandante. Ocorre, porém, que o réu não apresentou qualquer prova a respeito da legitimidade do débito contestado; limita-se a alegar, sem provar, não somente a existência da dívida, mas também seu valor. O ônus da prova, nesse tocante, era seu (art. 333, II, do CPC), obrigação da qual não se desincumbiu.

Ressalta-se que a tela (fls. 87) e a planilha (fls. 88) exibidas pelo réu, pelo caráter unilateral, não se prestam para o fim por ele pretendido[1].

Dessa forma, de rigor reconhecer que a inserção do nome da autora em cadastro restritivo, por conta da inadimplência em questão, caracterizou manifesta conduta abusiva e ilegal, causadora de dano moral.

Acesso ao Sumário

1 Haveria de vir a fatura que alegou ter sido paga fora da data de vencimento; a nova com os respectivos (e alegados) encargos contratuais, o que não ocorreu.

E o mesmo não se confunde com o dano material. Nesta linha:

"*(...) para viabilizar a indenização pelo dano material, afigura-se indispensável a prova do efetivo prejuízo. Ainda que se comprove a violação de um dever jurídico, nenhuma indenização será devida desde que não tenha decorrido prejuízo (...)* ***A jurisprudência do STJ é firme na sentido de que o dano moral prescinde da prova do prejuízo, enquanto que a indenização pelo dano material depende da prova de sua existência*** *(AI n. 147.117-RJ, Rel.. Cesar Asfor Rocha, DJU de 20-8-97, p. 38.329)*" (Renato Sartorelli, Dano Moral e Dano Material, Jubileu de Prata, Ed . Oliveira Mendes, p. 12 7)

O dano moral é *in re ipsa*, ou seja, de corre da própria negativação indevida, dispensadas outras provas. Confira-se:

"*[...] 2. Nos casos de inclusão indevida do nome do consumidor no cadastro de inadimplente o dano moral é presumido. Precedentes. [...]*" (STJ, AgRg no AREsp 2864 44/ MG, rel. Min. LUIS FELIPE SALOMÃO, julgado em 06/08/2013)

"*[...] 2. A jurisprudência desta Corte é firme no sentido da desnecessidade, em hipóteses como a dos autos, de comprovação do dano moral, que decorre do próprio fato da inscrição indevida em órgão de restrição ao crédito, operando-se in re ipsa. [...]*" (STJ, AgRg no AREsp 299836/SP, rel. Min. RAUL ARAÚJO , julgado em 02/05/2013)

"*[...] 2. O STJ já firmou entendimento que 'nos casos de protesto indevido de título ou inscrição irregular em cadastros de inadimplentes, o dano moral se configura in re ipsa, isto é, prescinde de prova, ainda que a prejudicada seja pessoa jurídica' (REsp 1059663/MS, Rel. Min. NANCY ANDRIGHI, DJe 17/12/2008). [...]*" (STJ, AgRg no REsp 1146907/AM, rel. Min. MARCO BUZZI, julgado em 24/09/2013)

Quanto aos critérios para a sua fixação tem decidido o Egrégio Superior Tribunal de Justiça:

"*[...] 1. Na fixação do valor da reparação do dano moral por ato doloso, atentando-se para o princípio da razoabilidade e para os critérios da proporcionalidade, deve-se levar em consideração o bem jurídico lesado e as condições econômico-financeiras do ofensor e do ofendido, sem se perder de vista o grau de reprovabilidade da conduta e a gravidade do ato ilícito e do dano causado. [...]*" (REsp 1300187/MS, rel. Min. RAUL ARAÚJO , julgado em 17/05/2012)

"*[...] 2.- No que se refere à verba indenizatória, 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, reiteradamente tem-se pronunciado esta Corte no sentido de que a reparação do dano deve ser fixada em montante que desestimule o ofensor a repetir a*

Acesso ao Sumário

falta, sem constituir, de outro lado, enriquecimento indevido. 3.- Tratando-se de dano moral, cada caso, consideradas as circunstâncias do fato, as condições do ofensor e do ofendido, a forma e o tipo de ofensa, bem como suas repercussões no mundo interior e exterior da vítima, cada caso, repita-se, reveste-se de características que lhe são próprias, o que faz um distinto de outro. Assim, ainda que, objetivamente, os casos sejam bastante assemelhados, no aspecto subjetivo são sempre diferentes. [...]" (AgRg no AREsp 38057/SC, rel. Min. SIDNEI BENETI, julgado em 15/05/2012)

O montante do dano moral não pode ser inexpressivo ou caracterizado como donativo, nem ser motivo de enriquecimento abrupto e exagerado, como premiação em sorteio, e deve possuir poder repressivo, inibidor e, por outro, formador de cultura ética mais elevada.

Com isto, tendo em vista as circunstâncias do fato, a condição financeira das partes, a gravidade objetiva do dano e a extensão do seu efeito lesivo, aliados à necessidade de se fixar uma indenização que não constitua enriquecimento sem causa da autora, mas que corresponda ao desestímulo de novos atos lesivos desta natureza, considerando-se, ainda, os critérios de prudência e razoabilidade e o poder repressivo e formador, tem-se que o valor da indenização deve ser fixado em R$ 10.000,00 (dez mil reais).

A correção monetária deve ser realizada segundo os índices da tabela prática desta Corte a contar do arbitramento, nos termos da Súmula nº 362 do Superior Tribunal de Justiça: "*A correção monetária do valor da indenização do dano moral incide desde a data do arbitramento*"; no presente caso, a contar da publicação deste acórdão.

E os juros de mor a, de 1% ao mês, a contar da citação, nos termos do ar t. 405 do Código Civil: "*Contam-se os juros de mora desde a citação inicial*".

Ante o exposto, o meu voto dá provimento ao recurso, para julgar procedente o pedido formulado na exordial, ou seja, condenar o réu ao pagamento de indenização por dano moral, nos termos da fundamentação, mais ao pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios fixados em 10% sobre o valor atualizado da condenação.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 3003583-93.2013.8.26.0063, da Comarca de Barra Bonita, em que é apelante WILSON LUIS SALVI (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado BV FINANCEIRA S/A CRÉDITO FINANCIAMENTO E INVESTIMENTO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 12ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 20224)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores JACOB VALENTE (Presidente sem voto), SANDRA GALHARDO ESTEVES e CASTRO FIGLIOLIA.

São Paulo, 18 de fevereiro de 2016.

TASSO DUARTE DE MELO, Relator

Ementa: REVISIONAL DE CONTRATO BANCÁRIO. Cédula de crédito bancário.

REVISÃO CONTRATUAL. Possibilidade. Inexistência de mácula ao princípio do *pacta sunt servanda* ou da intangibilidade dos atos jurídicos perfeitos. Necessidade, no entanto, de demonstração das cláusulas abusivas (Súmula nº 381 do STJ).

CAPITALIZAÇÃO MENSAL DE JUROS. Cédula de crédito bancário. Possibilidade por expressa disposição legal. Art. 28, §1º, I, da Lei nº 10.931/2004. Previsão contratual expressa de capitalização. Inteligência da Súmula nº 541 do C. STJ. Recurso não provido.

Recurso não provido.

VOTO

Trata-se de apelação interposta Wilson Luís Salvi (fls. 107/119) contra a r. sentença (fls. 88/91) proferida pelo MM. Juiz de Direito da 2ª Vara da Comarca da Barra Bonita, Dr. Ricardo Venturini Brosco, que julgou parcialmente procedente o pedido deduzido na inicial para: (i) declarar a nulidade da cláusula contratual que prevê a cobrança cumulada da comissão de permanência com multa, "afastando a incidência desta última"; (ii) condenar a Apelada à repetição do indébito.

Sustenta o Apelante: (i) a possibilidade da revisão do contrato; (ii) a cobrança de juros capitalizados mensalmente e a sua ilegalidade; (iii) a ausência de previsão contratual da capitalização mensal de juros e a necessidade de previsão expressa no contrato; e (iv) que teria direito à devolução dos valores pagos a esse título.

Contrarrazões às fls. 124/138.

Acesso ao Sumário

É o relatório.

O recurso não comporta provimento.

Trata-se de ação revisional das cláusulas supostamente abusivas e ilegais estipuladas na cédula de crédito bancário celebrada entre as partes em 2009 (fls. 16).

Possibilidade de revisão das cláusulas contratuais.

Quanto à revisão de cláusulas contratuais no ordenamento jurídico brasileiro, é possível seja sob a ótica do Código de Defesa do Consumidor, seja sob a ótica do Código Civil, não havendo que se falar em desrespeito ao princípio do *pacta sunt servanda*.

Com efeito, constata-se que os princípios informativos das relações contratuais inseridos pelo Código de Defesa do Consumidor foram reiterados pelo atual Código Civil, que trouxe no seu bojo os princípios da função social do contrato (art. 421), da probidade (eticidade) e boa-fé (art. 422) e da interpretação mais favorável ao aderente em casos de contrato de adesão com cláusulas ambíguas e contraditórias (art. 423).

Feita tal ponderação, passa-se à análise da tese central do apelo.

Capitalização mensal de juros.

Tratando-se de cédula de crédito bancário, a matéria é regida pela Lei nº 10.931/2004, que no art. 28, §1º, I, autoriza a cobrança de juros capitalizados em periodicidade inferior ao ano, desde que expressamente pactuada.

Sobre o tema, o C. STJ pacificou o entendimento de que a previsão de taxa de juros anual superior ao duodécuplo da mensal é suficiente para permitir a cobrança dos juros capitalizados mensalmente, conforme Súmula nº 541:

> "A previsão no contrato bancário de taxa de juros anual superior ao duodécuplo da mensal é suficiente para permitir a cobrança da taxa efetiva anual contratada."

Na espécie, há expressa pactuação da capitalização de juros em período inferior a um ano, conforme se constata da taxa anual cobrada (22,13%), que, se decomposta em 12 (doze) meses, é superior à taxa mensal, de 1,68% (fls. 16).

Recurso não provido.

Diante do exposto, nega-se provimento ao recurso.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0005003-50.2012.8.26.0604, da Comarca de Sumaré, em que é apelante BANCO DO BRASIL S/A, é apelado ANTONIA RODRIGUES BURIM (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: "Não Conheceram do recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 18449)**

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

São Paulo, 18 de fevereiro de 2016.

RENATO RANGEL DESINANO, Relator

Ementa: APELAÇÃO - Inovação recursal - Impossibilidade de conhecimento de argumentos que se mostram diversos daqueles que foram analisados em Primeira Instância - RECURSO NÃO CONHECIDO.

VOTO

Trata-se de recurso de apelação interposto em face de sentença, cujo relatório se adota, que, em "ação de cobrança", proposta por ANTONIA RODRIGUES BURIM, em face de BANCO DO BRASIL S/A, julgou procedente o pedido da autora, condenando o réu ao pagamento de R$ 32.994,00, corrigidos monetariamente desde a propositura da ação e acrescido de juros de mora de 1% ao mês a contar da citação. Pela sucumbência fica o réu responsável pelo pagamento de custas e despesas processuais, corrigidos desde o desembolso, bem como honorários advocatícios sucumbenciais fixados em 20% sobre o valor total da condenação, corrigidos até a efetiva quitação (fls. 41/41v).

Recorre o réu. Preliminarmente sustenta ilegitimidade de parte. No mérito, aduz que ocorreu grupamento de ações, com eventual possibilidade de aquisição de ações pela própria companhia, tudo sob autorização da CVM e conforme deliberação de sua Assembleia Geral Extraordinária. Afirma que a autora não se manifestou em momento oportuno quanto ao direito de negociar seus títulos mobiliários, e que o emitente das ações não pode ser obrigado a adquirir novamente os títulos (recompra), devendo a autora vendê-las no mercado de capitais (fls. 43/50).

Recurso recebido e contrariado (fls. 57/60).

É o relatório.

PASSO A VOTAR

O recurso não comporta conhecimento.

Inicialmente, o apelante, alega que é parte ilegítima para responder aos

termos da ação, pois não foi responsável pela ausência de pagamento das ações, mas que ocorreu um novo grupamento de ações, por orientação da CVM e após decisão da Assembleia Geral.

Ocorre que, em sua contestação, não há qualquer menção, pelo réu, à sua ilegitimidade passiva, configurando assim, inovação recursal.

Apenas pode ser objeto de impugnação a matéria inserta no âmbito de julgamento do órgão "a quo".

Nesse sentido:

> "*É inadmissível inovar o pedido em sede de recurso, visto que não se pode recorrer do que não foi objeto de discussão e decisão em primeira instância (RT 811/282).*" (Código de Processo Civil e legislação processual em vigor, Theotonio Negrão, 38ª ed., Saraiva, nota 10a, ao artigo 514, p. 625).

O mesmo há de ser dito quanto às alegações de mérito referentes à ocorrência de grupamento de ações; ao momento em que a autora deveria ter se manifestado em relação a seu desejo de negociar suas ações; e quanto à obrigação do réu em adquirir os títulos por si emitidos.

Ora, na contestação, o banco-réu concentrou sua argumentação em torno da inépcia da inicial por supostos pedidos genéricos da autora. Além disso, alega que o ônus probante incumbe à autora, sendo incabível sua inversão.

Assim, observa-se que nenhum dos argumentos trazidos no recurso de apelação foi abordado perante o Juízo *a quo*, sendo, portanto, impossível sua análise diretamente em instância superior, sob pena de ofensa ao princípio do duplo grau de jurisdição.

Ante o exposto, pelo meu voto, não conheço do recurso.

ACÓRDÃO

Acesso ao Sumário

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1082108-75.2014.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante ANTÔNIO MARCOS TARELHO (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado BANCO SAFRA S/A.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 11ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 33.462)**

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

São Paulo, 19 de fevereiro de 2016.
GILBERTO DOS SANTOS, Relator

Ementa: CONTRATO BANCÁRIO. Financiamento de veículo. Ação revisional. 1. Juros conforme as taxas de mercado. Abusividade inexistente. 2. Capitalização permitida expressamente na espécie (art. 28, § 1º, da Lei nº 10.931, de 02.08.2004). Recurso não provido.

VOTO

Trata-se de ação revisional de contrato bancário julgada parcialmente procedente pela r. sentença de fls. 76/78, de relatório adotado, para afastar a comissão de permanência, mantendo os demais encargos moratórios, determinar a correção do saldo devedor e a restituição de eventuais valores pagos indevidamente. Em razão da sucumbência mínima do réu, o autor foi condenado ao pagamento das despesas processuais e honorários advocatícios fixados em R$ 1.000,00.

Apela o autor (fls. 82/91), postulando a aplicação do CDC no caso em tela. Alega que os juros são abusivos e ilegalmente capitalizados, além de não ter tido a possibilidade de discutir as cláusulas contratuais.

Recurso isento de preparo em razão da gratuidade concedida (fls. 24), foi respondido (fls. 94/100), pela manutenção da r. sentença.

É o relatório.

De início, embora já se tenha resolvido que "*O Código de Defesa do Consumidor é aplicável às instituições financeiras*" (Súmula 297 do STJ), isso por si só não muda a sorte do caso, pois tal diploma não se destina a distribuir benesses, mas a proteger direitos daqueles que os têm.

Portanto, importante de ser visto era se houve e onde ocorreu tal abuso, para o que se dispensava o desfiar de teses filosóficas, bastando o exame objetivo da matéria fática.

Conforme se verifica dos autos, em 24.08.2011 as partes celebraram Cédula de Crédito Bancário nº 097000031933 para aquisição de veículo no valor de R$ 18.500,00, para pagamento em 48 parcelas de R$ 619,44, já incluídos juros de 1,83% ao mês ou 124,31% ao ano (fls. 61/67). No contrato foram cobradas tarifas de *cadastro* (R$ 620,00), além do IOF (R$ 565,20).

Pois bem.

A insurgência contra os juros não tem o mínimo fomento jurídico.

Ao contrário do que diz o autor, a taxa contratada se situa dentro dos parâmetros de mercado, nada havendo nos autos que autorize concluir por

Acesso ao Sumário

qualquer abuso.

Como já se decidiu, não se pode falar de abusividade na pactuação dos juros remuneratórios só pelo fato de a estipulação ultrapassar 12% ao ano ou de haver estabilidade inflacionária no período (STJ - AgRg no REsp 656.263-RS Ministro CESAR ASFOR ROCHA, J. 21/10/2004, DJ de 01.02.2005, p. 578). Ao contrário, a abusividade destes só pode ser declarada, caso a caso, à vista de taxa que comprovadamente discrepe, de modo substancial, da média do mercado na praça do empréstimo, salvo se justificada pelo risco da operação (STJ - REsp 402.261-RS, Rel. desig. Ministro ARI PARGENDLER, J. 26/03/2003, DJ de 06.12.2004, p. 188). Mas aqui não se fez prova alguma de discrepância dessa ordem.

O insurgimento contra a capitalização de juros é sem proveito, pois na espécie a capitalização é permitida.

A Lei nº 10.931, de 02.08.2004, em seu artigo 28, § 1º, que rege as **cédulas de crédito bancário** é muito clara a respeito. Veja-se:

> *"Art. 28. A Cédula de Crédito Bancário é título executivo extrajudicial e representa dívida em dinheiro, certa, líquida e exigível, seja pela soma nela indicada, seja pelo saldo devedor demonstrado em planilha de cálculo, ou nos extratos da conta corrente, elaborados conforme previsto no § 2º.*
>
> *§ 1º Na Cédula de Crédito Bancário poderão ser pactuados:*
>
> *I - os juros sobre a dívida, capitalizados ou não, os critérios de sua incidência e, se for o caso, a periodicidade de sua capitalização, bem como as despesas e os demais encargos decorrentes da obrigação;*
>
> *(...)"* (grifei).

E o pacto de capitalização vem claro e expresso no contrato, como se pode ver das características da operação (fls. 61).

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

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1035371-41.2014.8.26.0576, da Comarca de São José do Rio Preto, em que é apelante CIA. DE RODEIO PAULO EMÍLIO LTDA., são apelados FABIO APARECIDO PRATES PEREIRA e PRATES & PRATES EVENTOS LTDA. ME.

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 nº 24611)**

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

São Paulo, 15 de fevereiro de 2016.

TEIXEIRA LEITE, Relator

Ementa: DIREITO EMPRESARIAL. Obrigação de não fazer c.c. indenização por dano material e moral. Apelados que utilizam a expressão Rodeo Country Bulls, em nítido caráter parasitário porquanto idêntica a da apelante e para o mesmo ramo de atividade. Possibilidade de causar confusão ao consumidor que é patente e autoriza o reconhecimento de concorrência desleal. Apelante que possui registro frente ao INPI, o que deve ser respeitado. Abstenção de uso. Indenização por dano material devida e que deve ser apurada em liquidação de sentença. Indenização por dano moral *in re ipsa*. Recurso provido.

VOTO

Trata-se de apelação contra r. sentença (fls. 193/195), que julgou improcedente ação de obrigação de não fazer c.c. indenização por dano material e moral proposta por Cia. de Rodeio Paulo Emílio Ltda. contra Fabio Aparecido Prates Pereira e outro, sob o argumento de que a utilização da expressão "RODEO COUNTRY BULLS" pelos réus não causa confusão no consumidor, porquanto *"o formato dos veículos de publicidade, a coloração, e o nome diverso das cidades (num sendo São José do Rio Preto; noutro, a cidade de Andradina), constituem dados que distinguem uma publicidade da outra."*

Inconformada, em suas razões de apelação (fls. 198/220), a empresa autora reitera tratar-se de uma das maiores companhias de rodeio do Brasil, atuando nesse ramo há mais de 18 anos e com o devido registro no INPI desde 2006, o que lhe garante agir contra terceiros desautorizados de usar sua marca. Afirma que os apelados estão, de forma parasitária, se valendo da expressão "RODEO COUNTRY BULLS", para divulgar evento de mesma natureza, portanto em nítida concorrência desleal. Assim, pretende a reforma da r. sentença para que os apelados fiquem proibidos de utilizar a marca "RODEO COUNTRY BULLS", além de serem condenados em danos materiais e morais.

Sem contrarrazões.

Acesso ao Sumário

Este é o relatório.

O recurso comporta provimento.

Ao que se apura, a apelante é titular da marca *"Rio Preto Rodeo Country Bulls"*, depositada em 2000 e concedida em 2006, promovendo, há mais de 18 anos, eventos no ramo de rodeios na cidade de São José do Rio Preto.

Todavia, sustenta ter sido surpreendida com a descoberta de que os apelados estão promovendo na cidade de Andradina, o evento *"Andradina Rodeo Country Bulls"*, portanto com a indevida utilização da expressão *"Rodeo Country Bulls"*, o que, por óbvio, entende ocasionar patente confusão aos consumidores, pretendendo a abstenção desse uso.

Pois bem.

No caso, com todo respeito ao entendimento do MM. Juiz, a referida expressão utilizada pelos apelados se caracteriza em utilização parasitária, porquanto o ramo de atuação das partes é no mesmo segmento, qual seja, o mercado de rodeios.

E como já salientado por este Relator quando do julgamento do agravo de instrumento: "*A similitude dos nomes dos eventos é evidente, em razão da utilizado do mesmo conjunto de palavras na expressão Rodeo Country Bulls. A mudança apenas do nome da cidade, que antecede a expressão, pode incutir no consumidor a ideia de que o agravante, que detém o direito de uso exclusivo da marca, esteja promovendo aquele mesmo evento também na cidade de Andradina. Nesse raciocínio, os agravados, que promovem o evento há apenas 2 anos, estariam se beneficiando da marca desenvolvida e utilizada pela agravante, tradicional companhia de rodeio nacional.*"

Nesse rumo, ainda que a forma de publicidade aplicada seja diversa, o simples uso do conjunto de palavras - *Rodeo Country Bulls* - leva o consumidor a acreditar que a tão conhecida cia. apelante está ampliando seu negócio para outras cidades e daí o aproveitamento pelos apelados, durante esses dois anos, de toda a fama e bom nome conquistado pela apelante.

A propósito: "*Ao mesmo tempo em que o empresário organiza os meios de que dispõe para o exercício da empresa, conjugando-os a fim de otimizar os resultados, destinação essa que dá unidade ao estabelecimento e que decorre de uma atividade criadora, aplica ao próprio estabelecimento e aos produtos de sua atividade sinais (nomes e/ou símbolos) que possam ser reconhecidos pela clientela e pelos consumidores*". **(Propriedade Intelectual, Newton Silveira, ed. Manole)**.

Acesso ao Sumário

Assim, a utilização da referida expressão pelos apelados, criação da apelante para identificar sua prestação de serviços, implica na nítida associação com esta atividade específica, o que pode causar confusão nos consumidores.

No que concerne ao pedido de indenização por dano material, este merece

ser acolhido, porquanto o aproveitamento indevido da marca da apelante por esse período de dois anos é passível de gerar dano patrimonial, o qual deverá, nos termos do artigo 210 da Lei 9279/96, ser apurado em liquidação de sentença.

Por fim, e sabido que a mera comprovação da concorrência parasitária, faz presumir o prejuízo, tratando-se de um dano *in re ipsa*, devida também a indenização por dano moral no valor pretendido.

A propósito, nessa matéria, o registro do **i. Desembargador Francisco Loureiro** de que "*Como afirma sedimentada jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, os danos por confração são in re ipsa*. **(Resp 466761/RJ, Ministra NANCY ANDRIGHI; NO MESMO SENTIDO, Resp 101059/RJ Ministro RUY ROSADO DE AGUIAR)**.

Portanto, o melhor é reformar a r. sentença, para condenar os apelados a se absterem de usar a expressão *"Rodeo Country Bulls"* em eventos, programas, informes publicitários, documentos ou materiais promocionais, físicos ou virtuais, além de condená-los à indenização por dano material a ser apurada em liquidação de sentença e indenização por dano moral no valor de R$ 25.500,00.

Diante deste novo resultado, ficam os apelados condenados, ainda, nas custas, despesas processuais e honorários advocatícios que fixo em 10% do valor da condenação.

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

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1023420-57.2013.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante MARIA DE FATIMA ALVES DA SILVA (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado VRG LINHAS AÉREAS S/A.

ACORDAM, em 23ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 13911)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PAULO ROBERTO DE SANTANA (Presidente sem voto), J. B. FRANCO DE GODOI E JOSÉ MARCOS MARRONE.

São Paulo, 17 de fevereiro de 2016.

SÉRGIO SHIMURA, Relator

Ementa: AÇÃO DE RESTITUIÇÃO DE VALORES

Acesso ao Sumário

C/C INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS - PERDA DE VOO - ATRASO PARA A REALIZAÇÃO DO *CHECK-IN* - O transporte aéreo de passageiros envolve dois momentos distintos, quais sejam, o de realização do "check-in" e o do efetivo embarque. O horário para estar no portão de embarque não se confunde com aquele em que o passageiro deve se apresentar no balcão de "check-in". No caso, a própria autora alega que chegou no balcão de *check-in* com apenas 30 minutos de antecedência, em desatendimento aos 60 minutos necessários antes do horário de partida da aeronave - Demonstração de que as informações aos passageiros estão disponíveis no momento da compra do bilhete - Culpa exclusiva do consumidor - Sentença de improcedência mantida - RECURSO DESPROVIDO.

VOTO

Trata-se de ação proposta por MARIA DE FÁTIMA ALVES DA SILVA contra VRG LINHAS AÉREAS S/A, objetivando a restituição de valor correspondente à passagem aérea, bem como a indenização por danos morais decorrentes do impedimento injustificado do embarque.

Sobreveio sentença de improcedência, cujo relatório se adota, com base na falta de provas de que a autora tenha chegado no horário previsto para o embarque, inexistindo ilicitude na conduta da ré a ensejar o dever de reparação. Pela sucumbência, a verba honorária a cargo da autora foi arbitrada em 10% sobre o valor da causa (R$ 2.646,24), observados os benefícios da gratuidade processual (fls. 77/80).

Inconformada, a autora vem recorrer, sustentando, em resumo, que todos os consumidores devem ter o mesmo tratamento, pois outras pessoas chegaram em momento posterior e conseguiram embarcar; e que o valor da passagem não utilizada deve ser reembolsado (fls. 85/87).

Recurso devidamente processado e respondido a fls. 92/101. **É o relatório.**

Cuida-se de ação indenizatória, em que a autora apelante pretende o reembolso do valor da passagem aérea não utilizada, porque foi impedida de realizar o *check-in* e embarcar no voo com destino à cidade de Belém/PA, com escala em Brasília.

Diz a autora que o impedimento foi injustificado, tendo em vista que chegou no balcão da ré às 6h30m, ou seja, com 30 minutos de antecedência da hora do embarque, sendo que outros passageiros que chegaram após esse

Acesso ao Sumário

horário conseguiram embarcar normalmente.

Em razão do impedimento, foi obrigada a adquirir nova passagem, o que lhe causou prejuízos materiais e morais, já que a ré poderia ter providenciado seu embarque em voo posterior.

Em defesa, a ré apelada sustenta que é notório o fato de que, para a realização do *check-in*, há necessidade de prévia apresentação do passageiro, com 01 hora de antecedência, no mínimo, o que não se confunde com o período de 30 minutos concedido para a apresentação no portão de embarque.

No caso, a autora reconhece que chegou para realizar o *check-in* com 30 minutos de antecedência do horário do voo, mas insurge-se contra a conduta da ré que deixou que outros passageiros que chegaram em momento posterior, pudessem embarcar, sem qualquer impedimento.

Todavia, apesar da alegação, a autora apelante não logrou demonstrar a ocorrência desse fato. Cabe ressaltar que, mesmo com a incidência do Código de Defesa do Consumidor e a responsabilidade civil objetiva da ré no dever de indenizar independentemente de culpa, a apelante não se exime de comprovar sua versão dos fatos, pois a lei consumerista não determina, automaticamente e por si só, a inversão do ônus da prova.

Para a sua aplicação, é necessário verificar se estão presentes os requisitos autorizadores, quais sejam, a hipossuficiência *e* a verossimilhança da alegação.

No caso em tela, não se vislumbra verossimilhança nas alegações deduzidas como fundamento para o pedido indenizatório.

Em outro dizer, a apelante deveria demonstrar os fatos constitutivos de seu direito, mas desse ônus não se desincumbiu, ressaltando que, na oportunidade para especificar provas, pugnou pelo julgamento antecipado da lide, demonstrando-se satisfeita com os elementos constantes nos autos (fl. 76).

Outrossim, é necessário destacar que o transporte aéreo de passageiros envolve dois momentos distintos, quais sejam, o da realização do "check-in" e o do efetivo embarque. Nessa linha, verifica-se do bilhete de passagem juntado a fl. 11 pela autora, que a informação é clara de que o tempo de apresentação para embarque em voo doméstico é de "30 min antes".

Veja-se que o *horário de partida* da aeronave descrito no bilhete tem a diferença exata de 30 minutos do *horário de embarque*, o que também não se confunde com o tempo mínimo para a realização do "check-in".

É evidente, portanto, a necessidade de um tempo maior do que 30 minutos para todos os trâmites desde o "check-in" - que envolve a apresentação de documentos e o despacho de bagagem - e a decolagem. Sem contar o tempo necessário até a entrada de todos os passageiros na aeronave e a acomodação em seus respectivos lugares.

Acesso ao Sumário

Em resumo, o horário para estar no portão de embarque não se confunde com aquele em que o passageiro deve se apresentar no balcão de "check-in". Conclui- se, pois, que os 30 minutos de antecedência previstos no bilhete referem-se à chegada *no portão de embarque*, e não na fila para o "check-in".

Além disso, apesar de a autora ter juntado o comprovante de compra de forma incompleta (fl. 10), não há que se falar em falta de informação, sobretudo porque a ré demonstrou que as condições de embarque ficam disponibilizadas aos passageiros no momento da compra do bilhete.

Como bem ressaltou a d. Magistrada *a quo*, Dra. VANESSA MIRANDA TAVARES DE LIMA, "*a ré cumpriu com a sua incumbência de informar a cliente sobre o arranjo de horários no que se cabe ao embarque e ao check in, disponibilizando tais informações em seu sítio virtual. Tais informações também são consideradas como senso comum para os que utilizam serviços aéreos uma vez que é uma das obrigações do passageiro e está explicitada no art. 16 da Portaria 676 da ANAC além de no site da Infraero. Logo, não se vê a presença do nexo de causalidade, ou seja, o resultado gerado, dano, não teve influência de uma atitude da ré.*" (fl. 78).

No mesmo sentido: "APELAÇÃO. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. Atraso do autor para fazer o *check in*. Perda do voo por culpa do autor. Aquisição de novas passagens de outra companhia. Inocorrência de dano material. Não caracterização do dano moral. Sentença parcialmente reformada. Recurso do autor desprovido, provido o recurso da ré. (Apelação nº 0004834-05.2013.8.26.0224, 37ª Câmara de Direito Privado, Rel. PEDRO KODAMA, j. 10/03/2015).

"AÇÃO DE RESTITUIÇÃO DE VALOR PAGO C.C INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. Prestação de serviços. Transporte aéreo de passageiros. Perda de voo. Pretensão à indenização por danos morais e materiais. INADMISSIBILIDADE: A ré não tem responsabilidade pelo atraso da passageira no momento do embarque. Ausência de verossimilhança que autorize a inversão do ônus da prova. Danos moral e materiais não caracterizados. Sentença mantida." (Apelação nº 0026936-50.2012.8.26.0161, 37ª Câmara de Direito Privado, Relator ISRAEL GÓES DOS ANJOS, j. em 24/09/2013)".

"RESPONSABILIDADE CIVIL. Dano material e moral. Improcedência. Alegação de falta de informação que culminou com o cancelamento das passagens aéreas. Hipótese em que o próprio autor ocasionou o dano sofrido, posto que chegou com atraso para embarque no voo e consequente cancelamento dos bilhetes. Não caracterizada qualquer conduta irregular das requeridas na prestação de serviço. Inocorrência de dever de indenizar dano material ou moral. Sentença mantida. Recurso não provido." (Apelação nº 0006136-18.2009.8.26.0157, Rel. HERALDO DE OLIVEIRA, 13ª Câmara de Direito

Acesso ao Sumário

Privado, j. 03/08/2011)".

Por fim, a apelante insiste que outras pessoas conseguiram embarcar, mesmo tendo se apresentado ao balcão de "check-in" depois dos 30 minutos do horário previsto para a partida, mas, como já adiantado, tal alegação restou desacompanhada de qualquer elemento de prova.

Em conclusão, fica mantida a r. sentença tal como lançada.

Do exposto, pelo meu voto, **nego provimento** ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1016715-95.2013.8.26.0309, da Comarca de Jundiaí, em que é apelante ITAÚ UNIBANCO S/A, é apelado APARECIDA FÉLIX DOS SANTOS (JUSTIÇA GRATUITA).

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 14ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento em parte ao apelo e negaram-no ao Agravo Retido. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 5880)**

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

São Paulo, 29 de fevereiro de 2016.

MAURÍCIO PESSOA, Relator

Ementa: Ação de indenização por danos material e moral - Saques em conta corrente não reconhecidos pela apelada - Instituição financeira que não demonstrou a regularidade dos saques - Dano moral caraterizado - Sentença de procedência reformada, em parte, para reduzir o valor da reparação por dano moral - Cerceamento de defesa inocorrente e agravo retido desprovido - Recurso parcialmente provido.

VOTO

Em "*ação de indenização por danos materiais e morais*" (saques em conta corrente), a r. sentença (fls. 139/144), de relatório adotado, julgou procedentes os pedidos para condenar o réu ao ressarcimento das quantias indevidamente sacadas da conta da autora, no valor de R$ 1.200,00, corrigido monetariamente a partir de 13 de novembro de 2013 e a pagar indenização por dano moral no

Acesso ao Sumário

valor de R$ 15.000,00, com correção monetária a partir da sentença e juros de mora devidos do evento danoso, e ao pagamento das custas e honorários de advogado arbitrados em 15% sobre o valor atualizado da condenação.

Recorreu o réu (fls. 146/158) sustentando, em síntese, o conhecimento do seu agravo retido; houve cerceamento de defesa por não ter sido colhido o depoimento pessoal da autora; não há defeito na prestação do serviço, pois o cartão magnético é dotado de CHIP e só pode ser utilizado com a senha pessoal do correntista; os valores reclamados são compatíveis com outros valores anteriormente sacados pela autora; não há valores a serem indenizados e o valor da indenização pelo dano moral é exacerbado.

Recurso preparado (fls. 158/161) foi recebido em ambos os efeitos (fls. 162) e contrarrazoado (fls. 163/167).

O réu se opôs ao julgamento virtual.

É o relatório.

A apelada ingressou com a presente ação para pleitear indenização por danos material e moral decorrentes de saques indevidos (R$ 200,00 e R$ 1.000,00) havidos na sua conta corrente e requerer a indenização pelos danos material (R$ 1.200,00) e moral (R$ 50.000,00) que suportara em decorrência desses fatos, após o apelante ter indeferido sua reclamação administrativa.

Não são raras as ações de falsários que de forma fraudulenta têm acesso à senha dos clientes de serviços bancários e efetuam movimentações em suas contas, cartão de crédito e outras operações bancárias, sem autorização daqueles.

De tais fatos as instituições bancárias devem se resguardar de todas as maneiras possíveis, tudo para evitar esse tipo de fraude.

No presente caso, observa-se que o apelante em nenhum momento apresentou qualquer documento ou elemento demonstrador de ter sido a apelada quem efetuara os saques controversos. O extrato de movimentação contábil da conta corrente da apelada apresentado por ele não é elemento suficiente para comprovar a licitude dos saques questionados, haja vista que ela bem identificou os valores que entende como indevidamente sacados de sua conta.

Acesso ao Sumário

Ora, a existência de saques de valores similares ocorridos em outras datas, por si só, não infirma os aqui reclamados pela apelada.

Ademais, para o deslinde da controvérsia não era imprescindível o depoimento pessoal da apelada, pois a apresentação de imagens do ambiente da agência - onde ocorreram os saques, inclusive, com a ajuda de funcionário do apelante - constituiria prova fundamental para que o apelante pudesse comprovar que os saques foram efetivados pela apelada.

Se não produziu esse tipo de prova, não lhe socorre a assertiva de não ser "*razoável exigir que desta instituição financeira as imagens de seu sistema de*

segurança patrimonial por prazo superior a 30 ou 40 dias." (fls. 132).

Não o fez! Limitou-se ao campo das conjecturas frágeis e desprovidas de elementos capazes de lhes conferir relevância e verossimilhança.

Como cediço, *allegare et non probare est non allegare*.

Nesse contexto, não tendo o apelante comprovado que as movimentações financeiras reclamadas pela apelada foram por ela efetuadas, ele deve ser compelido a reparar o dano material, como determinado pelo magistrado sentenciante.

Assim, sob qualquer ângulo de exame da questão (responsabilidade objetiva ou subjetiva), resulta manifesta a responsabilidade do apelante.

Diante do quanto processado, outrossim, depreende-se que não se pode afastar o pedido de indenização por dano moral.

A apelada fora privada de valores sacados de sua conta corrente - onde é depositado seu benefício previdenciário no valor de R$ 1.165,34 - e buscou a solução do problema por ela não criado junto ao apelante. No entanto, não obteve êxito.

A indisponibilidade foi mantida, a apelada foi taxada de responsável por atos não praticados e, ainda, foi obrigada a requerer a intervenção do Estado na solução do conflito.

Como se vê, a apelada não suportou meros aborrecimentos; ao contrário, vivenciou constrangimento e angústia, sentimentos que atingem, profundamente, os valores anímicos e, por isso, constituem danos morais.

Demonstrado o dano e o nexo de causalidade, presentes estão os pressupostos da responsabilidade civil objetiva a impor ao banco o dever de indenizar.

Por isso, evidenciada a falha na prestação dos serviços, o dano moral havido deve ser reparado pelo apelante.

No que se refere ao arbitramento do valor da indenização pelo dano moral, não se pode perder de vista que, da mesma forma que não pode resultar num enriquecimento sem causa, deve trazer certo conforto ao ofendido e não pode ser leniente ao ofensor que, de alguma forma, deve ser desestimulado a reincidir.

A indenização arbitrada no valor de R$ 15.000,00 (quinze mil reais) deve ser reduzida para R$ 8.000,00 (oito mil reais), a fim de se dar máxima efetividade aos princípios da moderação e proporcionalidade, mantidos os mesmos parâmetros de correção monetária e juros de mora.

Por tais, razões reforma-se em parte a r. sentença, sem que se reconheça o alegado cerceamento de defesa, com desprovimento do agravo retido.

Ante o exposto, meu voto **DÁ PARCIAL PROVIMENTO** ao apelo e **NEGA PROVIMENTO** ao agravo retido.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1002017-64.2015.8.26.0196, da Comarca de Franca, em que é apelante CARLOS HENRIQUE PEREIRA, é apelado ITAÚ UNIBANCO S/A.

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 37.637)**

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

São Paulo, 4 de fevereiro de 2016.

MATHEUS FONTES, Relator

Ementa: INDENIZAÇÃO - PERMANÊNCIA INDEVIDA DO NOME EM ÓRGÃO DE PROTEÇÃO AO CRÉDITO - DANO MORAL CONFIGURADO - MONTANTE ADEQUADO - APELAÇÃO IMPROVIDA.

VOTO

Ação de preceito cominatório e indenização foi julgada procedente em parte pela sentença, que condenou o réu a pagar R$ 4.500,00 por danos morais, corrigidos e com juros, confirmando tutela antecipada para retirada do nome de órgão de proteção ao crédito, custas, despesas e verba honorária de 15% do total.

Apelou o autor para elevar a indenização a não menos de R$20.000,00.

Recurso tempestivo, preparado, respondido.

É o Relatório.

Em primeiro grau, o veredicto definiu haver permanência indevida do nome no cadastro de órgãos de proteção ao crédito, gerador de dano moral, ante a demora em retirá-lo dali após o parcelamento de débito pendente. A inicial reclamava de restrição na SERASA, passados onze (11) dias da formalização de acordo, com pagamento da primeira parcela (fls. 2).

Como o réu não apelou, resta para análise apreciar o montante da indenização.

Examinadas as circunstâncias, repercussão da ofensa e suas consequências

Acesso ao Sumário

para o lesado, e tendo ainda em conta os critérios de proporcionalidade e razoabilidade, a quantia arbitrada está adequada às peculiaridades do caso, minuciosamente examinadas pelo juiz (fls. 133), e dentro do parâmetro máximo adotado pelo STJ em casos análogos (REsp 527.414/PB, DJ 16.02.04; REsp 511.976/RO, DJ 16.02.04; REsp 480.498/MG, DJ 25.02.04; REsp 110.091/MG, DJ 28.08.00; REsp 294.561/RJ, DJ 04.02.02; REsp 218.241/MA, DJ 24.09.01; REsp 232.437/SP, DJ 04.02.02; REsp 296.555/PB, DJ 20.05.02), não comportando modificação.

Convém ressaltar que o apelante obtivera liminarmente tutela antecipada para pronta exclusão do apontamento (fls. 50).

Ante o exposto, nego provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0010249-93.2012.8.26.0291, da Comarca de Jaboticabal, em que é apelante BV FINANCEIRA S/A CRÉDITO FINANCIAMENTO E INVESTIMENTO, é apelado ROSEANE PIRES MARTINS (JUSTIÇA GRATUITA).

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 16ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso, por maioria de votos, vencido o revisor que declara", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. (Voto nº 14089)

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

São Paulo, 2 de março de 2016.

LUÍS FERNANDO LODI, Relator

Ementa: AÇÃO DE REPETIÇÃO DE INDÉBITO - COBRANÇA DA TARIFA DE REGISTRO DE CONTRATO E DE AVALIAÇÃO DE BEM - Acolhimento - Apelada que sabia da cobrança dos referidos encargos, uma vez que previsto no contrato entabulado - Ausência de demonstração de vantagem exagerada do agente financeiro - Legalidade para cobrança das tarifas bancárias. Recurso Provido.

Acesso ao Sumário

VOTO

1. Apelação interposta por BV Financeira S/A. Crédito, Financiamento e

Investimento S/A. junto à ação de repetição de indébito proposta por Roseane Pires Martins em face daquela, cuja sentença de fls. 88/90, proferida pelo Magistrado Alexandre Gonzaga Baptista dos Santos, julgou parcialmente procedente o pedido inicial.

Alega inexistir qualquer irregularidade na cobrança das tarifas de registro de contrato e de avaliação de bem, pois previsto no contrato, arguindo que deve ser observado o princípio do *pacta sunt servanda*. Pede a modificação da sentença com a improcedência do pedido inicial.

Recurso tempestivo, regularmente processado e contrariado.

2. A relação entre as partes se deu em virtude da "Cédula de Crédito Bancário CP/CDC" para a aquisição de um veículo pela apelada, celebrado em 16 de junho de 2011 (fls. 32/34).

O provimento jurisdicional julgou parcialmente procedente o pedido inicial da apelada para afastar cobrança das tarifas de registro de contrato e de avaliação de bem; aplicando a sucumbência recíproca às partes.

O recurso merece acolhimento.

Defende a instituição financeira apelante a legalidade da cobrança das tarifas de registro de contrato e de avaliação de bem, alegando que tais práticas não são abusivas e devem ser arcadas pela apelada como previsto no contrato.

E lhe assiste razão, pois não há qualquer abusividade.

Referidos encargos vieram previstos no contrato, devendo ser entendidos como despesas inerentes ao contrato celebrado entre as partes, como se vê na cláusula "5.4 - Pagamentos Autorizados" e na cláusula 12.3 (fls. 32/34).

As tarifas bancárias cobradas somente poderiam ser consideradas ilegais e abusivas com a demonstração efetiva de vantagem exagerada por parte da instituição financeira, o que não se verifica no presente caso.

Diante do acolhimento das razões recursais, deverá a apelada arcar exclusivamente com o ônus de sucumbência, observando-se que ela é beneficiária da gratuidade processual.

Pelo meu voto, então, **DOU PROVIMENTO** ao recurso para permitir a cobrança das tarifas expressamente previstas no contrato.

DECLARAÇÃO DE VOTO VENCIDO

(Voto nº 25.662)

Vistos, etc...

Ouso divergir da maioria.

Com efeito, com relação às tarifas, observe-se que o tema merece uma análise sob prisma diverso daquele sob o qual tem sido visto.

Assim, inicialmente, destaque-se que, em linhas gerais, de uma forma bastante simplista, mas, não irreal, numa transação comercial, a **receita** menos as **despesas** gera o **lucro**.

E, nos **contratos** rotineiros de natureza bancária, dentre as despesas, se encontram os custos **permanentes**, normais da empresa, como pessoal, mobiliários, imobiliários, material de consumo, e os **não permanentes**, ou seja, para cada transação celebrada, com o "***exercício ou desempenho de atividade possível, lícita e determinada por instituição financeira***", como, por exemplo, "***abertura de cadastro ou de crédito (TAC) ou de emissão de boleto ou carnê (TEC), sob quaisquer denominações***" ressarcimento por serviços de terceiros, "***reembolso de despesas administrativas tidas com a concessão do financiamento***", como a "***realização de pesquisa em serviços de proteção ao crédito, base de dados e informações cadastrais, e tratamento de dados e informações necessários ao início do relacionamento decorrente da abertura de conta de depósito à vista ou de poupança ou contratação de operação de crédito ou de arrendamento mercantil***" (REsp 1.270.174-RS).

A esse passo, ressalte-se que todas essas atividades mencionadas são convenientes única e exclusivamente à **instituição financeira**, pois ao iniciar as tratativas para a concessão de um financiamento, vai buscar informes sobre a vida econômica do mutuário, recorrendo, se o caso, a serviços de terceiros.

Poderia a instituição, à evidência, se quisesse, conceder, de imediato, o empréstimo, e assumir o risco da adimplência ou inadimplência.

Mas, para tentar se garantir, opta por adotar todas essas providencias, repita-se, em **seu** único e exclusivo **interesse**.

Assim, é de se entender que essa cobrança "***está relacionada à própria atividade fim da instituição financeira, razão pela qual não pode tal custo ser repassado ao consumidor, sob pena de violação ao art. 51, inciso IV do Código de Defesa do Consumidor***" (Tribunal de Justiça, apelação nº 0005407-72.2010, Relator Desembargador Candido Alem).

De outro lado, na forma do art. 319 da lei substantiva civil, "***o devedor que paga tem direito a quitação regular***", de sorte que a emissão de carnê ou boleto, instrumento para pagamento **optado pelo credor**, é de sua obrigação, não havendo como se repassar o respectivo custo ao devedor.

Ademais, tudo isso é despesa, que deve ser suportada pelo financiador, que a embutirá no chamado **custo efetivo total** (CET).

Convém, a título de esclarecimento, que se diferencie a **taxa** da **tarifa**.

Nesse trilho, ressalte-se que a **taxa** pode ser definida como uma cobrança estabelecida pelo Banco Central, como pagamento por determinados serviços públicos. Nem a taxa nem seu valor são estabelecidos pelos bancos, mas, pelo Banco Central, e executados pelas instituições bancárias junto a seus clientes,

Acesso ao Sumário

como, por exemplo, devolução de cheque pelo sistema de compensação e solicitação de exclusão de nome do Cadastro de Emitentes de Cheques sem Fundos - CCF.

Já a **tarifa** pode ser conceituada como sendo a cobrança estabelecida pelos bancos para a prestação de seus serviços. É a remuneração paga pelo cliente ao banco pelos serviços contratados, como o DOC e a TED. As características dos serviços e seus valores são determinados pela instituição, mas, podem ser limitados pelo Conselho Monetário Nacional.

A esse passo, esses serviços são cobrados por meio de **tarifas**, que vem sendo disciplinadas por atos normativos administrativos, Resoluções nºs 2.303, 2747, 3.518, 3693, 3919, 3954, 4021 do Conselho Monetário Nacional, e pelas Circulares 3371 e 3466 do Banco Central do Brasil, os quais especificam a sua incidência ou não.

A propósito, convém seja feita uma breve digressão sobre a forma **jurídica** da instituição da **tarifa**, na forma como vigente.

Nesse trilho, é de se lembrar que, na forma do art. 5º,II da Constituição Federal, "***ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei***".

Como observa Alexandre de Moraes, "***só por meio das espécies normativas devidamente elaboradas conforme as regras de processo legislativo constitucional podem-se criar obrigações para o indivíduo, pois são expressão da vontade geral***" (Direito Constitucional, página 36, 22ª Edição, Editora Atlas).

Ou, no dizer de Uadi Lammêgo Bulos, lei é "***a norma geral e abstrata de comportamento, aprovada pelo Legislativo e sancionada pelo Executivo***" (Constituição Federal Anotada, página 127, 7ª Edição, Editora Saraiva).

De outro lado, ressalte-se que o "***o sistema financeiro nacional, ...será regulado por leis complementares...***" (art. 192 da Constituição Federal).

Nesse tópico, convém salientar que "***o presente artigo estipula que o sistema financeiro nacional será regulado em lei complementar. Na verdade já existe o referido sistema disciplinado pela Lei n. 4.595, de 31 de dezembro de 1964, que passa a vigorar com força de lei complementar. Não é que a referida lei se converta em norma dessa categoria. O que acontece é que, não podendo a matéria atinente ao sistema financeiro ser disciplinada senão por lei complementar, a normatividade anterior, nada obstante não constar de norma dessa natureza, só pode ser modificada por preceito dessa categoria legislativa. Daí a sai eficácia ser de lei complementar e poder falar-se, em conseqüência, que a Lei n. 4595/64 tem força de lei complementar***" (Comentários à Constituição do Brasil, Celso Ribeiro Bastos, Volume 7, 2ª Edição, Saraiva, São Paulo, 2000, página 348, citado no Recurso Especial nº 1.251.331-RS, Relatora Ministra Maria Isabel Gallotti).

Acesso ao Sumário

E o referido diploma legal, Lei n. 4595/64, deixa claro, em seu art. 1º, que "***o sistema Financeiro Nacional, estruturado e regulado pela presente Lei, será constituído: I - do Conselho Monetário Nacional; II - do Banco Central do Brasil; ...V - das demais instituições financeiras públicas e privadas***".

O primeiro dos aludidos órgãos, o **Conselho Monetário Nacional**, tem, na forma do art. 2º da mesma Lex, "***a finalidade de formular a política da moeda e do crédito como previsto nesta lei, objetivando o progresso econômico e social do País***".

E a ele compete, com sua formação de 10 (dez) membros (art. 6º da Lei nº 4595/64), e, conforme art. 4º do mesmo diploma legal, "***segundo diretrizes estabelecidas pelo Presidente da República: ... VI - Disciplinar o crédito em todas as suas modalidades e as operações creditícias em todas as suas formas, inclusive aceites, avais e prestações de quaisquer garantias por parte das instituições financeiras; ... IX - Limitar, sempre que necessário, as taxas de juros, descontos, comissões e qualquer outra forma de remuneração de operações e serviços bancários ou financeiros...; ...XVII - Regulamentar, fixando limites, prazos e outras condições, as operações de redesconto e de empréstimo, efetuadas com quaisquer instituições financeiras públicas e privadas de natureza bancária; ...XXII - Estatuir normas para as operações das instituições financeiras públicas, para preservar sua solidez e adequar seu funcionamento aos objetivos desta lei; ...XXXI - Baixar normas que regulem as operações de câmbio, inclusive swaps, fixando limites, taxas, prazos e outras condições***".

Analisando-se essas atribuições, não será errado concluir que a expressão "**disciplinar**" **crédito** e operações creditícias **não** pode significar "**criar tarifas de serviços**".

Em igual caminho, "**limitar**" qualquer remuneração de serviços bancários não pode ser interpretado como "**criar**" a aludida **remuneração**. À evidência, é necessário que ela exista, que tenha sido criada, para que possa ser limitada.

Da mesma forma, das referências a "**fixar limites, prazos** e **condições**" e "**estatuir normas**" **não** pode defluir a **criação de tarifas**.

De outro lado, a **fixação de taxas**, mencionada no item XXXI do art. 4º, se refere, conforme cristalina redação, às **operações** de **câmbio**, que não são as discutidas no presente feito.

Observe-se, por oportuno, que a Lei nº 4595/64 não traz, em seu bojo, em nenhum de seus dispositivos, a palavra "**tarifa**", ou "**remuneração**", esta última, referindo-se a **serviços**.

A esse passo, constata-se que **não** há **lei** "**criando**" as **tarifas** de serviço, **não** sendo **viável** que **normas de caráter administrativo**, emanadas do **Conselho Monetário Nacional**, elaboradas apenas por seus **10 (dez) membros**

Acesso ao Sumário

(art. 6º da Lei nº 4595/64), ou pelo **Banco Central do Brasil**, por seus **5 (cinco) Diretores** (art. 14 da Lei nº 4595/64), **seguindo diretrizes do Presidente da República**, possam se comparar a texto legal.

Não há como se afirmar, "in casu", que o regramento estaria sob o manto do poder regulamentar, uma vez que este "***não se coloca no patamar do Legislativo. Caso crie normatividade inovadora da ordem jurídica, estará cometendo abuso, usurpação de competência, afrontando, nitidamente, a Constituição e as leis em geral***" (Constituição Federal Anotada, página 128, Uadi Lammêgo Bulos, 7ª Edição, Editora Saraiva).

Admitir entendimento diverso é corroborar com a supressão de todo o processo legislativo, que tramitaria por uma das Casas do Congresso Nacional.

Nesse tópico, convém lembrar que a lei é "***ato legislativo emanado do órgão competente, criado conforme o processo específico para sua feitura (art. 59 a 69)***" (Constituição Federal Anotada, página 127, Uadi Lammêgo Bulos, 7ª Edição, Editora Saraiva).

Na espécie, é questionável, até mesmo, se não estaria havendo, por vias indiretas, uma implícita invasão do Poder Legislativo pelo Poder Executivo (que estabelece as diretrizes), o que, sem dúvida, não é intento num País democrático como o Brasil, onde se respeita total e integralmente a independência dos Poderes legalmente constituídos.

Assim, não tem o Conselho Monetário Nacional competência para criar tarifas, não sendo, por consequência, viáveis as respectivas cobranças.

No mesmo sentido, já há muito se afirma, nesta Câmara, que o coeficiente de equiparação salarial (CES), incidente nos contratos de financiamento imobiliário, não poderia ser cobrado antes da Lei que o criou, porque, anteriormente, sustentado tão somente em Resolução Administrativa do Banco Nacional de Habitação (BNH).

Desta forma, fica prejudicada a assertiva no sentido de que "***as normas regulamentares editadas pela autoridade monetária facultam às instituições financeiras, mediante cláusula contratual expressa, a cobrança administrativa de taxas e tarifas para a prestação de serviços bancários não isentos***" (REsp 1.270.174-RS).

Por tais razões, tanto sob o prisma prático, quanto pelo técnico legislativo, não há, hoje, embasamento para a cobrança das tarifas bancárias.

Destarte, entendo de rigor a não acolhida das razões recursais.

Isto posto, ***NEGO PROVIMENTO*** ao recurso.

COUTINHO DE ARRUDA, Desembargador, Revisor vencido

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 9147608-34.2009.8.26.0000, da Comarca de Presidente Prudente, em que são apelantes BANCO SANTANDER S/A (ATUAL DENOMINAÇÃO DO BANCO SANTANDER BANESPA S/A), ANA LUIZA PIRES BATISTA ECHEVERRIA e ROBERTO ECHEVERRIA VIEIRA, é apelado OS MESMOS.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 15ª 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 942)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores COELHO MENDES (Presidente sem voto), MENDES PEREIRA e DENISE ANDRÉA MARTINS RETAMERO.

São Paulo, 7 de março de 2016.

JOSÉ WAGNER DE OLIVEIRA MELATTO PEIXOTO, Relator

Ementa: COMPETÊNCIA RECURSAL - Embargos à execução hipotecária - Contrato de financiamento de imóvel-SFH - Parcial procedência - Apelo de ambas as partes - Discussão sobre capitalização de juros, aplicação da "Tabela Price", valor das parcelas do seguro habitacional, forma de amortização do saldo devedor, e limitação dos juros remuneratórios - Questões objeto de ação revisional julgada improcedente com sentença confirmada na Apelação nº 9141215-69.2004.8.26.0000, Rel. Des. Maurício Ferreira Leite, j.14/09/2011, 21ª Câmara de Direito Privado - Prevenção reconhecida - Aplicação do artigo 105, "caput" e § 1º do RITJSP - Recurso não conhecido, com determinação de redistribuição dos autos, observada prevenção de Câmara e cadeira.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de recursos de apelação do banco embargado (fls. 171/180) e dos embargantes (fls.185/194) em face da r. sentença (fls.162/168) que julgou parcialmente procedente embargos à execução para determinar: a) a utilização do método Hamburguês para evolução da dívida, excluindo-se a capitalização

dos juros; b) utilizar o índice de correção monetária do contrato, qual seja, variação das cadernetas de poupança; c) manter os demais itens e forma de cálculo previstos no contrato; d) eventual saldo credor dos autores deverá ser devolvido, observando que a correção dos valores pagos a mais deverá ser feita pelo mesmo índice do contrato, com juros de 6% ao ano, até a entrada em vigor do Novo Código Civil, a partir de quando a correção será no importe de 12% ao ano, permitida a compensação com valores em atraso ou quitação do contrato. Cada parte arcará com o pagamento da metade das custas e despesas processuais, atualizadas pelos índices de correção monetária desde os desembolsos e honorários advocatícios de seus respectivos defensores ante a sucumbência recíproca.

O banco embargado sustenta a impossibilidade de revisão contratual, vez que inexiste irregularidade ou ilegalidade no contrato firmado entre as partes, de sorte que as cláusulas devem ser obedecidas, sob pena de violação ao princípio da "pacta sunt servanda". Argumenta a legalidade dos encargos contratados e a possibilidade de utilização da Tabela Price que se trata de sistema de amortização, não se confundindo com anatocismo, requerendo o julgamento de improcedência dos embargos, com inversão do ônus sucumbenciais.

Os embargantes levantam preliminar de nulidade da sentença em razão da continência e da prevenção entre os embargos à execução e a ação revisional. Afirmam que a matéria "sub judice" está pendente de julgamento na 2ª Instância nos autos da ação revisional de contrato, requerendo o julgamento em conjunto dos recursos, sob pena de decisões conflitantes. No mérito, trazem argumentos para rever a forma de reajuste das parcelas do seguro contratado, com redução de seu porcentual. Aduzem que há prova suficiente da cobrança abusiva dos juros, o que acarretou valor significativo sobre o montante do débito, requerendo a redução dos juros convencionais para o percentual de 10% ao ano, nos termos da Lei nº 4.380/64. Insurgem-se ainda contra a parte da sentença relativa à forma de amortização do saldo devedor que deve observar o artigo 6º, letra "c" da Lei nº 4.380/64, com a reforma destes pontos.

Os recursos são tempestivos e preparados (fls. 182/184 e 200/201).

Com contrarrazões (fls. 207/214 e 231/240).

É o relatório.

O recurso não comporta conhecimento.

Nos termos do artigo 105, *caput*, do Regimento Interno do Tribunal de Justiça de São Paulo "*A Câmara ou Grupo que primeiro conhecer de uma causa, ainda que não apreciado o mérito, ou de qualquer incidente, terá a competência preventa para os feitos originários conexos e para todos os recursos, na causa principal, cautelar ou acessória, incidente, oriunda de outro, conexa ou continente, derivadas do mesmo ato, fato, contrato ou relação jurídica, e nos*

Acesso ao Sumário

processos de execução dos respectivos julgados", observada ainda nos termos do § 1º prevenção da cadeira.

No caso os embargantes ajuizaram anteriormente ação revisional do contrato que foi julgada improcedente e confirmada nos termos do v. acórdão prolatado em 14.09.2011 na Apelação nº 9141215-69.2004.8.26.0000, Rel. Des. Maurício Ferreira Leite, 21ª Câmara de Direito Privado, com trânsito em julgado, cuja ementa assim decidiu: "*FINANCIAMENTO IMOBILIÁRIO - Sentença encontra-se fundamentada - Aplicabilidade de Taxa Referencial - Manutenção do equilíbrio contratual - Súmula 454, do STJ - Amortização do saldo devedor e uso da Tabela Price - Legitimidade - Aplicação de correção monetária e juros para, depois, subtrair a parcela mensal paga - Súmula 450, do STJ - Inocorrência de anatocismo - Taxa de juros - Inexiste impedimento para cobrança no patamar pactuado - Cobrança do seguro habitacional - Exigência legal - Inexistência de prejuízo - Não restou demonstrada desconformidade com valores praticados pelo mercado - Recurso improvido.*"

Nessa quadra resulta caracterizada prevenção da 21ª Câmara de Direito Privado, e cadeira para conhecer e julgar o presente recurso.

Neste sentido já se posicionou esta Câmara:

"*AGRAVO - COMPETÊNCIA RECURSAL - AGRAVO DE INSTRUMENTO ANTERIOR, JULGADO PELA COLENDA 23ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO, QUE EXAMINOU O REQUERIMENTO DE ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA - ART. 105 DO REGIMENTO INTERNO DO TJSP – PREVENÇÃO - RECURSO NÃO CONHECIDO, COM DETERMINAÇÃO DE REDISTRIBUIÇÃO À 23ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO*" **(TJ/SP - Agravo de Instrumento nº 2190672-43.2014.8.26.0000 - Rel. Luiz Arcuri - 15ª Câmara de Direito Privado - Julgado em 23 de março de 2015).**

"*COMPETÊNCIA RECURSAL. VERIFICADA A EXISTÊNCIA DE PREVENÇÃO DA 16ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO, POR UM AGRAVO DE INSTRUMENTO INTERPOSTO CONTRA DECISÃO PROFERIDA NESTES AUTOS. OBSERVÂNCIA AO ART. 105 DO RI DESTE TRIBUNAL. RECURSO NÃO CONHECIDO E DETERMINADA A REDISTRIBUIÇÃO À CADEIRA PREVENTA*" **(TJ/SP - Apelação nº 0140226-03.2010.8.26.0100 - Rel. Coelho Mendes - 15ª Câmara de Direito Privado Julgado em 25 de novembro de 2014).**

Ante o exposto, pelo meu voto, **não se conhece do recurso de apelação** e determina-se redistribuição à 21ª Câmara de Direito Privado, por prevenção.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0143479-28.2012.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante UNICONS - UNIÃO NACIONAL EM DEFESA DE CONSUMIDORES CONSORCIADOS E USUÁRIOS DO SISTEMA FINANCEIRO, é apelado SOL COMÉRCIO DE VEÍCULOS LTDA. (NÃO CITADO).

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 12ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Não conheceram do recurso e determinaram a remessa dos autos para redistribuição. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 13582)**

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

São Paulo, 10 de março de 2016.

CASTRO FIGLIOLIA, Relator

Ementa: COMPETÊNCIA RECURSAL - AÇÃO CIVIL COLETIVA PROMOVIDA POR ASSOCIAÇÃO DE DEFESA DE CONSUMIDORES CONTRA EMPRESA REVENDEDORA DE VEÍCULOS QUE FAZ INTERMEDIAÇÃO DE OPERAÇÕES DE FINANCIAMENTO DE VEÍCULOS, SOB O FUNDAMENTO DE COBRANÇA DE TAXAS INDEVIDAS EM PROL DA INTERMEDIADORA - DISCUSSÃO QUE ENVOLVE MEDIAÇÃO - matéria afeta a uma das Câmaras da Terceira Subseção de Direito Privado deste Tribunal, compreendidas entre a 25ª e a 36ª, nos termos dos Conflitos de Competência nº 0071661-20.2015.8.26.0000 e nº 0068603-09.2015.8.26.0000 julgados pelo C. Grupo Especial da Seção de Direito Privado - Recurso não conhecido, com determinação de redistribuição.

VOTO

Vistos.

Trata-se de ação civil coletiva ajuizada pela autora União Nacional em Defesa de Consumidores Consorciados e Usuários do Sistema Financeiro -

UNICONS contra a ré Sol Comércio de Veículos Ltda. Em síntese, a autora postulou a concessão de ordem judicial para compelir a ré a abster-se de embutir nos preços dos veículos que comercializa valores concernentes a comissão recebida de instituições financeiras, coloquialmente conhecida como 'taxa de retorno'.

A petição inicial foi indeferida, forte nos incisos II, V e VI do CPC, pelo que o processo foi extinto, sem resolução do mérito, com base no artigo 267, inciso I do mesmo diploma legal. A sentença está a fls. 57/64.

Inconformada a autora interpôs apelação (fls. 67/82). Dentre outros argumentos, basicamente teceu argumentos que davam pela existência de interesse processual e de legitimidade passiva da ré, pelo que a inépcia proclamada na sentença devia ser afastada. Por conta do que expôs, pediu que seu recurso fosse provido.

Recurso processado regularmente, sem resposta da apelada, porquanto não citada.

É a síntese necessária.

A hipótese é de não conhecimento do recurso, com determinação de redistribuição.

Como anotado acima, a apelante questionou a idoneidade de comissões supostamente embutidas pela apelada no preço dos veículos que comercializa.

A referida matéria não é de competência da 12ª Câmara de Direito Privado.

Em mais de uma oportunidade, quando dos julgamentos dos Conflitos de Competência nº 0071661-20.2015.8.26.0000 e nº 0068603-09.2015.8.26.0000, o C. Grupo Especial da Seção de Direito Privado firmou concluiu que a matéria em pauta deve ser submetida a julgamento pelas Câmaras da Seção de Direito Privado III.

Em ambos os arestos, a Colegiado exarou as seguintes conclusões: "*conforme se depreende dos termos da petição inicial da ação, que define a competência na esfera recursal para qual órgão deva apreciar a controvérsia, busca a associação autora condenar a requerida a se abster de incluir comissões nos contratos com instituições financeiras que opera em parceria; condenar a devolver os valores recebidos a título de comissão pelas operações que intermediou, bem como na reparação por danos morais e materiais (fls. 21). Ou seja, toda a discussão trazida naquele petitório diz respeito às comissões recebidas pela requerida pela intermediação dos contratos de financiamento celebrado entre os consumidores adquirentes de bens móveis e instituições financeiras. Assim, coaduna-se a matéria trazida a debate com a redação conferida ao artigo 2º, III, 'c', da Resolução 194/2004, e do Provimento 63/2004, vigente à época da distribuição dos presentes autos, constando aquele dispositivo a seguinte redação: c) 25ª a 36ª Câmaras, com competência*

Acesso ao Sumário

preferencial do extinto Segundo Tribunal de Alçada Civil, não abrangida no inciso anterior, acrescida das ações que versem sobre a posse, domínio ou negócio jurídico que tenha por objeto coisas móveis, corpóreas e semoventes, de reparação de dano causado em acidente de veículo, bem como as que digam respeito ao respectivo seguro, obrigatório ou facultativo, além da que cuida a alínea 'd'; Dessa forma, atendo-se exclusivamente ao pedido contido na peça vestibular, que define a competência para os órgãos fracionados nesta esfera recursal, de rigor acolher-se a fundamentação albergada pela douta câmara suscitada. Acerca da controvérsia instaurada neste conflito de competência, já houve deliberação sobre o tema, conforme decisão anterior deste Grupo Especial da Seção de Direito Privado, cuja relatoria coube ao eminente desembargador J. B. FRANCO DE GODOI, que assim se pronunciou: '2) Trata-se de ação civil pública ajuizada pela 'UNICONS' em face da 'Scalon e Cia Ltda' através da qual a primeira se insurge contra a chamada 'taxa de retorno' cobrada pelas instituições financeiras em razão da comissão paga às revendedoras de veículos que encaminham seus clientes para obter o financiamento da instituição financeira. De acordo com o art. 100 do Regimento Interno do TJ/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'. A questão posta nos autos já foi apreciada por este Grupo Especial da Seção do Direito Privado deste E. Tribunal de Justiça, tendo o Desembargador Campos Mello apreciado com detalhes a questão, entendendo, a final, que a demanda versa sobre contrato de mediação. Como bem observou o referido Magistrado, a demanda não foi ajuizada contra a instituição financeira que cobra a 'taxa de retorno', mas contra a revendedora de veículos que se beneficia do repasse da referida taxa pelo serviço de mediação prestado: 'No caso em tela, todavia, não há nenhuma instituição financeira na relação processual que a autora enceta estabelecer. A demanda foi ajuizada contra uma revendedora de veículos automotores. A autora quer que ela não receba mais comissões das instituições financeiras e que devolva o valor das que recebeu. Se foi isso o alegado e se é isso o que aconteceu e está acontecendo, então não há nenhum contrato bancário em discussão. O que se discute, em realidade, é a remuneração da revendedora, a comissão que ela recebe por encaminhar clientes a instituições financeiras. Sabe-se que as instituições financeiras não são entidades filantrópicas e se estão mesmo pagando alguma coisa a uma revendedora de veículos automotores é porque esta lhe está prestando serviços' (CC 0034049-19.2013.8.26.0000 - Rel. Campos Mello, j. em 23.05.2 013). No referido julgamento restou, ainda, definido que o serviço prestado pela revendedora de veículos configura um contrato de mediação. E, nos termos do disposto no art. 2º, III, 'c' da Resolução 194/2004, compete à Subseção de Direito Privado III conhecer das causas relativas a

Acesso ao Sumário

'ações e execuções oriundas de mediação/de gestão de negócios/de mandato'".

Ante o exposto, **não se conhece do recurso, com determinação de redistribuição a uma das Câmaras da Seção de Direito Privado III deste Tribunal, compreendidas entre a 25ª e a 36ª.**

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1003310-18.2015.8.26.0019, da Comarca de Americana, em que são apelantes GILBERTO ROSARIO e MARLENE FIRMINO GONÇALVES ROSARIO, é apelado BANCO BRADESCO S/A.

ACORDAM, em 20ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 12800-D)**

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

São Paulo, 14 de março de 2016.

ROBERTO MAIA, Relator

Ementa: Responsabilidade civil. Cartões de crédito bloqueados de forma indevida durante viagem ao exterior. Aplicação do Código de Defesa do Consumidor. Danos morais *in re ipsa*. Sentença de improcedência reformada. Apelo provido.

VOTO

RELATÓRIO:

Trata-se de ação de indenização por danos morais, sob o rito ordinário, proposta por *Gilberto Rosario* e *Marlene Firmino Gonçalves Rosario* em face de *Banco Bradesco S. A.* Alegam os autores, em síntese, que, no período entre 07.04.2015 e 16.04.2015, fizeram uma viagem internacional para a cidade de Cancún, no México. Afirmam que são correntistas do banco requerido, sendo certo que utilizam os cartões de crédito, oferecidos pelo demandado, pela modalidade nacional e internacional, bandeira VISA. Asseveram que, em razão da viagem, ligaram 10 dias antes para o SAC do réu, pleiteando o desbloqueio dos cartões para o uso durante o período em que estivessem fora

Acesso ao Sumário

do país. Mencionam que o preposto que os atendeu colheu todas as informações necessárias, e informou que os cartões estavam aptos para uso internacional no período da viagem. Ressaltam que, desta ligação, não lhes foi ofertado número de protocolo. Narram que levaram consigo uma quantia de dinheiro em dólares, bem como os cartões de crédito de nº 4532.XXXX.XXXX.2563, pertencente ao primeiro requerente e cartão 4532.XXXX.XXXX.8436, pertencente à segunda autora. Alegam que, no dia 11.04.2015, se dirigiram à loja denominada "Sears" na cidade de Cancún, fizeram uma compra e, ao tentarem pagar, os cartões de ambos não foram aceitos, tendo sidos obrigados a pagar os produtos em dinheiro. Aduzem que esse problema se repetiu em mais uma tentativa de uso. Assim, em razão das recusas, se viram obrigados a pagar todas as despesas em dinheiro, tendo sido forçados a pedir quantia emprestada para custear alimentação, bem como não puderam realizar os passeios oferecidos durante a viagem. Narram que entraram em contato com o SAC do demandado, quando ainda estavam no México, para obterem informações do porque da recusa na aceitação dos cartões, mas não obtiveram tal informação. À vista disso, requereram a procedência da ação com a condenação do réu ao pagamento de indenização pelos danos morais sofridos, no importe de R$ 20.000,00.

Sobreveio sentença a fls. 123/127, cujo relatório se adota, que julgou improcedente a demanda, condenando os autores ao pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios, estes fixados em R$ 1.000,00, nos termos do art. 20, §4º, do CPC.

Apelam os autores (fls. 129/145) pleiteando a reforma da r. decisão alegando, em resumo, que **(A)** *não restou comprovado pela apelada o pedido de* upgrade *dos cartões de crédito dos apelantes. A apelada não juntou aos autos qualquer documento capaz de comprovar que foram os apelantes quem solicitaram o "upgrade" de seus cartões de credito para a modalidade "Platinum"* (fls. 131); **(B)** *Em momento algum os apelantes solicitaram "upgrade" de seus cartões de credito, passando da modalidade Visa "Gold" para o Visa "Platinum" de número 4066-XXXX-XXXX-7933 assim como dito na contestação* (fls. 131/132); **(C)** *Não existe qualquer informação de que o recebimento dos novos cartões de crédito bloqueia a utilização dos cartões antigos (doc. fls. 106). Também não existe qualquer prova de que os apelantes tenham sido informados do* (sic) *bloqueios de seus cartões "Gold"* (fls. 132); **(D)** *é inverídica a assertiva da apelada sobre os apelantes utilizarem os cartões de credito de número 4066-XXXX-XXXX-7933 e 4066-XXXX-XXXX-7941 a partir do mês novembro de 2014* (fls. 132/133); **(E)** *utilizaram-se normalmente dos cartões de credito "Gold" nº 4532.XXXX.XXXX.8436 e 4532.XXXX. XXXX.2563 até 06/04/2015 (um dia antes da viagem) (doc. fls. 113)* (fls. 133); **(F)** não há o que se falar em culpa exclusiva dos autores; **(G)** deve ser aplicado o Código de Defesa do Consumidor; e **(H)** sofreram sim danos morais, estes

Acesso ao Sumário

estimados em R$ 20.000,00.

Houve contrarrazões, pugnando pela manutenção do decidido (fls. 151/158). O recurso foi regularmente processado.

FUNDAMENTAÇÃO:

A r. sentença recorrida merece ser, *data maxima venia*, reformada.

Alegam os autores, ora apelantes, que, durante viagem internacional realizada em abril de 2015, os cartões de crédito de números 4532.XXXX.XXXX.8436 e 4532.XXXX.XXXX.2563 foram recusados, o que lhes acarretou danos morais. Mencionam, ainda, que pediram sim o desbloqueio dos cartões para a viagem internacional, com antecedência e por meio de ligação telefônica, mas não lhes foi oferecido o número de protocolo.

O banco réu, ora apelado, por seu turno, alegou que os cartões informados não estavam mais aptos à utilização, pois, em 07.10.2014, foi solicitado um "upgrade" do cartão, passando de "Visa Gold" para "Platinum". Deste modo, as tarjetas citadas na inicial não estavam mais sendo utilizadas desde novembro de 2014. O recorrido ressalta, ainda, que não há qualquer registro nos seus sistemas de que os apelantes tenham entrado em contato com a central de atendimento para informar sobre a viagem.

Pois bem.

Trata-se de uma típica relação de consumo, nos termos da Súmula nº 297 do STJ: *O Código de Defesa do Consumidor é aplicável às instituições financeiras*.

O recorrido informa que os cartões de crédito levados pelos apelantes na viagem internacional não estava mais em uso a partir do mês de novembro de 2014.

Todavia, em análise das faturas de fls. 95, 97 e 110/112, verifica-se que os cartões mencionados pelos apelantes estavam sendo sim utilizados nos meses de novembro e dezembro de 2014, bem como no mês de janeiro de 2015.

Ressalta-se, ainda, que, pela fatura de abril de 2015, fls. 113, o cartão de crédito 4532.XXXX.XXXX.2563 foi utilizado normalmente no dia 06.04.15, ou seja, na véspera da viagem para o exterior.

Com relação ao cartão "Platinum", noticiado pelo recorrido, os apelantes informaram que o receberam, mas sem que este tivesse sido solicitado e, por tal razão, não o desbloquearam. Destaca-se, neste sentido, que na fatura de novembro de 2014, onde é possível ver o número 4066.XXXX.XXXX.7933, há a indicação do estorno da anuidade.

Diante do quadro que se descortina, verifica-se que os cartões de crédito citados pelos recorrentes estavam sim sendo utilizados normalmente antes da viagem.

Acesso ao Sumário

Já no que concerne ao pedido de desbloqueio para utilização dos cartões no exterior, verossímil a alegação dos apelantes de que pleitearam tal serviço via telefone e não lhes foi informado o número de protocolo.

Ora, caberia ao recorrido comprovar (art. 333, II, do CPC c.c. art. 6º, VIII, do CDC) que os cartões de crédito **não** estavam em plena condição de uso desde novembro de 2014, o que não ocorreu.

Portanto, ocorreu falha na prestação dos serviços bancários prestados pelo recorrido, devendo este responder de forma objetiva, como preleciona o diploma consumerista.

Assim sendo, fixada a responsabilidade do apelado, basta verificar a existência dos danos alegados.

Os danos morais ficaram sim configurados na hipótese, caracterizados pelos transtornos e abalo psicológico dos apelantes que, durante viagem internacional, não possuíam mais uma forma de pagamento para qualquer emergência, tendo que alterar os planos de gastos para não faltar recursos financeiros. Situação esta que traz clara angústia e intranquilidade. E tudo em razão da falha na prestação do serviço bancário, o que merece a devida compensação.

Importante consignar que o dano moral, tal como narrado, dispensa comprovação nos autos, eis que emerge de forma latente dos fatos, e pode ser legitimamente presumido. É o que a doutrina costuma denominar dano *in re ipsa*.

Quanto ao valor, no arbitramento do dano moral devem ser levadas em consideração as condições pessoais do ofendido, as condições econômicas do ofensor, o grau de culpa e gravidade dos efeitos do evento danoso, a fim de que o resultado não seja insignificante, a ponto de estimular a prática de atos ilícitos, nem represente enriquecimento indevido da vítima.

No caso em tela inexistem maiores informações sobre a situação econômica dos apelantes. Já o apelado é pessoa jurídica de grande porte, sendo de medianas proporções as consequências do ato danoso.

Acesso ao Sumário

Por estas razões, é caso de condenar o apelado ao pagamento de uma indenização por danos morais na quantia de R$ 10.000,00 para cada autor, totalizando R$ 20.000,00. Sobre tal valor incidirão juros de 1% ao mês desde a citação, haja vista que a responsabilidade é contratual. Já a correção monetária fluirá desde a data da presente sessão de julgamento (Súmula nº 362 do STJ), em conformidade à Tabela Prática de Atualização de Débitos Judiciais do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Condena-se ainda o recorrido ao pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios, estes fixados em 20% do valor total da condenação (com atualização e juros).

Por derradeiro, buscando dar efetividade aos princípios da celeridade,

economia e razoável duração do processo, e, na tentativa de evitar uma já costumeira oposição indiscriminada de embargos declaratórios (acarretando, eventualmente, a multa prevista no artigo 538, parágrafo único, do CPC), ficam registradas as seguintes observações: (1) quanto ao prequestionamento, têm-se por expressamente ventilados neste grau de jurisdição todos os dispositivos constitucionais e legais citados na apelação e nas contrarrazões, não sendo preciso transcrevê-los um a um, nem mencionar cada artigo por sua identificação numeral; e (2) a função do julgador é decidir a lide e apontar direta e objetivamente os fundamentos que, para tal, lhe foram suficientes, não havendo necessidade de apreciar todos os argumentos deduzidos pelas partes, ao contrário do que sucede com os peritos judiciais, que respondem individualmente aos quesitos ofertados nos autos. Sobre o tema, conferir na jurisprudência: STF, 1ª Turma, Emb. Decl. no Ag.Reg. no Recurso Extraordinário com Agravo nº 739.369/SC, rel. min. Luiz Fux, j. 5/11/2013; STF, 2ª Turma, Ag. Reg. no Recurso Extraordinário nº 724.151/MS, rel. min. Cármen Lúcia, j. 15/10/2013; STJ, 2ª Turma, AgRg no Agravo em Recurso Especial nº 383.837/RS, rel. min. Humberto Martins, j. 17/10/2013; e STJ, 3ª Turma, AgRg no Agravo em Recurso Especial nº 354.527/RJ, rel. min. Sidnei Beneti, j. 22/10/2013.

DISPOSITIVO:

Diante do exposto, voto pelo provimento do recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1002059-31.2015.8.26.0482, da Comarca de Presidente Prudente, em que é apelante MARCIO ANTONIO GARRIDO (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado BANCO BRADESCO FINANCIAMENTOS S/A.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 17ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento em parte ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 29717)**

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

São Paulo, 16 de março de 2016.

IRINEU FAVA, Relator

Ementa: APELAÇÃO - Revisional de contrato c.c. repetição de indébito - Contrato de financiamento de

Acesso ao Sumário

veículo - Cobrança de tarifas de serviços de terceiros - Abusividade configurada ante a não especificação do serviço - Ofensa ao direito de informação do consumidor - Devolução do valor determinada - Incabível a devolução em dobro do valor cobrado, por inexistir comprovação de má-fé da instituição financeira - Recurso parcialmente provido.

VOTO

Trata-se de recurso de apelação tirado contra sentença de fls. 109/119, cujo relatório fica adotado, prolatada pelo MM. Juiz de Direito Sérgio Elorza Barbosa de Moraes, que julgou improcedente ação revisional de contrato bancário c.c. repetição de indébito ajuizada pelo apelante.

Sustenta o recorrente, em síntese, a abusividade na cobrança de tarifas de serviços de terceiros, onerando demasiadamente o adquirente do financiamento. Invoca a aplicação de súmulas do STJ, colacionando jurisprudência aplicável à espécie. Pugna pelo provimento do recurso com o julgamento de procedência da ação, declarando a nulidade da cobrança das tarifas bancárias, com a consequente devolução em dobro nos termos do artigo 42, Parágrafo único, do CDC (fls. 125/129).

Recurso tempestivo e respondido (fls. 132/155), anotado que o apelante é beneficiário da assistência judiciária (fls. 22).

É O RELATÓRIO.

O recurso merece parcial provimento.

A documentação trazida aos autos revela que as partes firmaram um contrato de crédito visando à aquisição de um veículo, em 21/11/2009, no valor de R$ 10.179,93, a ser pago em 60 parcelas no valor mensal fixo em R$ 260,85, conforme cópia trazida aos autos à fls. 12/15.

Pois bem.

Insurge-se o apelante contra a sentença recorrida que julgou improcedente a ação, sob a alegação de cobranças abusivas de tarifas, especificamente a de terceiros no valor de R$ 610,30 e R$ 900,00 (fls. 13).

De fato, tais encargos demonstram desequilíbrio contratual, assegurando a uma das partes vantagem descomedida e injustificada, ferindo com isso o chamado princípio da comutatividade contratual.

As tarifas, no caso, devem ser excluídas, consideradas abusivas na medida em que não especifica quais são esses serviços, nem tampouco os terceiros que a receberão. O consumidor, como se sabe, tem direito à clara e precisa informação das taxas e encargos que lhe são imputadas para pagamento.

Assim, a cobrança genérica desses serviços se afigura mais do que abusiva já que ilegal.

Importante ainda destacar que as tarifas em comento não estão abrangidas pelo Recurso Especial (REsp 1.251.331/RS) afetados pelo efeito repetitivo.

Dessa forma, a devolução do valor indevidamente pago é de rigor.

A devolução do valor cobrado em dobro mostra-se indevida, diante do Parágrafo único Artigo 42 do Código de Defesa do Consumidor, já que não se vislumbra a existência de má-fé da ré.

Ante o exposto, **DÁ-SE PARCIAL PROVIMENTO** ao recurso para declarar a abusividade da cobrança das tarifas referentes a serviço de terceiros, determinando a devolução do valor cobrado indevidamente, no valor de R$ 1.510,30, de forma simples, corrigido monetariamente desde a data do desembolso pela Tabela dos Débitos Judiciais do Tribunal de Justiça, acrescido de juros de mora de 1% ao mês a partir da citação. Havendo sucumbência recíproca as custas serão pagas em igual proporção e cada parte arcará com a verba honorária de seus respectivos advogados.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1002240-57.2015.8.26.0506, da Comarca de Ribeirão Preto, em que é apelante MARCO AURELIO FESTUCCIA (JUSTIÇA GRATUITA), é apelada TAM - LINHAS AÉREAS S/A.

ACORDAM, em 19ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento em parte ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 12005)**

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

São Paulo, 21 de março de 2016.

CLÁUDIA GRIECO TABOSA PESSOA, Relatora

Acesso ao Sumário

Ementa: APELAÇÃO - Ação indenizatória transporte aéreo nacional - Autor e sua família que foram retirados da aeronave - Exigência de documentos para o embarque do filho do apelante que sofre com bronquite - Pleito de reforma - Possibilidade em parte

- Preliminar de nulidade decorrente do julgamento antecipado da lide (art. 330, I do CPC) - Afastada - Prova documental suficiente para elucidação do caso em análise - Juízo que é destinatário final da prova, cabendo a ele avaliar a pertinência de sua produção - Prova pericial que não atestaria o estado da criança ao tempo da viagem - Cerceamento de defesa não verificado - Exigência de documentos que posteriormente foram dispensados no embarque do autor e de sua família - Companhia aérea que não impugnou especificamente os fatos deduzidos na inicial - Responsabilidade objetiva da empresa requerida - Inteligência do artigo 14, do Código de Defesa do Consumidor - Falha no serviço - Impossibilidade de exigir que o consumidor tenha conhecimento do "Formulário de Informação Médica - Medif" exposto em blog da empresa - Dever de informação e de transparência nas relações de consumo - Cláusulas limitativas que devem ser informadas no momento da contratação - Ônus de provar fatos impeditivos, modificativos e extintivos do direito do autor nos termos do art. 333, II, do Código de Processo Civil - Dano moral configurado - Existência do dever de indenizar - Quantum indenizatório a ser fixado atendendo aos critérios da razoabilidade e da proporcionalidade - Valor de R$ 10.000,00 que se revela suficiente para reparar o dano moral suportado - Incidência dos juros moratórios a partir da citação - Recurso provido nesse aspecto.

Multa por litigância de má-fé - Sanção imposta por decisão interlocutória na audiência de tentativa de conciliação - Conhecimento em momento posterior - Irrelevância - Decisão que deveria ter sido desafiada por agravo - Matéria preclusa - Recurso improvido nesse sentido.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de apelação interposta por **Marco Aurélio Festuccia**, em face da r. sentença de fls. 53/56, proferida pela MMª. Juíza da 3ª Vara Cível da Comarca de Ribeirão Preto, nos autos da ação indenizatória movida em face da **Tam Linhas Aéreas S/A** que julgou improcedente o pedido inicial e condenou o

autor ao pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios, fixados em 15% do valor atualizado da causa.

Inconformado, o autor apela pleiteando a reforma do decidido. Preliminarmente, alega que a participação na audiência de conciliação não é obrigatória, assim a falta de comparecimento ao ato não implica em ato ilícito, mas somente desinteresse. Ademais, não desistiu da prova pericial requerida porque não estava presente na audiência de conciliação. No mérito, aduz que houve falha na prestação do serviço oferecido pela companhia aérea, porquanto não dispunha, a aeronave, de tomadas utilizáveis. Argumenta que a solicitação de tomada para eventual utilização de inalador por seu filho não deveria ter sido "interpretada como problema crônico pulmonar". Pleiteia, ao final, a reforma da r. sentença, para o fim de julgar procedente o pedido inicial (fls. 59/64).

Recurso tempestivo, preparado e regularmente processado nos termos da lei (fls.65).

A recorrida apresentou contrarrazões, pugnando pela manutenção da r. sentença proferida (fls.67/81).

É o relatório.

Conheço dos recursos, haja vista a presença dos pressupostos de admissibilidade. No mérito, em que pese o entendimento do d. Magistrado sentenciante, deve ser reformada a r. sentença proferida.

Por proêmio, não prospera o deduzido cerceamento de defesa ante o julgamento antecipado do feito (artigo 330, inc. I, do CPC).

Como cediço, o destinatário final da prova é o juiz e somente a ele cabe avaliar a pertinência de sua produção. Na hipótese, suficiente a prova documental, para o deslinde da causa, como adiante se verá.

Cassio Scarpinella Bueno, ao abordar a questão, leciona:

"*Nesta perspectiva, o 'julgamento antecipado da lide' justifica-se quando o juiz está convencido de que não há necessidade de qualquer outra prova para a formação de sua cognição sobre quem, autor ou réu, será tutelado pela atuação jurisdicional. Em termos mais técnicos, o julgamento antecipado da lide acaba por revelar a desnecessidade da realização da 'fase instrutória', suficientes as provas eventualmente já produzidas até então com a petição inicial, com a contestação e, bem assim, com as manifestações que, porventura, tenham sido apresentadas por força das 'providências preliminares', é dizer, ao ensejo da 'fase ordinatória'*". (Curso sistematizado de direito processual civil, vol. 2, Tomo I: procedimento comum: ordinário e sumário - 7ª ed. rev. e atual. - São Paulo: Saraiva, 2014, p. 256 - versão digital).

Sobre o tema, já decidiu o C. Superior Tribunal de Justiça que "**a decisão pela necessidade ou não da produção de prova é uma faculdade do magistrado, a quem caberá decidir se há nos autos elementos e provas**

Acesso ao Sumário

suficientes para formar sua convicção" (REsp 874.735/RJ, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, Segunda Turma, j. 27.03.2007, DJ 10.04.2007, p. 206).

Ademais, como bem observou o d. Magistrado *a quo* a perícia médica solicitada não influenciaria no deslinde do feito, isto porque não poderia aferir as condições do filho do apelante à época dos fatos.

Destarte, não subiste qualquer irregularidade no julgamento antecipado.

Trata-se de ação indenizatória, na qual narra o apelante que, em 19/09/2014, embarcaria (com esposa e filho), às 09h48 em Congonhas/SP, com previsão de chegada à cidade de Natal/RN às 14h30.

No entanto, após embarcar com sua família na aeronave, solicitou que fossem acomodados em poltronas próximas a tomadas elétricas, pois seu filho sofre de bronquite e poderia necessitar do uso do inalador, caso houvesse alguma crise repentina.

Ato contínuo, as partes foram retiradas do avião pelos comissários, sob a alegação de que seria necessário um termo da ANAC para utilização do inalador, bem como, atestado médico que autorizasse a viagem da criança nessas condições.

Todavia, após muita espera foram encaminhados ao aeroporto de Guarulhos e foram autorizados a embarcar porque, segundo informações recebidas, os documentos exigidos pelos comissários não eram de fato necessários. Desse modo, embarcaram às 20h25 e chegaram ao destino às 0h00 do mesmo dia.

De sua parte, a companhia aérea sustentou que no procedimento adotado seus prepostos atuaram em observância às normas atinentes ao transporte aéreo. Aduz que o autor deveria ter preenchido o "Formulário de informação Médica - MEDIF" e cientificado a companhia, com antecedência mínima de 72 horas. Desse modo, argumentou a inexistência de responsabilidade e, por conseguinte, danos morais, pois adotou toda cautela necessária para preservar a incolumidade física do filho do autor.

Nota-se, *in casu*, que houve defeito na prestação do serviço, ao reverso do alegado pela companhia aérea.

A exigência de preenchimento do "Formulário de Informação Médica - Medif" não serve para ilidir a responsabilidade da companhia aérea pelo atraso no transporte do autor e de seus familiares, pois, a apelada deixou de impugnar, especificamente, os fatos deduzidos na inicial.

Ademais, verifica-se que o apelante sustentou que os comissários de voo apenas solicitaram o termo da ANAC e o atestado médico, após testarem todas as tomadas da aeronave, inclusive, aquelas existentes nos sanitários, contudo, não estavam funcionando (fls. 2 - §4º).

O autor e seus familiares foram retirados da aeronave e o voo remarcado para às 12h05, no entanto, como o médico da ANAC não havia se manifestado,

deixaram de embarcar e foram transferidos para o Aeroporto de Guarulhos.

Já no aeroporto de Guarulhos, o apelante, esposa e filho foram informados que os documentos, outrora exigidos, não eram efetivamente necessários ao embarque.

Assim, o requerente e a sua família embarcaram às 20h25 do dia 14/02/14 (fls. 14), ou seja, praticamente 12 horas após o horário inicialmente previsto (fls. 11).

Nesse passo, ao analisar todas as manifestações da recorrida nos autos (contestação fls. 33/37; especificação de provas fls.45/46; contrarrazões de apelação fls. 67/81), verifica-se que a companhia aérea deixou de impugnar as alegações do apelante no sentido de que embarcaram sem aqueles documentos que foram exigidos no aeroporto de Congonhas.

Aliás, forçoso reconhecer que a companhia aérea certamente guardaria (ou assim deveria ter procedido) as cópias do atestado médico e da autorização de uso do aparelho respiratório da ANAC, porquanto se resguardaria em face de eventual alegação quanto à falha na prestação do serviço, todavia, deixou de coligir aos autos os documentos supostamente exigidos do apelante.

Por outro lado, o artigo 2º, VIII, da Resolução nº 09 da ANAC, a qual dispõe a respeito do transporte aeromédico, em nada favorece à companhia aérea, isto porque deixou esta última de provar a existência de qualquer tratamento especial ao filho do apelante, que, inclusive, embarcou em aeronave comum.

Do mesmo modo, quanto ao preenchimento do "Formulário de Informação Médica - Medif", observa-se que o *print screen* do *blog* da companhia aérea apenas refere àqueles que necessitarem de cadeiras de rodas ou passageiros em estado de pré-operatório (fls.25), situações distintas da mera utilização das tomadas da aeronave.

De qualquer modo, se o preenchimento do referido relatório fosse imprescindível ao embarque de qualquer pessoa com bronquite, essa exigência deveria ser realizada ou ao menos informada no momento da aquisição das passagens e não no *blog* da companhia aérea.

Assim, o legislador estabeleceu como direito básico do consumidor o acesso à informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços (artigo 6º, III, do CDC), com a finalidade de atenuar os incidentes derivados das relações de consumo.

A respeito do tema leciona Rizzatto Nunes:

"Assim, da soma dos princípios, compostos de dois deveres - o da transparência e o da informação -, fica estabelecida a obrigação de o fornecedor dar cabal informação sobre seus produtos e serviços oferecidos e colocados no mercado, bem como das cláusulas contratuais por ele estipuladas." (Nunes, Luis Antonio Rizzatto - Curso de direito do consumidor/Rizzatto Nunes. 8. ed.

Acesso ao Sumário

rev. e atual. - São Paulo : Saraiva, 2013. p. 157)

Outrossim, oportunas as palavras de Flávio Tartuce:

"*A informação, no âmbito jurídico, tem dupla face: o dever de informar e o direito de ser informado, sendo o primeiro relacionado com quem oferece o seu produto ou serviço ao mercado, e o segundo, com o consumidor vulnerável.*" (Tartuce, Flávio Manual de direito do consumidor: direito material e processual/ Flávio Tartuce, Daniel Amorim Assumpção Neves. - 3. ed. - Rio de Janeiro: Forense: São Paulo: MÉTODO, 2014. P. 58)

Desse modo, competia à apelada provar a ciência inequívoca do requerente em relação às cláusulas restritivas invocadas para obstar que o apelante e sua família fossem transportados nos moldes do contrato estabelecido.

Anota-se, ainda, por oportuno, que, não estamos a imprimir aqui eventual mácula quanto à validade da exigência feita pela recorrida, mas, subtraindo-lhe, tão somente, a eficácia, ante a inexistência, nos autos, de prova do expresso conhecimento da autora a seu respeito, circunstância que afronta os princípios da transparência e da informação e ônus que incumbia ao apelado.

Outrossim, denota-se que a pretexto de zelar pela integridade física do filho do apelante, em verdade, é possível concluir que o atraso no voo apenas ocorrera porque as tomadas da primeira aeronave não estavam funcionando, haja vista que o transporte do autor e de sua família ocorrera posteriormente sem os documentos exigidos.

Portanto, uma vez evidenciado que a requerida não provou a existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor, nos moldes do artigo 333, II, do Código de Processo Civil, deve arcar com a responsabilidade oriunda pelo fato do serviço.

Destarte, à luz dos autos, conclui-se que houve falha da prestação de serviço oferecido pela requerida, resta analisar as consequências do descumprimento contratual e legal.

In casu, aplica-se o Código de Defesa do Consumidor à relação jurídica estabelecida entre as partes, conforme entendimento recente deste E. Tribunal de Justiça:

> **RESPONSABILIDADE CIVIL. Contrato de Transporte Aéreo. Cancelamento de voo. Condições climáticas desfavoráveis. Comprovação. Companhia área que, entretanto, não disponibilizou atendimento aos passageiros para que pudessem seguir viagem até o destino final. Falta de atendimento que resultou no cancelamento da viagem e retorno a São Paulo. Aplicação do artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor, com inversão do ônus da prova. Aplicação, ademais, do disposto no artigo 6º, inciso VIII, do Código de Defesa do Consumidor. Danos morais. Reconhecimento. Dever de indenizar.**

Acesso ao Sumário

Sentença mantida. DANO MATERIAL. Cabimento. Restituição do valor das passagens e despesas comprovadas com táxi para retornar ao aeroporto e com o sinal de reserva de hotel na cidade de destino, não utilizado por força do cancelamento. Sentença mantida. JUROS DE MORA. Correta a fixação de incidência, nos danos morais, a partir da citação, bem como a fixação da correção monetária, nos termos da súmula 362 do C. STJ. Sentença mantida. RECURSO NÃO PROVIDO. (TJ-SP, Relator: Fernando Sastre Redondo, Data de Julgamento: 06/08/2014, 38ª Câmara de Direito Privado)

AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS - TRANSPORTE AÉREO - CANCELAMENTO DE VOO - Autor que adquiriu passagem aérea de Guarulhos/SP para Cuiabá/MT e que teve seu voo cancelado em razão da necessidade de manutenção não programada na aeronave - Responsabilidade civil - Falha na prestação do serviço - Fato que decorre de sua atividade de risco - Inocorrência de caso fortuito ou força maior - Dano moral presumido - Valor da indenização por danos morais fixado em R$ 15.000,00, que se mostra adequado ao caso concreto - RECURSO PROVIDO.

HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS CONTRATUAIS - Reparação dos danos que deve ser feita de forma ampla, com a restauração do "status quo" anterior ao ato ilícito (art. 402 do Código Civil) - Autor que faz jus ao ressarcimento da quantia referente aos honorários advocatícios contratuais, de R$ 3.011,77, como forma de recomposição dos danos materiais, corrigidos desde o efetivo e comprovado desembolso e acrescidos de juros de 1% ao mês contados da citação - Valor pleiteado a esse título que, no caso vertente, não se mostrou abusivo, tendo em vista que o causídico teve de ajuizar a presente ação indenizatória na defesa do ora autor - Fato não contrariado pela ré – RECURSO PROVIDO. (TJ-SP - APL: SP - 0157313-98.2012.8.26.0100, Relator: Sérgio Shimura, Data de Julgamento: 15/10/2014, 23ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 17/11/2014)

Outrossim, oportuna a lição do Professor Marco Fábio Morsello a respeito deste tema:

"Inserimos a Lei nº 8.078/90 no quadro da responsabilidade civil no transporte aéreo, com fulcro na premissa maior de que a tutela do consumidor, erigida a princípio constitucional de eficácia plena, ensejou a edição de efetivo microssistema, impondo, no âmbito das denominadas relações de consumo, a proteção à parte mais fraca, a observância do princípio da boa-fé objetiva, sem prejuízo da atribuição ao magistrado da denominada função corretiva nas relações jurídicas de consumo, visando, destarte, a mitigação e o afastamento de cláusulas contratuais que se afigurem abusivas. Na seara da responsabilidade

Acesso ao Sumário

civil, emerge que, sendo o transporte aéreo efetiva prestação de serviços, permite a aplicação do microssistema consumerista, uma vez caracterizada a relação de consumo. Nesta hipótese, como já ressaltamos, a priori, quando da análise do princípio da reparação integral da vítima, a Lei n. 8.078/90 veda a limitação da responsabilidade, o que caracteriza antinomia com os ditames da Convenção de Varsóvia, no tocante ao transporte aéreo internacional, e com o Código Brasileiro de Aeronáutica, no âmbito do transporte aéreo doméstico" ("Responsabilidade Civil no Transporte Aéreo", Ed. Atlas, 2006, pág. 68).

Nesse passo, o Código de Defesa do Consumidor estabelece que o fornecedor responde, independentemente de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos aos serviços prestados (artigo 14, do CDC).

A responsabilidade objetiva vem estabelecida no Código de Defesa do Consumidor, em razão da teoria do risco do negócio, que segundo dispõe Rizzatto Nunes, decorre do exercício da liberdade: *"(...) o empresário não é obrigado a empreender; ele o faz porque quer; é opção dele. Mas, se o faz, assume o risco de ganhar ou perder e, por isso, responde por eventuais danos que os produtos e serviços por ele colocados no mercado podem ocasionar. O outro lado dessa atividade é o do risco social engendrado pela exploração do mercado. A simples colocação de produtos e serviços gera esse risco. Dai que, inexoravelmente, a existência em si do empreendimento traz potencialmente risco de danos às pessoas."* (Nunes, Luis Antonio Rizzatto. Curso de direito do consumidor/Rizzatto Nunes. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013. P.313).

Assim, o legislador, considerando os riscos da atividade econômica, nos termos do §3º, do CDC, apontou como excludente da responsabilidade do fornecedor, tão somente a prova no sentido de que o defeito na prestação de serviço não existiu, houve culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.

Desta forma, ante a ausência das excludentes referidas, a responsabilidade da requerida pelo evento danoso restou plenamente configurada.

Acesso ao Sumário

No tocante aos danos morais, não há dúvida quanto à ocorrência, haja vista que o autor e a sua família foram impossibilitados de viajar no horário correto e ainda perderam um dia de gozo das férias planejadas, fatos que indubitavelmente frustraram o projeto familiar.

E não se trata, exclusivamente, de analisar o tempo de atraso, mas as consequências que, concomitantemente, exsurgem deste fato. Aguardar por este lapso temporal sem obter informações adequadas, sem perspectiva de solução e, ainda, perder um dia das férias planejadas, afligiria a qualquer pessoa, situação devidamente demonstrada pelos documentos coligidos na inicial.

Por outro lado, há prova de que a ré ofereceu a adequada assistência ao

autor e a sua família, porquanto forneceu hospedagem e alimentação a todos, sendo o valor de R$ 92,00, incompatível com qualquer "marmitex", conforme argumenta o apelante (fls.15).

Destarte, inquestionável a sensação de angústia ante o acidente ocorrido, frustração que não era esperada, e que ultrapassa o mero dissabor, configurando efetivo dano de natureza moral, que deve ser indenizado.

Desta forma, em que pese o entendimento do d. Magistrado *a quo*, a r. sentença hostilizada deve ser reformada com a finalidade de condenar a empresa aérea ao pagamento de indenização por danos morais em favor do autor, tendo em vista o notório esgotamento psicológico nessas situações.

Cediço que, à míngua de critérios objetivos para a fixação de indenização por dano moral, cabível ao magistrado valer-se de apreciação equitativa, levando em conta a extensão do dano, o grau de culpabilidade do ofensor e a situação econômica das partes, de modo a reparar o abalo sofrido, bem como inibir a repetição da conduta.

Ademais, inafastável a cautela de evitar "*o arbitramento que importe em uma indenização irrisória, de pouco significado para o ofendido, nem uma indenização excessiva, de gravame demasiado ao ofensor*" (STJ, AgRg no REsp nº 38.21 - SC, Terceira Turma, Min. Sidnei Beneti, j. 06/08/2013).

Oportuna a menção às considerações bem lançadas pelo e. Des. Enio Zuliani, ao enfrentar a questão no julgamento do recurso de apelação nº 015631-21.201.8.26.0100:

> *"Para chegar a um valor adequado cabe observar as funções básicas do dano moral. No objetivo de ressarcir, olha-se para a vítima, para a gravidade objetiva do dano que ela padeceu (Antônio Jeová dos Santos, Dano Moral Indenizável, Lejus Editora, 1.97, p. 62) e visando reprovar mira-se o lesante, de tal modo que a indenização represente advertência, sinal de que a sociedade não aceita seu comportamento (Carlos Alberto Bittar, Reparação Civil por Danos Morais, ps. 20/22; Sérgio Severo, Os Danos Extrapatrimoniais, ps. 186/190). Conjugando-se as duas funções é que se extrai o valor da reparação."*

Impende consignar que a capacidade econômica da companhia aérea constitui fator a ser considerado conjuntamente com os demais, não se prestando, isoladamente, para balizar a liquidação do dano.

Nesse sentido a doutrina de Humberto Theodoro Junior:

"Impõe-se a rigorosa observância dos padrões adotados pela doutrina e jurisprudência, inclusive dentro da experiência registrada no direito comparado para evitar-se que as ações de reparação de dano moral se transformem em expedientes de extorsão ou de espertezas maliciosas e injustificáveis. As duas posições, sociais e econômicas, da vítima e do ofensor, obrigatoriamente,

Acesso ao Sumário

estarão sob análise, de maneira que o juiz não se limitará a fundar a condenação isoladamente na fortuna eventual de um ou na possível pobreza do outro. Assim, nunca poderá o juiz arbitrar a indenização do dano moral tomando como base tão somente o patrimônio do devedor. Sendo a dor moral insuscetível de uma equivalência com qualquer padrão financeiro, há uma universal recomendação, nos ensinamentos dos doutos e nos arestos dos tribunais, no sentido de que 'o montante da indenização será fixado equitativamente pelo Tribunal' (Código Civil Português, art. 496, inciso 3)". (Dano Moral, 7ª edição, atualizada e ampliada, Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2010, p. 51).

Nesse passo, considerada a situação fática apresentada (permanência nos aeroportos sem qualquer informação, cancelamento do voo, decolagem atrasada em 10 horas e perda de um dia de férias), o importe de R$ 10.000,00, corrigido monetariamente desta data, apresenta-se adequado, proporcional e razoável para o fim a que se destina, mormente se considerarmos que a indenização por dano moral tem por fim a justa reparação e não o enriquecimento sem causa.

Considerando a relação estabelecida entre as partes é contratual, motivo pelo qual os juros moratórios são devidos a partir da citação, consoante o disposto no artigo 405, do Código Civil.

Nesse diapasão há precedente do E. Superior Tribunal de Justiça:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. DANO MORAL. COMPROVAÇÃO. SUMULA 7/ STJ. QUANTUM INDENIZATÓRIO. RAZOABILIDADE. DANOS ESTÉTICOS E MORAIS. CUMULAÇÃO DEVIDA. JUROS DE MORA. A PARTIR DA CITAÇÃO. RESPONSABILIDADE CONTRATUAL. PRECEDENTES. 13º SALÁRIO E FÉRIAS. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL NÃO CONFIGURADO. AUSÊNCIA DE COTEJO. DECISÃO AGRAVADA MANTIDA. IMPROVIMENTO. 1.- O Acórdão considerou provado o fato ensejador da pretensão inicial e, portanto, a culpa da ré. Ultrapassar os fundamentos do Acórdão e acolher a tese sustentada nas razões do Recurso Especial demandaria inevitavelmente, o reexame de provas, incidindo o óbice da Súmula 7 desta Corte. 2.- A intervenção do STJ, Corte de caráter nacional, destinada a firmar interpretação geral do Direito Federal para todo o país e não para a revisão de questões de interesse individual, no caso de questionamento do valor fixado para o dano moral, somente é admissível quando o valor fixado pelo Tribunal de origem, cumprindo o duplo grau de jurisdição, se mostre teratológico, por irrisório ou abusivo. 3.- Inocorrência de teratologia no caso concreto, em que houve a fixação do valor de indenização por dano moral, em R$ 30.000,00 (trinta mil reais) e para os danos estéticos R$ 5.000,00 (cinco mil reais), em 30.10.2012,

Acesso ao Sumário

consideradas as circunstâncias do caso e as condições econômicas das partes. 4.- Quanto aos danos estéticos e morais são perfeitamente cumuláveis, dependendo das circunstâncias do caso. Na espécie, além dos danos morais, concluiu as instâncias ordinárias que houve dano estético indenizável. Precedentes. 5.- No tocante aos juros de mora, a jurisprudência desta Corte é pacífica no sentido de que incidem, desde a citação, em casos de responsabilidade contratual, hipótese observada no caso em tela. Assim, não há como ser acatada a tese da recorrente. Precedentes 6.- No tocante à exclusão das verbas de 13º salário e férias, verifica-se evidente deficiência na interposição do recurso, tendo em vista o disposto no artigo 541 do Código de Processo Civil e os §§ 1º e 2º (cotejo) do artigo 255 do Regimento Interno desta egrégia Corte, pois ausente o necessário cotejo analítico para demonstrar a similitude fática. 7.- A agravante não trouxe nenhum argumento capaz de modificar a conclusão do julgado, a qual se mantém por seus próprios fundamentos. 8.- Agravo Regimental improvido. (STJ - AgRg no AREsp: 422376 RJ 2013/0364273-8, Relator: Ministro SIDNEI BENETI, Data de Julgamento: 24/04/2014, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 19/05/2014).

No tocante à multa por litigância de má-fé, observo que a matéria está preclusa, conquanto o autor não tenha comparecido à audiência de conciliação (fls.52), tampouco, intimado da penalidade imposta, deixou de interpor o recurso de agravo no momento em que tomou conhecimento da sanção.

Por derradeiro, diante da sucumbência exclusiva da requerida, arcará com o pagamento das custas e despesas processuais, bem como honorários advocatícios de sucumbência, fixados, nos termos do art. 20, § 3º, do CPC, no patamar de 15% sobre o valor da condenação.

Ante o exposto, por meu voto, **dou parcial** provimento ao recurso interposto, nos termos alinhavados.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1016891-39.2015.8.26.0007, da Comarca de São Paulo, em que é apelante PAULO ROGERIO SANTOS (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado BANCO FIBRA S/A.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 14ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 27.169)**

Acesso ao Sumário

O julgamento teve a participação dos Desembargadores MAURÍCIO PESSOA (Presidente) e CARLOS ABRÃO.

São Paulo, 28 de março de 2016.

LÍGIA ARAÚJO BISOGNI, Relatora

Ementa: INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS - Determinação de cancelamento de indevida negativação do nome do autor - Danos morais, contudo, descaracterizados - Inscrições preexistentes - Súmula 385, do STJ - Indenização indevida - Sentença mantida - Recurso não provido.

VOTO

Trata-se de ação declaratória de inexistência de relação jurídica c.c. indenização por danos morais, ajuizada por Paulo Rogério Santos contra Banco Fibra S/A, cuja r. sentença de págs. 65/72, proferida pelo d. magistrado ALESSANDER MARCONDES FRANÇA RAMOS, julgou procedente, em parte, a ação, para declarar que o autor não firmou o contrato sob discussão e declarou inexistente o débito, afastado o pedido de danos morais em razão da incidência da Súmula 385 do STJ, reconhecida a recíproca sucumbência.

Irresignado, apelou o autor sustentando, em síntese, que faz jus a ser indenizado por danos morais, não sendo aplicável, à espécie, a Súmula 385, do STJ, porque comprovado "nos autos o ajuizamento de ação contra todos os que negativam seu nome".

Recurso regularmente processado, acusando resposta, subiram os autos.

É o relatório.

O dano moral não havia mesmo de ser reconhecido no caso.

Em que pese a determinação de cancelamento da negativação em questão, eis que indevida, preexistia outras anotações em nome do apelante junto aos órgãos de proteção ao crédito.

Com efeito, consoante o documento de fls. 19, oriundo do CCFácil Serasa, consta a existência dois apontamentos preexistentes, uma da DM Card e outro da OMNI Financeira, cujas inclusões se deram em 01.02.2013, não havendo informação acerca da exclusão. Assim, embora possa o caráter vexatório da inscrição irregular sob exame ter contribuído para a restrição de crédito ao apelante, tal não foi a causa exclusiva do desconforto por ele experimentado, dada a existência de outros registros negativos PREEXISTENTE.

Aliás, em consulta ao sitio deste E. Tribunal de Justiça, verifiquei que, no tocante às duas restrições preexistentes, realmente houve o ajuizamento

Acesso ao Sumário

de ações questionando os débitos e os apontamentos. Todavia, quanto a ação promovida contra a DM Card (processo 1016890-54.2015.8.26.0007), após a apresentação da contestação e demonstração da legitimidade do débito e da negativação, houve pedido de desistência da ação formulado pelo autor e devidamente homologado pelo d. juízo. Já com relação ao processo contra a Omni Financeira (autos de nº 1016896-61.2015.8.26.0007), a sentença, datada de 16.02.2016, foi de improcedência.

Incidente, pois, à espécie a disposição da Súmula 385, do STJ, no sentido de que **não cabe indenização por dano moral quando preexistente legítima inscrição** (grifei), ressalvado o direito ao cancelamento.

Neste sentido, já decidiu esta Egrégia 14ª Câmara de Direito Privado quando do julgamento do Recurso de Apelação nº 0006249- 92.2009.8.26.0408, em que fui Relatora.

Pelo exposto, nego provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0000247-93.2007.8.26.0338, da Comarca de Mairiporã, em que é apelante KLININVEST FACTORING E FOMENTO MERCANTIL LTDA., é apelado MIHARA MATERIAIS PARA CONSTRUÇÃO LTDA.

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 16.255)**

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

São Paulo, 4 de abril de 2016

SANDRA GALHARDO ESTEVES, Relatora.

Ementa: TÍTULOS DE CRÉDITO. AÇÃO DECLARATÓRIA DE NULIDADE DE TÍTULO DE CRÉDITO c.c. INDENIZAÇÃO, PRECEDIDA POR AÇÃO CAUTELAR INOMINADA PARA SUSTAÇÃO DE PROTESTO. DUPLICATA SEM LASTRO. DANO À HONRA OBJETIVA NÃO CONFIGURADO. Embora indevido o protesto

Acesso ao Sumário

da duplicata, pois o valor nela representado era inexigível, a autora obteve liminarmente medida obstativa dos efeitos daninhos do apontamento, que não chegou a ser disponibilizado ao público. Não sofreu abalo de crédito, de modo que não há falar em responsabilização civil das rés. Apelação provida.

VOTO

Vistos,

1. Trata-se de recurso de apelação interposto contra a r. sentença, prolatada às fls. 216/219, que julgou procedentes os pedidos formulados na inicial dessa ação declaratória de nulidade de título de crédito c.c. indenização que MIHARA MATERIAIS PARA CONSTRUÇÃO LTDA. move em face de ORIGINALLE INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE MÓVEIS LTDA. e KLININVEST FACTORING FOMENTO MERCANTIL LTDA., para declarar a nulidade da duplicata indicada na inicial e condenar as rés, solidariamente, à indenização do dano à honra objetiva decorrente do indevido abalo de crédito, arbitrando o montante em R$8.182,60; e procedente o pedido formulado na inicial da cautelar inominada de sustação de protesto que aquela move em face destas.

A autora narra na inicial que celebrou com a corré Originalle uma compra e venda de bens móveis. Em que pese a mercadoria não lhe tenha sido entregue, recebeu aviso de cobrança de uma duplicata nº 5990-A/A, cujo crédito foi cedido à corré Klininvest. Assevera que comunicou o problema à cessionária, mas nada foi feito. Ao contrário, a corré Klininvest apontou o título a protesto. Diz haver suportado dano à honra objetiva. Pede a declaração de nulidade da duplicata sacada contra si pela corré Originalle, e a condenação das rés à indenização do dano à honra objetiva suportado em decorrência do apontamento do título a protesto.

A ação principal veio precedida por ação cautelar inominada para sustação de protesto, por meio da qual a autora obteve liminarmente medida obstativa dos efeitos daninhos do apontamento.

Em contestação, a corré Klininvest alega que não ostenta legitimidade para integrar o polo passivo da lide, pois a causadora do imbróglio foi a corré Originalle. Aduz que recebeu a duplicata por meio de contrato de faturização; não praticou ato ilícito; é endossatária de boa-fé; também foi vítima da incúria da corré Originalle; a sacadora da duplicata encerrou sua atividade empresária, e há notícia de que muitos outros clientes foram por ela lesados. No mais, impugna a existência e a extensão do dano.

A corré Originalle é revel citada por edital, tendo-lhe sido nomeado curador especial, que contestou por negativa geral.

Acesso ao Sumário

No curso da fase instrutória foi produzida prova oral.

O nobre magistrado *a quo* entendeu que (a) o saque da duplicata se encontra desamparado do negócio jurídico subjacente; (b) o apontamento do título a protesto foi indevido; e (c) as rés respondem solidariamente pela indenização do dano à honra objetiva suportado pela autora. Assim, julgou procedentes os pedidos formulados na inicial da ação principal, para declarar a nulidade da duplicata indicada na inicial e condenar as rés, solidariamente, à indenização do dano à honra objetiva decorrente do indevido abalo de crédito, arbitrando o montante em R$8.182,60; e procedente o pedido formulado na inicial da cautelar inominada de sustação de protesto.

Inconformada, a corré Klininvest apela às fls. 224/247. Alega, em suma, que: (a) é endossatária de boa-fé; (b) não pode ser responsabilizada pelo ato ilícito praticado pela corré Originalle; (c) a autora não suportou dano moral; e (d) subsidiariamente, o montante da reparação comporta redução. Pugna pelo provimento do recurso para reforma da r. sentença.

A autora ofertou contrarrazões (fls. 229/238).

Não houve oposição ao julgamento do recurso em plenário virtual.

É o relatório do essencial.

2. A nulidade da duplicata e a inexigibilidade do débito nela enunciado tornaram-se temas imutáveis, por força da eficácia preclusiva da coisa julgada material, uma vez que o inconformismo manifestado nas razões recursais está dirigido tão somente à possibilidade de responsabilização da corré Klininvest, uma vez que ela nega haver praticado ato ilícito, e porque a autora não teria suportado dano à honra objetiva.

E, efetivamente, a pretensão indenizatória não comportava acolhida.

O instituto da responsabilidade civil, seja ela objetiva ou subjetiva (aquiliana), vem assentado em três pilares: conduta do agente, dano e nexo causal entre a conduta e o dano.

Sucede que a autora obteve liminarmente medida obstativa dos efeitos daninhos do protesto, que não chegou a ser disponibilizado ao público. Não sofreu abalo de crédito, de modo que não há falar em responsabilização civil das rés.

3. Em face do exposto, dá-se provimento ao recurso, para julgar improcedente a pretensão indenizatória formulada na inicial dessa ação declaratória de nulidade de título de crédito c.c. indenização que MIHARA MATERIAIS PARA CONSTRUÇÃO LTDA. move em face de ORIGINALLE INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE MÓVEIS LTDA. e KLININVEST FACTORING FOMENTO MERCANTIL LTDA. Com esse resultado, a sucumbência passa a ser recíproca e equivalente, de modo que cada polo da ação arcará com metade das custas e despesas do processo, assim como os honorários advocatícios de seus

Acesso ao Sumário

respectivos patronos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0002668-61.2015.8.26.0084, da Comarca de Campinas, em que é apelante ARLETE REGINA ATHAYDE MARCONDES (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado BENEDICTO OLIVEIRA DA SILVA FILHO.

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 9946)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores COELHO MENDES (Presidente sem voto), JAIRO OLIVEIRA JUNIOR e VICENTINI BARROSO.

São Paulo, 4 de abril de 2016.

MENDES PEREIRA, Relator

Ementa: PRESCRIÇÃO - Ação monitória fundada em notas promissórias - Dívida líquida baseada em instrumento particular - Aplicação do prazo prescricional quinquenal previsto no art. 206, § 5º, I, do CC - Ação ajuizada sete anos após o escoamento do prazo prescricional - O STJ sedimentou interpretação segundo a qual "o prazo para ajuizamento de ação monitória em face do emitente de nota promissória sem força executiva é quinquenal, a contar do dia seguinte ao vencimento do título" (REsp 1262056/SP) - Sentença de improcedência que reconheceu a existência da prescrição mantida (art. 269, IV, do CPC) - Recurso desprovido.

Acesso ao Sumário

VOTO

A r. sentença de fls. 21/22, cujo relatório é adotado, julgou improcedente o pedido monitório fundado em notas promissórias, com fulcro no artigo 269, inciso IV, do Código de Processo Civil, ante o reconhecimento da existência da prescrição, e deixou de condenar a requerente no pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios por ser ela beneficiária da gratuidade

judiciária.

Inconformada, a autora apela buscando reforma do julgado (fls. 24/29). Para tanto, alega que mantivera relacionamento por vinte anos com o apelado e, por conta da partilha de bens, ficara com oito notas promissórias no valor total de R$ 24.000,00, as quais não teriam sido pagas pelo demandado, mesmo tendo sido dilatado o prazo. Protestara os títulos em 2013. Ajuizou esta ação monitória porque estaria prescrita a ação de execução. O direito de defesa da meação prescreveria em 10 anos.

Sem contrarrazões porque não completada a relação jurídica processual. O recurso foi processado regularmente.

É o relatório.

A respeitável sentença não merece reforma.

Trata-se de ação monitória fundada em oito notas promissórias no valor de R$ 3.000,00 cada uma, vencidas de 19/08/2001 a 19/03/2002 (fls. 13/20).

Nos termos do artigo 219, § 5º, do Código de Processo Civil "o juiz pronunciará, de ofício, a prescrição".

Considerando-se as datas acima referidas e o disposto no artigo 2.028 do novo Código Civil, o prazo prescricional a ser observado é o da lei atual.

Assim, andou bem o MM. Juízo "a quo" em aplicar ao caso sob exame o prazo prescricional quinquenal previsto no artigo 206, § 5º, inciso I, do Código Civil, que estabelece:

"Art. 206. Prescreve: (...)

§ 5º Em cinco anos:

I - a pretensão de cobrança de dívidas líquidas constantes de instrumento público ou particular".

O tema foi objeto de consolidação na jurisprudência da Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça, quando da apreciação do Recurso Especial nº 1262056/RS, de relatoria do Ministro Luís Felipe Salomão, em julgamento realizado no dia 11/12/2013, sob o rito dos recursos repetitivos (artigo 543-C do CPC), no qual restou ementado:

"PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C DO CPC. AÇÃO MONITÓRIA APARELHADA EM NOTA PROMISSÓRIA PRESCRITA. PRAZO QUINQUENAL PARA AJUIZAMENTO DA AÇÃO. INCIDÊNCIA DA REGRA PREVISTA NO ART. 206, § 5º, INCISO I, DO CÓDIGO CIVIL. 1. Para fins do art. 543-C do Código de Processo Civil: 'O prazo para ajuizamento de ação monitória em face do emitente de nota promissória sem força executiva é quinquenal, a contar do dia seguinte ao vencimento do título'. 2. Recurso especial provido".

Acesso ao Sumário

Destarte, considerando que o vencimento da última nota promissória se deu em 19/03/2002, que os títulos foram protestados em 21/05/2013 (informação constante no verso das cártulas), e que esta ação foi distribuída em 13/03/2015, forçoso concluir-se pela ocorrência da consumação do lapso temporal.

"A noção de prescrição está ligada à lesão de direito, cuja ocorrência faz surgir um novo dever jurídico para o transgressor - a responsabilidade - e novo poder jurídico para aquele que sofreu a lesão - a pretensão (...). Se essa pretensão não for exercida no prazo legal, ocorre a prescrição. Em doutrina define-se a prescrição como sendo a convalescença de uma lesão de direito pela inércia do seu titular e o decurso do tempo"[1].

Assim, por mais lamentável que seja a situação posta em julgamento, a apelante deveria ter envidado esforços para satisfação de sua pretensão com celeridade, acautelando-se. Não o fazendo, deu margem a ser atingida pelos efeitos da prescrição, a qual é inafastável, na espécie.

Conclui-se, portanto, pelo acerto do "decisum" atacado, que fica mantido por seus próprios e jurídicos fundamentos e diante dos outros aqui acrescidos.

Ante o exposto, nega-se provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 3000045-90.2013.8.26.0294, da Comarca de Jacupiranga, em que é apelante BANCO PANAMERICANO S/A, é apelado DANIEL RIBEIRO.

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 parcial ao recurso, V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 21183)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores PAULO PASTORE FILHO (Presidente), SOUZA LOPES E IRINEU FAVA.

São Paulo, 5 de abril de 2016.

PAULO PASTORE FILHO, Relator

Ementa: DANO MORAL - Caracterização - Inscrição indevida do nome do autor nos cadastros de inadimplentes das entidades de controle e proteção ao crédito - Dano *in re ipsa* - Indenização fixada em

Acesso ao Sumário

1 CAVALHIERI FILHO, *Programa de Responsabilidade Civil*, 9ª ed. Revista e Ampliada, Ed. Atlas, São Paulo, 2010, p. 132.

R$ 36.200,00 - Redução para R$ 15.000,00, valor suficiente para sancionar a conduta do agente e conceder lenitivo à vítima - Recurso provido em parte.

VOTO

O apelante pretende a reforma da r. sentença de fls. 116/120, cujo relatório se adota, que julgou procedente em parte o pedido inicial, declarando quitada a prestação com vencimento em setembro de 2013, relativa ao contrato de financiamento celebrado entre as partes, e condenando-o a pagar ao apelado a importância de R$ 36.200,00, a título de indenização por danos morais, com atualização monetária desde a data da prolação do *decisum* e juros de mora de 1% ao mês a partir da citação.

Afirma que a decisão não pode prevalecer, sustentando, em suma, que não há comprovação do dano moral alegado; que o recorrido sofreu mero dissabor; que o *quantum* fixado é exorbitante, devendo ser reduzido caso seja mantida a condenação.

Recurso regularmente processado, preparado e contrariado.

É o relatório.

Depreende-se dos autos que o apelado teve seu nome incluído nos cadastros de inadimplentes em razão de débito que havia sido pago quatorze dias antes de seu vencimento.

O apelante sustenta ser impossível manter a sua condenação a título de danos morais, em virtude da falta de prova do dano, entendendo que se está diante de mero dissabor.

Razão não lhe assiste, entretanto.

O apelado experimentou severo ataque a seu patrimônio moral, com a indevida divulgação pública de inadimplemento que, como se sabe, compromete o conceito e a imagem perante bancos e comerciantes daqueles que têm o nome assim apontado.

E basta a ocorrência do ato para se ver como demonstrado o dano causado.

A Constituição Federal, ao estabelecer que o dano à imagem e ao bom nome permite a reparação por dano moral, autoriza o acolhimento da pretensão indenizatória.

Destarte, desnecessária qualquer outra prova da ocorrência de danos morais, que se verifica com o atentado à própria imagem da vítima ou ao seu próprio conceito, não havendo, portanto, necessidade de prova do fato corriqueiro e notório de que comerciantes se negam a vender a prazo ou receber cheques, ou instituições financeiras recusam financiamento ou abertura de conta-corrente ou de poupança, porque é exatamente o que se sucede com aqueles que tiveram os

Acesso ao Sumário

nomes de qualquer modo registrados como inadimplentes.

O prejuízo moral, portanto, está comprovado *in re ipsa*, com a consumação da injusta anotação, ou seja, por força dos fatos verificados.

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 de simples violação. Com isso, verificado o evento danoso, surge, *ipso facto*, a necessidade de reparação, uma vez presentes os pressupostos de direito. Dessa ponderação, emergem duas consequências práticas de extraordinária repercussão em favor do lesado: "*uma, é a dispensa da análise da subjetividade do agente; outra, a desnecessidade de prova do prejuízo em concreto*" (CARLOS ALBERTO BITTAR, *in* "Reparação Civil por Danos Morais", Editora Revista dos Tribunais, 1993, p. 202).

Resta, portanto, verificar se o valor da indenização está adequado à situação criada.

Com efeito, a repercussão no meio financeiro e comercial de qualquer restrição é imediata.

A conduta do apelante configurou falta extrema de cuidado, e atentou contra o nome, a reputação e o conceito do apelado, que são essenciais para o sistema imposto pelos próprios bancos e comerciantes.

De seu turno, a indenização não se presta a enriquecer a vítima, mas conceder-lhe um lenitivo e reprovar a conduta do agente.

Por outro lado, as anotações junto às entidades de controle e proteção ao crédito são absolutamente temporárias e, uma vez canceladas, tanto o crédito como o nome do registrado retornam à situação anterior.

Diante destas considerações, esta C. Câmara, em casos semelhantes e apoiando-se em decisões do C. Superior Tribunal de Justiça, entende que a quantia de R$ 15.000,00 atende aos requisitos de apenar o fornecedor abusivo e conceder lenitivo ao consumidor que, sem que concorresse para o evento, viu seu nome divulgado como inadimplente.

Acesso ao Sumário

Fixa-se, portanto, o valor da indenização em R$ 15.000,00, corrigidos a partir desta data, mantidos os juros de mora na forma estabelecida pela r. sentença.

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

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0023482-18.2010.8.26.0554, da Comarca de Santo André, em que é apelante/apelado

MAXIRISCOS CORRETORA DE SEGUROS LTDA., são apelados/apelantes SONIA APARECIDA DA ROCHA E S/M e FRANCISCO DA ROCHA FILHO e Apelado BRADESCO AUTO/RE COMPANHIA DE SEGUROS.

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 7242)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores FELIPE FERREIRA (Presidente sem voto), RENATO SARTORELLI e VIANNA COTRIM.

São Paulo, 28 de janeiro de 2016.

BONILHA FILHO, Relator

Ementa: Seguro de veículo. Indenização securitária com danos morais. Furto de veículo segurado estacionado em via pública. Relação de consumo. Responsabilidade solidária entre a Corretora e a Seguradora. Legitimidade passiva mantida. Veículo de propriedade da esposa e a contratação do seguro em nome do marido. Irrelevância. Inexistência de agravamento do risco. Inexistência de má-fé dos segurados. Indenização devida. Valor de mercado. Tabela FIPE. Meros dissabores e aborrecimento não configuram dano moral. Sucumbência recíproca mantida. Recursos improvidos.

VOTO

Trata-se de Apelação interposta contra a r. sentença de fls. 232/233, integrada pelo julgamento dos Embargos de Declaração às fls. 265, cujo relatório adoto, que, em ação indenizatória, julgou-a parcialmente procedente, para condenar as rés, solidariamente, ao pagamento da quantia de R$ 26.329,00 (menos o valor da franquia), corrigida monetariamente desde a data do sinistro, acrescida de juros de mora, a partir da citação, cabendo aos autores a entrega do veículo (salvado) e os documentos necessários à transferência, livres e desembaraçados de quaisquer ônus, reconhecendo a sucumbência recíproca.

Irresignada, insurge-se primeiro a Corretora, fls. 248/256, pleiteando a reforma da r. sentença.

Preliminarmente, argui a ilegitimidade passiva, pois não é responsável solidária pelo pagamento da indenização securitária. No mérito, sustenta

Acesso ao Sumário

que a responsabilidade é pelo fato do serviço, sendo mera estipulante do contrato. Acrescenta que não há responsabilidade solidária entre a Corretora e a Seguradora. Afirma que o contrato de seguro foi preenchido de forma correta. Aduz que os segurados perderam o direito à indenização, pois omitida a informação de propriedade do veículo, no momento da elaboração do contrato, não agindo com probidade e boa- fé.

Adesivamente, recorrem os autores, fls. 268/275, sustentando, em preliminar, que a Seguradora apresentou contestação intempestiva, tendo sido decretada a sua revelia. No mérito, pleiteiam que a indenização seja o valor integral previsto na apólice (R$ 42.000,00), e não o valor de mercado fixado pela Tabela FIPE, sob pena de enriquecimento ilícito da Seguradora. Requer a indenização por danos morais, no equivalente a 50 SM. Pugnam pela condenação da Corretora e Seguradora ao pagamento de custas, despesas processuais e honorários advocatícios, na importância de 20% sobre o valor da condenação.

Recursos preparados, fls. 257/260, recebidos, fls. 289 e contrarrazoados, fls. 294/296, 298/305.

É o relatório.

Preliminarmente, reconhece-se a aplicação do CDC aos contratos de seguro.

As partes celebraram contrato de seguro de veículo, fls. 22/24, no qual constou como contratante o marido da proprietária do veículo.

Cuida-se de ação indenizatória com danos morais proposta pelos Segurados, visando o recebimento da indenização, em decorrência do furto do veículo segurado, fls. 16/17, tendo em vista que houve negativa da Seguradora em efetuar o pagamento, em razão de informação falsa com relação à propriedade do bem, fls. 20/21.

No tocante à preliminar de ilegitimidade passiva da Corretora, não merece acolhimento, tendo em vista que surge dos fatos expostos nos autos a convicção que lhe competia solicitar a documentação do veículo, ao formalizar a proposta, pois a negativa de pagamento fundou-se nos termos da proposta preenchida de maneira equivocada.

A Corretora e a Seguradora são solidárias entre si, nos casos em que o segurado pleiteia o pagamento da indenização contida na apólice, quando ocorreu a recusa administrativa.

Corrobora, ainda, a tese da existência de solidariedade entre a Seguradora e a Corretora, pois, é inegável que ambas se beneficiam economicamente, por participarem da cadeia de negócios instalada na relação securitária.

Ademais, nem se diga que a Seguradora não seria responsável pelos atos do corretor, pois, nos termos do art. 34 do CDC, "*o fornecedor do produto ou serviço é solidariamente responsável pelos atos de seus prepostos ou*

representantes autônomos".

No mesmo sentido:

"SEGURO DE VEÍCULO - FURTO - NEGATIVA DA INDENIZAÇÃO POR ATRASO DO PAGAMENTO DE UMA DAS PARCELAS DO PRÊMIO - CONTRATO EFETUADO POR MEIO DE CORRETORA DE SEGUROS A QUEM FOI FEITO O PAGAMENTO - SOLIDARIEDADE ENTRE A SEGURADORA E A CORRETORA DE SEGUROS - APLICABILIDADE DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. Presume-se representante da seguradora seus agentes autorizados, não podendo a seguradora se eximir do pagamento da indenização securitária por não ter a corretora lhe repassado o valor do prêmio do seguro. RECURSOS IMPROVIDOS". (TJ/SP, Apelação nº 9123936-36.2008.8.26.0000, 34ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Emanuel Oliveira, j. em 29/08/2007).

O segurado, ao efetuar a contratação do seguro através da Corretora, confiou no preenchimento dos dados de forma correta, amparado pela boa-fé presumida.

Extrai-se dos autos que o marido da autora era o principal condutor do veículo, tendo em vista que o B.O. Policial, fls. 16/17, foi lavrado em seu nome, e não há indicativos nos autos em sentido contrário.

Ressalta-se, ainda, que os autores não receberam cópia da apólice logo após o avençado, impedidos de verificarem supostos erros ou enganos cometidos no preenchimento das informações.

E, ainda que assim não fosse, já decidiu o C. STJ que nem toda declaração inexata ou omissão do segurado, constitui motivo suficiente para o afastamento da obrigação de indenizar decorrente do contrato. É de se ver, a propósito: "*É preciso que tais inexatidões ou omissões tenham acarretado concretamente o agravamento do risco contratado e decorram de ato intencional do segurado. Interpretação sistemática dos arts. 766, 768 e 769 do CC/02. [...]*". (REsp 1210205/RS, Quarta Turma, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, d.j. 01.09.2011).

Ou seja, é irrelevante que o segurado não seja o proprietário do bem à época do sinistro, pois não contribuiu de forma alguma para agravar o risco, considerando-se que o veículo foi furtado enquanto se encontrava estacionado.

Ressalte-se que a aplicabilidade da cláusula que isenta a apelante da obrigação de pagar a indenização pressupõe agravamento intencional do risco pelo segurado, não sendo esse o caso sob exame.

Os autores pleiteiam o recebimento do capital segurado (R$ 42.000,00), constante de contrato intermediado pela Corretora, tendo sido negado administrativamente, fls. 21.

Não merece acolhimento a irresignação recursal dos autores no tocante

Acesso ao Sumário

à particularidade de o valor da indenização ser pelo montante máximo previsto na apólice.

Correta a r. sentença, ao fixar a indenização pelo valor que constou na Tabela Fipe, fls. 149, que corresponde ao valor do mercado do veículo segurado, não impugnado pelos autores.

A propósito, seguem os precedentes jurisprudenciais, no mesmo sentido, sobre o tema:

> "SEGURO DE VEÍCULO - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO - RESPONSABILIDADE CIVIL - ALEGAÇÃO DE NÃO ACEITAÇÃO DO CONTRATO NÃO COMUNICADA À SEGURADA UM MÊS DEPOIS DAS NEGOCIAÇÕES APLICAÇÃO DA BOA-FÉ OBJETIVA - RESPONSABILIDADE SOLIDARIA DA CORRETORA E DA SEGURADORA - DANOS MATERIAIS RECONHECIDOS E MORAIS AFASTADOS - APELAÇÃO PARCIALMENTE PROVIDA 1. Tratando-se de ação de responsabilidade civil derivada de contrato de seguro com intervenção da corretora e da seguradora, respondem ambas pela ação indenizatória. 2. A boa-fé objetiva e a lealdade entre os contratantes, que presidem os contratos em geral, sobretudo os de seguro, reclamam observância dos procedimentos costumeiro para evitar lesão ao consumidor na hipótese de recusa, para ensejar oportunidade de busca de outra seguradora no mercado. (...) 4. Ocorrido o sinistro e presente nos autos a induvidosa boa-fé, devem, seguradora e corretora, responder solidariamente pelo prejuízo causado à segurada. 5. A recusa fundada da seguradora, tendo em vista as circunstâncias do caso, como lhe assegura a legislação securitária, não enseja a reparação por danos morais." (TJ/SP, Apelação 0118546- 93.2009.8.26.0100, 26ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Norival Oliva, j. em 14/12/2010).

> "Seguro de veículo. Furto. Negativa de pagamento do capital segurado. Ação de cobrança. 1. É parte legítima para responder aos termos da ação de cobrança de capital segurado a corretora, quando a negativa do pagamento decorreu de ato faltoso a ela atribuído. 2. É patente a responsabilidade da corretora pela negativa do pagamento frente ao segurado, pois foi sua conduta desidiosa que deu ensanchas à negativa do pagamento pela seguradora. 3. Estadeia-se a responsabilidade solidária entre as correqueridas em face do segurado, mormente pela relação de consumo havida entre as partes, na qual as rés compõem a cadeia de fornecedores do serviço ao consumidor, aplicando-se o artigo 7º da Lei 8.078/90. (...) 6. Era mesmo de rigor o reconhecimento da responsabilidade solidária da corretora e da seguradora no pagamento do capital segurado, cabendo, a quem entender ter suportado danos indevidamente, valer-se das vias próprias para o pretendido ressarcimento. Correqueridas que compõem

Acesso ao Sumário

a cadeia de serviços oferecidos ao consumidor. Artigo 7º do Código de Defesa do Consumidor. 7. Não há falar-se em aplicação do artigo 14, § 3º do Código de Defesa do Consumidor, como defende a seguradora, pois não se trata de reparação de danos, mas, sim, de cumprimento da obrigação oriunda do contrato. 8. A indenização deve obedecer aos termos do contrato, pelos quais deverá ser equivalente à incidência de fator de reajuste sobre o valor de referência, cláusula que sequer foi impugnada pelo segurado autor. 9. Não se justifica qualquer abatimento dos valores referentes a encargos sobre o veículo, quando a obrigação do autor é de entrega da documentação livre de quaisquer encargos que pesem sobre o bem até a data do sinistro. (...)" (TJ/SP, Apelação 0215472-73.2008.8.26.0100, 25ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Vanderci Álvares, j. em 24/10/2013).

"Apelação cível. Seguro de veículo. Furto. Ação de cobrança indenizatória. Legitimidade ativa do proprietário do bem - segurado por terceiro. Recusa da seguradora ao pagamento - declarações inverídicas acerca do perfil do segurado. Sinistro verificado quando na condução de terceiro. Inexistência de restrição na apólice. Perfil do segurado que, demais, não guarda relação de causalidade com o evento. Agravamento do risco não comprovado. Fato extintivo do direito não demonstrado (art. 333, II, CPC). Reparatória devida. Danos morais afastados. Mero dissabor contratual. Sucumbência recíproca emergente da parcial procedência da inicial. Recurso provido apenas para que reconhecida seja a apontada sucumbência recíproca." (TJ/SP, Apelação nº 1001795- 93.2014.8.26.0564, 12ª Câmara Extraordinária de Direito Privado, Rel. Des. Tercio Pires, j. em 18/09/2015).

"SEGURO FACULTATIVO DE VEÍCULO. Furto de motocicleta enquanto estacionada na via pública. Negativa de cobertura securitária. Descabimento. Inexistência, no caso concreto, de má-fé da segurada. Indenização securitária devida. Danos morais não caracterizados. Mero descumprimento contratual sem maiores consequências. Lucros cessantes não demonstrados. Recurso provido em parte." (TJ/SP, Apelação nº 0047581- 96.2008.8.26.0562, 28ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Gilson Delgado Miranda, j. em 20/10/2015).

Não há que se reconhecer a revelia, tendo em vista que o desentranhamento da contestação determinada à fls. 160, não foi mantido pela decisão do Agravo de Instrumento, que afastou a revelia, fls. 218/223.

Com relação ao dano moral, não restou comprovado nos autos que os segurados, ora apelantes, sofreram danos morais.

Estão ausentes os requisitos para a configuração do dano moral, objeto do presente recurso. Não há indícios de que a conduta da Seguradora, ao não efetuar

Acesso ao Sumário

o pagamento da indenização, tenha repercutido negativamente ou causado abalo psicológico nos segurados, ou em qualquer outro atributo da personalidade.

Não se pode banalizar a indenização por dano moral para um acontecimento que causou frustração, contrariedade ou mero dissabor, decorrentes da vida em sociedade. O dano moral é aquele que repercute na honra, subjetiva ou objetiva, produz um ato danoso no íntimo do ser ou lesa o patrimônio anímico do indivíduo, o que não é a hipótese dos autos.

Por fim, é caso de manutenção da sucumbência recíproca, nos termos do artigo 21, do CPC, que dispõe: "se cada litigante for em parte vencedor e vencido, serão recíproca e proporcionalmente distribuídos e compensados entre eles os honorários e as despesas. Parágrafo único. Se um litigante decair de parte mínima do pedido, o outro responderá, por inteiro, pelas despesas e honorários."

Veja-se o que decidiu o C. STJ: "na distribuição dos ônus sucumbenciais considera-se o número de pedidos formulados e o número de pedidos julgados procedentes ao final da demanda" (STJ, 3ª Turma, Resp nº 967.769, Min. Rel. Nancy Andrighi, j. 26/06/2008), *in* Negrão, Theotonio, Código de Processo Civil e Legislação Processual em vigor, pag. 158, Ed. Saraiva, 45ª ed., 2013).

Assim, de rigor a manutenção da r. sentença de parcial procedência da demanda.

Diante do exposto, nego provimento aos recursos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0014053-73.2006.8.26.0196, da Comarca de Franca, em que é apelante MARIA APARECIDA FERREIRA (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado TELECOMUNICAÇÕES DE SÃO PAULO S/A.

ACORDAM, em 34ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento parcial ao recurso, nos termos que constarão do acórdão. V. U.", de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 25337)**

O julgamento teve a participação dos Exmo. Desembargadores NESTOR DUARTE (Presidente sem voto), SOARES LEVADA e ANTONIO TADEU OTTONI.

São Paulo, 27 de janeiro de 2016.

CRISTINA ZUCCHI, Relatora

Acesso ao Sumário

Ementa: PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS.

TELEFONIA. INDENIZAÇÃO CUMULADA COM OBRIGAÇÃO DE FAZER. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. MULTA DIÁRIA. REDUÇÃO E LIMITAÇÃO. POSSIBILIDADE. ENTENDIMENTO DE QUE O OBJETIVO DAS ASTREINTES É O CUMPRIMENTO DA DECISÃO JUDICIAL E NÃO DE IMPOSIÇÃO DE QUALQUER COMPENSAÇÃO FINANCEIRA DA PARTE ADVERSA POR TRANSTORNOS OU EVENTUAIS PREJUÍZOS DECORRENTES DO ATRASO NO CUMPRIMENTO DA MEDIDA. SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS FIXADOS POR EQUIDADE, ART. 20, § 4º, DO CPC. SENTENÇA REFORMADA EM PARTE. Apelação provida em parte.

VOTO

Trata-se de apelação (fls. 317/325, com preparo às fls. 12) interposta contra a r. sentença de fls. 310/314, proferida pelo MM. Juiz Ewerton Meirelis Gonçalves, cujo relatório se adota, que julgou procedente a "*...pretensão deduzida na impugnação para limitar o valor executado a R$ 15.000,00. Sem custas ou honorários por se cuidar de um mero expediente da fase executiva*".

Alega a apelante, em síntese, que em observância à Teoria do Desestímulo, o valor da multa não teve enriquecer ilicitamente o ofendido, contudo, deve ser suficientemente elevado para desencorajar situações assemelhadas. Sustenta que a multa deve ser proporcional à condição financeira da empresa-apelada e que os honorários de sucumbência devem ser arbitrados sobre a condenação total. Requer provimento ao recurso.

O recurso é tempestivo (fls. 314v e 317) e foi recebido no duplo efeito (fls. 340).

Sem contrarrazões (fls. 342).

É o relatório.

O recurso foi regularmente processado.

Cuida-se de impugnação à execução.

A ré-impugnante sustenta que o restabelecimento dos serviços não ocorreu por culpa exclusiva da autora-impugnada, que não informou corretamente endereço para o cumprimento da medida. Pugnou pela rejeição do pagamento da multa ou, subsidiariamente, pela sua redução.

O MM juiz *a quo* julgou parcialmente procedente a pretensão deduzida na impugnação, limitando o valor executado da multa para R$ 15.000,00.

Acesso ao Sumário

A questão a ser tratada refere-se, única e exclusivamente, à multa fixada às fls. 125.

Com efeito, verifica-se que a r. sentença (fls. 101/102), confirmada pelo acórdão (fls. 162/167), determinou o restabelecimento da prestação dos serviços, o que não ocorreu, sendo, então, fixada a multa diária no valor de R$ 100,00 (fls. 124/125) e, posteriormente, em R$ 500,00 (fls. 188), para o caso de descumprimento da medida (fls. 124/125).

A notícia de cumprimento da medida veio, tão somente, após decorridos 05 anos da determinação (fls. 197/199).

O valor total da multa ultrapassa a quantia de R$ 200.000,00 (duzentos mil reais), conforme se extrai dos cálculos apresentados pela autora-impugnante (fls. 256/257).

A r. sentença reduziu a multa para R$ 15.000,00, o que deu ensejo à interposição do recurso de apelação pela autora.

Em que pesem os alegados dissabores e transtornos causados à autora-recorrente e mostrando-se claro que ela não podia ser impedida de usufruir dos serviços de telefonia, já que cumpridora de suas obrigações, não se verifica desacerto na redução do valor da multa diária.

Não se pode olvidar que o objetivo primeiro das *astreintes* é o cumprimento da decisão judicial e não de imposição de qualquer compensação financeira da parte adversa por transtornos decorrente do atraso no cumprimento.

Prevalece o entendimento de que a cobrança das *astreintes* não pode se constituir de fonte de enriquecimento sem causa, podendo, ante a ausência de limites temporais, alcançar montantes estratosféricos. É nesse ponto que o julgador deve atentar para os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, justamente para se evitar o enriquecimento indevido, já que não se trata de imposição de qualquer compensação financeira por atraso no cumprimento ou reparação de eventuais prejuízos.

Desse modo, nos termos do art. 461, § 6º, do CPC, cabível a redução da multa, contudo, considerando o tempo decorrido entre a decisão de restabelecimento do serviço e o cumprimento da obrigação (fls. 124/125 e fls. 199), limito o valor executado a R$ 30.000,00 (trinta mil reais).

Quantos aos honorários advocatícios, em razão da sucumbência recíproca nesta fase de cumprimento de sentença, as custas, despesas processuais e honorários advocatícios, que fixo em R$ 1.000,00, consoante artigo 20, § 4º , do CPC, serão divididos igualmente entre as partes, ressalvado o disposto no artigo 12 da Lei 1.060/50 em relação à autora, por ser a mesma beneficiária da assistência judiciária gratuita (fls. 12).

Ante o exposto, pelo meu voto, dou parcial provimento ao recurso de apelação, nos termos do acórdão.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0004205-09.2014.8.26.0220, da Comarca de Guaratinguetá, em que é apelante PORTO SEGURO COMPANHIA DE SEGUROS GERAIS, é apelado AVALON MOTORS COMÉRCIO E SERVIÇOS LTDA.

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 17.059)**

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

São Paulo, 1 de fevereiro de 2016.

DIMAS RUBENS FONSECA, Relator

Ementa: AÇÃO DE COBRANÇA C. C. INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. Seguro empresarial. Cobertura contra subtração de bens. Revendedora de motocicletas. Veículo furtado por terceiro, sob o pretexto de fazer um *test drive*. Recusa da seguradora em pagar a indenização por alegada ausência de cobertura para apropriação indébita ou estelionato. Ausência de informação no contrato quanto aos conceitos jurídicos dos delitos que ensejariam a caracterização de sinistro indenizável. Boa-fé contratual da segurada evidenciada. Indenização devida. Precedentes. Recurso desprovido.

VOTO

Trata-se de apelação interposta por **PORTO SEGURO COMPANHIA DE SEGUROS GERAIS** nos autos da ação de cobrança c. c. indenização por dano moral que lhe promove **AVALON MOTORS COMÉRCIO E SERVIÇO LTDA.**, com pedido julgado parcialmente procedente pela r. sentença de fls. 125/128, cujo relatório se adota, condenando a ré ao pagamento do valor de R$ 9.853,00 (nove mil, oitocentos e cinquenta e três reais), com correção monetária desde 10 de abril de 2014 e juros legais de mora a partir da citação, arcando cada parte com metade das despesas processuais e a verba honorária do seu respectivo patrono.

Embargos de declaração opostos pela autora às fls. 131/133, que foram

Acesso ao Sumário

acolhidos pela r. decisão de fls. 134, sendo corrigido o erro material para constar que o valor da condenação é de R$11.630,00 (onze mil, seiscentos e trinta reais).

Sustentou, em síntese, que houve o delito de apropriação indébita ou estelionato envolvendo o veículo entregue a terceiro para teste drive e que não foi devolvido, situação que não tem cobertura securitária; que o contrato de seguro é regido pelo princípio do mutualismo e não contém cláusulas abusivas, tendo força obrigatória - *pacta sunt servanda* (fls. 138/152).

Foram oferecidas contrarrazões às fls. 160/165, com pleito de desprovimento do recurso.

É o relatório.

Ao que se tem dos autos, a apelada é revendedora de motocicletas e, nessa qualidade, contratou seguro dos veículos postos à venda, pretendendo ela o recebimento de indenização pela subtração de uma motocicleta levada por terceiro, a pretexto de realizar *test drive*.

Recusou-se a seguradora a pagar a indenização postulada, alegando ausência de cobertura no contrato de seguro para o evento ocorrido.

Isto colocado, verifica-se que a apólice prevê cobertura para subtração de bens (fls. 17), a qual é assim conceituada nas suas condições gerais: "*Apoderação, fraudulenta ou dolosa, de coisa alheia, cometida mediante destruição ou rompimento de obstáculos, desde que deixe vestígios materiais evidentes ou ainda mediante ameaça direta ou emprego de violência contra pessoa responsável pela guarda do bem*" (fls. 79).

Embora assim seja, o contrato não contém esclarecimento acerca dos conceitos jurídicos dos delitos que ensejariam a caracterização de sinistro indenizável.

Alinhe-se que era obrigação de a apelante prestar informação suficiente e detalhada acerca da cobertura contratada, máxime em se considerando a sutil diferença entre os crimes de estelionato ou furto mediante fraude, gerando divergência na jurisprudência quanto aos seus conceitos.

Acesso ao Sumário

Importante destacar que, no furto cometido mediante fraude, a vítima não tem percepção, diante do artifício empregado, de que a coisa está sendo objeto de subtração. A fraude é praticada para o fim de viciar a sua atenção ou no sentido de suprimir a guarda que exerce sobre a coisa.

No caso, deve ser prestigiada a boa-fé contratual da apelada, pois ela contratou o seguro com o objetivo de proteger o seu patrimônio, assim, uma vez verificado o sinistro previsto na apólice - subtração de veículo mediante fraude -, exsurge a obrigação da seguradora em indenizar.

Precedente do C. STJ: "*DIREITOS CIVIL E PENAL - SEGURO DE AUTOMÓVEL - FURTO QUALIFICADO - SEGURADO VÍTIMA DE*

TERCEIRO QUE, A PRETEXTO DE TESTAR VEÍCULO POSTO A VENDA, SUBTRAI A COISA - INDENIZAÇÃO PREVISTA NA APÓLICE - PERDA TOTAL DO BEM. INDENIZAÇÃO - PAGAMENTO DO VALOR AJUSTADO NO CONTRATO (APÓLICE) - RECURSO PROVIDO. I - Segundo entendimento desta Corte, para fins de pagamento de seguro, ocorre furto mediante fraude, e não estelionato, o agente que, a pretexto de testar veículo posto à venda, o subtrai (v.g. REsp 226.222/RJ, DJ 17/12/99, HC 8.179-GO, DJ de 17.5.99). III - Sendo o segurado vítima de furto, é devido o pagamento da indenização pela perda do veículo, nos termos previstos na apólice de seguro. III - Recurso conhecido e provido para julgar procedente o pedido, condenando a recorrida ao pagamento do valor segurado, devidamente corrigido desde a data da citação, invertendo-se os ônus sucumbenciais"[1].

No mesmo sentido, o entendimento desta C. Corte Estadual: "*COBRANÇA DE SEGURO - CERCEAMENTO DE DEFESA NÃO CONFIGURADO - FURTO OCORRIDO NO MOMENTO EM QUE SUPOSTO COMPRADOR FAZ "TEST DRIVE" NO VEÍCULO - CONDUTA TIPICADA COMO FURTO MEDIANTE FRAUDE E NÃO COMO ESTELIONATO - INDENIZAÇÃO DEVIDA SENTENÇA MANTIDA. Apelação não provida*"[2].

Idem: "*1. Porque a apólice cobre furto do veículo, cobre todas as modalidades, o simples e o qualificado, como o furto mediante fraude, que, apesar da sutileza, não se confunde com estelionato. 2. A exclusão constante das cláusulas gerais, mas não da apólice, esta, sim, entregue ao segurado, não se opõe a ele, em face de seu direito à informação como consumidor. 3. Afastada a alegação de agravamento do risco, que só ocorre se for intencional, condena-se a seguradora ao pagamento da prometida indenização, ressalvando-se direito da credora fiduciária e com a condição de se exibirem documentos hábeis à transferência da propriedade. Rejeitam-se, porém, pretensão a lucros cessantes e pretensão à indenização moral*"[3].

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.

Acesso ao Sumário

1 BRASÍLIA. Superior Tribunal de Justiça. 4ª Turma. REsp nº 672987/MT. Rel. Min. Jorge Scartezzini. J. 26/09/2006. DJ 30/10/2006, p. 310.

2 SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. 34ª Câmara de Direito Privado. Apelação n° 992.06.014339-7. Relª. Desª. Cristina Zucchi. J. 02/08/2010.

3 SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. 28ª Câmara de Direito Privado. Apelação n° 0033827-47.2009.8.26.0564. Rel. Des. Celso Pimentel. J. 22/03/2011.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1004454-17.2011.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que são apelantes JOSE CRETELLA NETO e CRETELLA ADVOGADOS, é apelado VERA ELISETE VERA LIVERO CALLEGARI.

ACORDAM, em 34ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento em parte ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 25.331)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores NESTOR DUARTE (Presidente), CRISTINA ZUCCHI e SOARES LEVADA.

São Paulo, 27 de janeiro de 2016.

NESTOR DUARTE, Relator

Ementa: Serviços profissionais. Impugnação à assistência judiciária. Pedido de expedição de ofício à Receita Federal formulado pelo impugnante. Anulação da sentença. Recurso parcialmente provido.

VOTO

Visto.

Trata-se de apelação interposta de r. sentença de fls. 157/158, cujo relatório se adota, que rejeitou incidente de impugnação à assistência judiciária oposto por Jose Cretella Neto e Cretella Advogados.

No apelo, requerem os impugnantes, de início, a anulação do processo sob o fundamento de que o MM. Juízo de primeiro grau não atendeu pedido de expedição de ofício à Delegacia da Receita Federal para obtenção de declarações de Imposto de Renda da impugnada. No tocante à questão de fundo, repisaram os argumentos inicialmente expendidos buscando a revogação do benefício. Subsidiariamente, pedem sejam os encargos processuais diferidos.

Recurso bem processado e respondido.

É o relatório.

Conheço do recurso.

Embora a presente questão tenha sido apreciada no agravo de instrumento 0193671-71.2012.8.26.0000, a verificação dos pressupostos ensejadores dos benefícios da assistência judiciária pode se dar a qualquer tempo, porquanto a matéria é de ordem pública.

Acesso ao Sumário

Consoante se extrai do apelo, mesmo os apelantes reconhecem a necessidade de melhor instrução, eis que pediram a expedição de ofício à Receita Federal.

Assim, tendo em vista a sede constitucional da matéria, impondo a devida instrução, para afastamento do benefício, mostra-se necessária a anulação da sentença, a fim de que o referido documento fiscal seja trazido aos autos e submetido à apreciação do Juiz.

Isto posto, pelo meu voto, dou parcial provimento ao recurso, na forma acima, para anular a sentença.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0212488-14.2011.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante MBS INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE EMBALAGENS PLÁSTICAS LTDA. ME., é apelado ELETROPAULO METROPOLITANA - ELETRICIDADE DE SÃO PAULO 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, M.V.", vencido o Relator sorteado que declara voto. Para o acórdão a Revisora, de conformidade com o voto da relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 22955)**

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

São Paulo, 3 de fevereiro de 2016.

BERENICE MARCONDES CESAR, Relatora designada

Ementa: APELAÇÃO. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. ENERGIA ELÉTRICA. FRAUDE NO MEDIDOR DE ENERGIA. TOI. Perícia conclusiva quanto ao desvio de energia. Ausência de prova no sentido contrário. Decisão mantida. RECURSO DA AUTORA NÃO PROVIDO.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de ação de rito ordinário ajuizada por M.B.S. INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE EMBALAGENS PLÁTICAS LTDA. contra ELETROPAULO

- ELETRICIDADE DE SÃO PAULO S/A, que foi julgada parcialmente procedente pela r. sentença (fls. 452/459) para declarar a parcial nulidade dos TOI's nº 8012459 e 8012428 somente em relação aos valores cobrados; e julgada parcialmente procedente a reconvenção promovida pela Ré/Reconvinte contra a Autora/Reconvinda para condenar a Autora/Reconvinda ao pagamento da quantia equivalente a 1.022Kwh (ativo de ponta) e 599.871Kwh (ativo fora de ponta) a ser calculado nos termos do art. 116, da Resolução 414/10, parágrafo 2º, por mero cálculo aritmético, valores estes corrigidos aritmeticamente a partir de julho de 2010 e acrescidos de juros moratórios de 1% ao mês calculados desde a citação. A Autora/Reconvinda por ser maior a sucumbência foi condenada a arcar com as custas e despesas processuais, incluídos os honorários do perito judicial, mais honorários advocatícios sucumbenciais arbitrados em 10% do valor da condenação.

Inconformada, a Autora interpôs o presente recurso (fls. 462/471), desafiando contrarrazões da Ré (fls. 489/493).

É o relatório.

Trata-se de recurso de apelação interposto contra r. sentença que julgou parcialmente procedente tanto a ação principal quanto a reconvenção para declarar a parcial nulidade dos TOI's nº 8012459 e 8012428 somente em relação aos valores cobrados, assim como para condenar a Autora/Reconvinda ao pagamento da quantia equivalente a 1.022Kwh (ativo de ponta) e 599.871Kwh (ativo fora de ponta).

Os fatos resumem-se no seguinte: *em 25.NOV.2010 as partes teriam firmado contrato de fornecimento de energia elétrica subgrupo tarifário A4, quando a Ré iniciou a prestação de serviços. Alega a Autora que no curso do contrato foram lavrados pela Ré, dois TOI's sob o argumento de irregularidades no sistema de medição, com a cobrança de débito, que a Autora não reconhece. A Ré por sua vez confirmou o débito da Autora, por ter sido constatada irregularidade no imóvel da Autora no consumo de energia elétrica, por funcionários da Ré, com a lavratura de dois TOI's. E, a Ré reconveio visando a cobrança do débito por fraude.*

Acesso ao Sumário

Na instrução foi realizada a prova pericial (fls. 391/401), e segundo o perito judicial: "*Portanto, esta perícia pôde comprovar as formas direta e indireta as irregularidades apontadas nos TOI's de números 8012459 e 8012428, lavrados na UC da Requerente em 27/9/2011. Sendo que, de acordo com o degrau de consumo verificado após 27/09/2011, estas irregularidades causaram registro irreal do consumo de energia elétrica da UC da Requerente.*

De acordo com a análise das informações obtidas por esta perícia apresentadas no item anterior, foi possível se comprovar de forma fática ter havido irregularidades na medição do consumo de energia elétrica na UC da

Requerente e que a mesma ocasionou consumo irregular de energia elétrica até a data da lavratura do TOI em 27/09/2011.

.....

Nos cálculos do consumo irregular da UC da Requerente, a Requerida considerou como início do período de consumo irregular o dia 25/06/2011 (data da última inspeção realizada no local antes da inspeção de 19/05/2011).

.....

(....) esta perícia entende que o período de consumo irregular de energia da UC da Requerente ser refere ao período de 07/2010 e 09/2011."

E por fim concluiu o perito judicial: "*Diante destes fatos, esta perícia entende que o período de consumo irregular de energia elétrica da UC da Requerente se refere ao período de 07/2010 e 09/2011, sendo que nos cálculos dos consumos a recuperar pela Requerida devem ser considerados os consumos base de 8.854,30kwh (fora de ponta) e 557,70kwh (de ponta), conforme determina a Resolução 414/2010 da Aneel, em seus artigos 130 a 132;*

Com isto, esta perícia indica que os consumos irregulares da UC da Requerente a ser recuperado pela Requerida são de 1.022kwh (ativo de ponta) e 59.871 kwh (ativo fora de ponta) sendo que os valores das diferenças de consumo a cobrar devem ser calculados de acordo como o artigo 116 da Resolução 414 da Aneel, ou seja, a aplicação da tarifa vigente na data de emissão da fatura, com a aplicação de eventual desconto tarifário previsto em regulamentação;"

Em resposta aos quesitos o perito judicial foi taxativo ao afirmar: "**esta perícia constatou que a irregularidade não se encontrava no medidor, mas sim nos Transformadores de Corrente (TC's) instalados na UC da Requerente.**

.....

A irregularidade constatada estava concentrada nos Transformadores de Corrente (TC's) instalados na UC da Requerente, os quais possuíam "jumpers" que inibiam a correta edição de consumo local.

.....

A Requerida não justificou a estimativa de consumo utilizada nos seus cálculos. Portanto, com base na Resolução 414, artigo 130, esta perícia chegou a uma estimativa de consumo, a qual se encontra no item 5.4 deste laudo pericial.

.....

De acordo com os TOI's não foi encontrado problemas no lacre da caixa onde se encontra o medidor, mas sim na caixa aonde se encontra os transformadores de corrente.

.....

(..) se verifica um degrau de consumo de mais de 150%".

Acesso ao Sumário

A prova pericial foi no sentido positivo de irregularidades praticadas pela Autora no consumo de energia elétrica. Verifica-se que a Autora não se interessou em indicar assistente-técnico como também não apresentou parecer técnico que confirmasse suas alegações. O Código de Defesa do Consumidor não revogou as normas do Código de Processo Civil quanto ao ônus da prova. Não havendo nenhuma prova ou indício de prova que enfraquecesse as conclusões do perito judicial (-profissional com conhecimento específico-), o laudo pericial conclusivo, deve prevalecer integralmente, e o fato do valor devido ter sido estimado de acordo com resolução normativa torna-se irrelevante.

A Aneel é agência reguladora que "tem a finalidade de regular a produção, transmissão e comercialização de energia elétrica de acordo com a política e diretrizes do governo federal.", por isso suas resoluções têm caráter normativo, apesar de não se enquadrarem no conceito de "tratado ou lei federal".

O recurso da Autora não prospera e a r. sentença deve ser mantida tal como lançada.

Diante do exposto, **CONHEÇO** e **NEGO PROVIMENTO** ao recurso de apelação da Autora, ficando mantida a r. sentença de primeiro grau.

DECLARAÇÃO DE VOTO VENCIDO

(Voto nº 32.352)

Ementa: A apuração unilateral de eventual fraude no medidor de energia elétrica terá foros de verdade, apenas se se acompanhar de perícia isenta contemporânea, a da polícia científica ou de instituto oficial de metrologia.

Autora apela da respeitável sentença que acolheu em parte sua demanda declaratória e a reconvenção oferecida pela concessionária de energia elétrica. Impugna a perícia indireta, que sustenta ser inconclusiva e baseada na variação de consumo. Nega a comprovação da fraude, argumenta com troca do aparelho e acena com a essencialidade do serviço.

Vieram preparo e resposta.

É o relatório.

Porque adulteração de medidor de energia elétrica configura em tese furto, sua apuração administrativa pela concessionária, para gerar credibilidade, haverá de se cercar dos requisitos do flagrante criminal.

A propósito, a Resolução ANEEL nº 456/2000, alterada pela Resolução ANEEL nº 90, de 27 de março de 2001, ao cuidar da suspeita de fraude, impõe à concessionária a lavratura de "Termo de Ocorrência de Irregularidade", com

Acesso ao Sumário

amplitude de detalhes (art. 72, I).

Determinava, na redação originária, a realização de "serviços de perícia técnica do órgão competente vinculado à segurança pública e/ou do órgão metrológico oficial, este quando se fizer necessária a verificação do medidor", que passou a facultar: "perícia técnica, a ser realizada por terceiro legalmente habilitado, quando requerida pelo consumidor" (idem, II, da Res. 90/2001).

Ao facultar perícia apenas a requerimento do consumidor, a norma acaba por fragilizar o convencimento do ato unilateral, que, por si, culmina por a nada se prestar.

Afinal, se ao próprio Poder Público e no âmbito penal o auto de prisão em flagrante se subordina ao contraditório em Juízo, com muito mais razão se exigirá cautela formal maior de mera prestadora de serviço.

Quer dizer, a apuração unilateral de eventual fraude no medidor de energia elétrica terá foros de verdade, apenas se se acompanhar de perícia contemporânea e isenta, a da polícia científica, porque de crime se trata, ou a de outro órgão oficial de metrologia, tese também assentada nesta Câmara em precedentes, dos quais não custa citar exemplos.[1]

Da adulteração do medidor não há demonstração e termo de ocorrência não basta.

Prova seria a documental, prejudicada a perícia (fls. 342/411), que não se produziu no momento oportuno, nem no medidor que se diz adulterado (fl. 365/383), dois anos após a vistoria (fls. 50/54).

De resto, fraude não se presume, nem por ulterior histórico de consumo.

Houvesse montante consumido a maior, a refletir diferença, e seu cálculo receberia rejeição.

No ponto, o ato normativo da agência reguladora exorbita e incide em

1 "Prestação de serviços. Energia elétrica. A inexistência (ou indício robusto) de prova apontando a irregularidade e mencionada fraude no medidor de energia, não autoriza a cobrança de débito e o corte no fornecimento e prestação do serviço de energia elétrica" - Ap. 923.984-0/8, j. 22.8.2006, rel. Des. JULIO VIDAL.

- "Prestação de serviços - Energia elétrica - Ação declaratória de inexigibilidade de débito - Improcedência - Alegação de fraude no relógio medidor de energia elétrica - Valor estimado mediante cálculos unilaterais da concessionária - Ausência de certeza quanto à ocorrência de desvio de consumo - Interrupção do fornecimento fundada em débito pretérito, resultante de alegada adulteração do relógio medidor - Impossibilidade - Essencialidade do serviço - Recurso provido, para o fim de declarar a inexigibilidade do débito, invertendo-se a responsabilidade pelo ônus da sucumbência." Ap. 1.019.511-0/0, j. 12.9.2006, rel. Des. CESAR LACERDA.

- "A concessionária de energia elétrica que, encontrando indícios de violação no relógio de medição do consumo de energia elétrica do consumidor, não reclama participação policial para periciar o equipamento nem perícia independente, e modifica as condições do 'locus delicti comissi', inviabilizando a apuração da fraude em juízo, não pode cobrar supostas diferenças de consumo dela derivadas. - Ap. 1.049.383-0/0, j. 12.9.2006, rel. Des. AMARAL VIEIRA.

- "A apuração unilateral de eventual fraude no medidor de energia elétrica terá foros de verdade apenas se se acompanhar de perícia isenta, a da polícia científica ou de instituto oficial de metrologia" - Ap. 1015249- 0/0, j. 1º.8.2006, deste relator.

Acesso ao Sumário

nulidade ao eleger como uma das alternativas o "maior valor de consumo" em doze meses (art. 72, IV), acrescido de "custo administrativo" de 30% (idem, art. 73). Isso configura a um só tempo manifesto abuso com exagerada desvantagem para o consumidor (Código de Defesa do Consumidor, art. 6º, IV, e art. 51, IV), variação unilateral de preço (art. 51, X) e excesso oneroso (idem, § 1º, III).

A solução se revela intuitiva, a apuração da diferença pela média mensal do consumo verificado após a correção do medidor, porque o ontem costuma se refletir no hoje e no amanhã, descartada a presunção de legitimidade dos atos da concessionária, atributo da Administração direta de que se trata e que não se transfere com a concessão (Lei nº 8.987/95, art. 31).

Assim, a demanda fica julgada procedente, com a declaração da inexigibilidade da dívida, e a reconvenção, improcedente.

A ré-reconvinte arcará com as custas, despesas processuais e com honorários advocatícios de sucumbência de dois mil reais (CPC, art. 20, § 4º), abrangendo ação e reconvenção.

Pelas razões expostas e por meu voto, dou provimento ao apelo.

CELSO PIMENTEL, Desembargador, Relator sorteado vencido

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0077445-28.1999.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante M. ROSCOE S/A ENGENHARIA INDÚSTRIA E COMÉRCIO, é apelado PROQUIP S.A. PROJETOS E ENGENHARIA INDUSTRIAL.

ACORDAM, em 25ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao agravo retido e ao recurso de apelação. v.u.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 13.879)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores HUGO CREPALDI (Presidente), CLAUDIO HAMILTON e EDGARD ROSA.

São Paulo, 4 de fevereiro de 2016.

HUGO CREPALDI, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: AÇÃO INDENIZATÓRIA C.C. CAUTELAR - EMPREITADA - AGRAVO RETIDO - Decisão interlocutória que reconhece a preclusão de prova testemunhal e encerra a fase de instrução - Cabimento - Requerida que, depois de apontar endereço errado

por duas vezes, prejudicando o andamento do feito, se limita a requerer novo prazo para diligências, desrespeitando comando jurisdicional - Medida que não representa cerceamento de defesa ou prejudica o julgamento da demanda - Negado provimento ao recurso - APELAÇÃO - Má qualidade dos serviços prestados - Foram constatados defeitos em diversos aspectos da obra contratada. A perícia, portanto, atesta a imperícia configuradora da culpa contratual, a existência de dano material e o nexo causal entre eles - Manutenção da condenação ao ressarcimento de danos materiais - Dano moral configurado - Evidente a repercussão negativa gerada ao bom nome da empresa autora em razão das deficiências existentes na obra terceirizada, porquanto claramente afetaram sua imagem junto à cliente General Motors, destinatária final das contratações, bem como em relação às demais empresas que figuram como potenciais contratantes, já que a demora no adimplemento reflete imagem de desorganização e desídia, atributos extremamente lesivos a empresas que atuam em obras de grande vulto - Manutenção do montante condenatório fixado em Primeiro Grau - Reconvenção - Pedido de adimplemento de saldo dever e liberação de valores retidos a título de garantia - Pretensão que viola os ditames da boa-fé objetiva, bem como o instituto de exceção do contrato não cumprido, tendo em vista o inadimplemento culposo da requerida - Manutenção da sentença de improcedência - Demanda cautelar em apenso versando sobre protesto de duplicata extraída pela requerida com base no contrato em análise - Procedência do pedido de sustação, em vista da inexigibilidade do crédito que deu origem ao título - Negado provimento ao agravo retido e ao apelo da requerida.

VOTO

Vistos.

Trata-se de Apelação interposta por **M. ROSCOE S/A ENGENHARIA INDÚSTRIA E COMÉRCIO** nos autos da ação indenizatória c.c. cautelar que lhe move **PROQUIP S/A PROJETOS E ENGENHARIA INDUSTRIAL**,

Acesso ao Sumário

objetivando a reforma da sentença (fls. 3037/3042) proferida pela MM. Juíza de Direito, Dra. Fernanda Galizia Noriega, que julgou parcialmente procedente a ação principal para condenar a ré ao pagamento de indenização por danos morais no montante de R$ 40.000,00, bem como a ressarcir a autora pelos prejuízos referentes ao vazamento de tanques (exceto aqueles de responsabilidade da requerente), atraso da obra, refazimento de calçadas, conserto de laboratórios e defeitos na passarela de tanque.

Julgou ainda pela procedência de ação cautelar na qual se pleiteou a sustação de protesto realizado pela requerida e pela improcedência de reconvenção, na qual se pleiteou o adimplemento de saldo devedor expresso em duplicata mercantil e o ressarcimento de danos advindos da mora.

Apela a ré (fls. 3044/3071), reiterando preliminarmente os termos de agravo retido (fls. 2993/2998) interposto contra decisão interlocutória que declarou preclusa prova testemunhal e encerrou a fase instrutória.

Neste ponto, afirma que a testemunha cuja oitiva foi obstada pelo juízo de Primeiro Grau, Hadney Dabien Haddad, possui conhecimento dos fatos e é fundamental para o deslinde da demanda.

No mérito, alega não haver atuado com culpa no adimplemento de suas obrigações, sendo inviável sua responsabilização pelos danos listados na exordial, que seriam decorrentes de falhas nos projetos apresentados pela própria autora.

Assevera ser descabida a pretensão de ressarcimento das despesas feitas com obras realizadas por terceiros, porquanto tais obras também seriam decorrências de falhas nos projetos apresentados e do gerenciamento exercido pela recorrida, sendo ainda impossível determinar o exato valor despendido com tais contratações.

Em relação aos prejuízos específicos mencionados pelo julgado, defende que o vazamento de tanques seria decorrente de falhas no projeto e na escolha de materiais, bem como da paralização da concretagem por falta de betoneiras e de fissuras por retração própria do concreto, causas que não seriam imputáveis à recorrente.

Acesso ao Sumário

No tocante ao atraso da obra, alega que os serviços foram devidamente entregues em 03/02/1999, sendo que os trabalhos realizados após tal data foram de responsabilidade exclusiva da autora.

Quanto à necessidade de refazimento de calçadas, alega que não recebeu a tempo os projetos nos quais se previa a passagem de tubulações abaixo do pavimento, bem como que os reparos em tais setores foram realizados após a entrega dos serviços pela requerida e desmobilização de seus funcionários, de modo que não poderia ser responsabilizada por danos causados após o término de seus serviços.

Em relação ao reparo do piso dos laboratórios, alega que tal pretensão não constou da petição inicial e que tal falha também seria decorrente de falhas no projeto, que previu piso apoiado diretamente no solo, e não em laje de suporte.

No que concerne aos defeitos identificados na passarela de tanque, alega que tais deficiências não foram identificadas no momento de entrega da obra e a requerida nunca foi interpelada para repará-los.

Assevera não haver prova de dano moral indenizável e, subsidiariamente, a excessividade do montante fixado em Primeiro Grau.

Defende, por fim, a necessidade de acolhimento do pedido reconvencional, para que seja adimplido o saldo devedor de R$ 117.151,06, restituído o valor retido pela autora a título de garantia, no montante de R$ 85.709,80, ressarcido o valor despendido com a impermeabilização de tanques, no valor de R$ 11.500,00, e reparados os danos advindos do inadimplemento da duplicata 6590.

Requer, por fim, a improcedência da medida cautelar, vez que a caução ofertada não seria idônea para garantia da demanda e a duplicata levada a protesto estaria devidamente lastreada no contrato firmado entre as partes.

Recebido o apelo em seu duplo efeito (fls. 3075), houve contrarrazões (fls. 3078/3083).

Recurso adesivo apresentado pela requerente às fls. 3086/3090 e julgado deserto às fls. 3131.

O feito foi inicialmente distribuído à Douta 6ª Câmara de Direito Privado, sob a relatoria do E. Des. Eduardo Sá Pinto Sandeville, que entendeu pela incompetência daquele Órgão (fls. 3143/3145), razão pela qual os autos foram redistribuídos a este Relator.

É o relatório.

Em breve síntese, tem-se que as partes firmaram contrato, em 6 de julho de 1998, por meio do qual foi pactuado que a empresa ré realizaria, em regime de empreitada global, as obras civis referentes à instalação de Estação de Tratamento de Efluentes (ETE) em estabelecimento da empresa General Motors em Mogi das Cruzes/SP.

Na exordial, afirma-se que os serviços contratados não foram prestados a contento, apresentando diversas falhas de construção, o que ensejou a suspensão dos pagamentos e a contratação de terceiros para correção dos vícios.

Consta dos autos ainda que a requerida realizou o protesto de duplicata referente à contratação.

Desta feita, ingressou a autora com a presente demanda, pleiteando o ressarcimento dos danos causados pelas falhas construtivas, bem como com ação cautelar em apenso, requerendo a sustação de protesto referente ao título de crédito emitido pela requerida.

Acesso ao Sumário

A ré, por sua vez, ajuizou reconvenção, pleiteando o adimplemento de saldo devedor, no valor de R$ 117.151,06, bem como o ressarcimento de valores retidos a título de garantia, no montante de R$ 85.709,80, o pagamento de valores referentes a serviços de reimpermeabilização de tanques, no valor de R$ 11.500,00 e o ressarcimento de danos advindos do inadimplemento da fatura 6590.

O Juízo *a quo*, pautado em prova pericial, entendeu por acolher parcialmente o pedido principal, para determinar o ressarcimento dos danos oriundos de falhas construtivas e o pagamento de danos morais, restando procedente ainda a cautelar em apenso e improcedente a ação reconvencional.

Agora se insurge a requerida, nesta instância recursal, porém a r. sentença deve ser mantida por seus próprios fundamentos.

Primeiramente procedo à análise do agravo retido de fls. 2993/2998.

Trata-se de recurso interposto contra decisão interlocutória que julgou preclusa prova testemunhal e encerrou a fase instrutória, dada a inércia da requerida na obtenção de endereço da testemunha arrolada.

Referido entendimento não comporta reforma, pois, conforme preconizado pelo artigo 407 do Código de Processo Civil, compete à parte interessada informar, dentro do lapso temporal fixado pelo julgador, a correta qualificação da testemunha que pretende ouvir, designando de forma clara e inequívoca seu nome, endereço residencial e profissional.

No caso em tela, após apontar o endereço errado da testemunha Hadney Dabien Haddad por duas vezes, ensejando considerável atraso na tramitação do feito, deixou a requerida de cumprir ordem de apresentação de novos endereços, limitando-se a requerer dilação de prazo, conduta que não pode ser aceita por esta Corte.

Desta feita, diante do não atendimento do comando jurisdicional, adequado o reconhecimento de preclusão da prova requerida.

Ademais, não há que se falar em cerceamento de defesa.

Por mais que se sustente a necessidade de produção de mais provas que comprovem o direito reclamado, a amplitude da fase instrutória varia com as características de cada demanda, sendo certo que as provas reputadas desnecessárias hão de ser indeferidas pelo magistrado, coordenador da relação jurídica processual e destinatário final do conjunto probatório, à luz da regra insculpida no artigo 130 do Código de Processo Civil.

No caso, os elementos produzidos nos autos são suficientes para conduzir o bom julgamento da demanda.

Destaque-se que, *in casu*, a prova testemunhal pleiteada pela requerida não se mostra essencial para o correto desate da lide, porquanto incapaz de

desconstituir as conclusões firmadas com base na prova pericial produzida, não havendo se falar, portanto, em violação ao devido processo legal.

Desta feita, nego provimento ao agravo retido, prosseguindo assim à análise da demanda principal.

Com efeito, tem-se que o inadimplemento culposo do contrato de empreitada se deu pela má qualidade dos serviços prestados, conforme exaustivamente constatado pela perícia de fls. 1903/1979, documento suficientemente analisado pela r. sentença.

Foram constatados defeitos em diversos pontos da obra entregue, notadamente vazamento nos tanques, falhas nas construções de calçadas e pisos de laboratórios e defeitos na passarela de tanque, o que resultou em atraso da obra, conforme constatou o Sr. Perito.

A perícia, portanto, atesta a imperícia configuradora da culpa contratual, a existência de dano material e o nexo causal entre eles, tornando cabível a incidência da tutela indenizatória.

As alegações genéricas trazidas no apelo não são suficientes para afastar a responsabilidade pelos vícios constatados no exame pericial.

Em relação aos problemas apresentados pelos tanques construídos pela requerida, o laudo é expresso ao informar que as fissuras decorreram, em sua maioria, de falhas no processo de concretagem levado a cabo pela recorrente, que permitiu a formação de juntas frias, que levaram à formação de trincas e vazamentos.

Desta feita, não há que se falar em falhas dos projetos, mas sim em má-execução e prestação de serviços de baixa qualidade por parte da empresa demandada.

Nestes termos, expresso o laudo pericial:

"5.4. Ainda de acordo com as fotos juntadas aos autos, pode o Sr. Perito constatar vazamentos e infiltrações nos tanques, por percolação através do concreto e/ou das juntas de concretagem?" Resposta: Os vazamentos por nós observados ainda existentes na ETE são vazamentos oriundos de juntas frias acontecidos durante a concretagem.

(...)

5.5. Pode o Sr Perito confirmar as conclusões expostas na correspondência de 24.02.99 (fls. 819/820) da VIAPOL, no sentido de que os vazamentos nos tanques são devidos a deficiências no tratamento preliminar da estrutura de concreto, sobretudo nas juntas frias de concretagem e no alinhamento de fôrmas, de exclusiva responsabilidade da ré? Resposta: As observações feitas pela Viapol são corretas. A maior parte das fissuras apresentadas nas diversas fotografias juntadas aos autos mostra, claramente, posições de juntas frias, especialmente todas aquelas fissuras horizontais abertas ou em fase de remendo. Diversas fotos

Acesso ao Sumário

também mostram deficiências de concretagem na fixação dos tirantes/espaçadores da ancoragem das formas. No caso de tanques geminados que tiveram uma caixa concretada de cada vez, também se formaram juntas frias verticais no canto da junção de tais paredes.

(...)

5.14. Os fartos defeitos supra discriminados, aparentes ou não na obra, se fossem apresentados para um engenheiro civil, causariam má impressão? Resposta: Sim. Os defeitos acontecidos nesta obra indicam má execução, particularmente dos serviços de concreto armado dos tanques." (fls. 1941/1942 e 1947)

Também foi inequívoco o *expert* ao afirmar que, ao tempo de concretização das obras atinentes às calçadas, a ré tinha plena ciência dos planejamentos e da necessidade de espaços para eletrodutos, de modo que a não observância de tais aspectos da obra também representa falha imputável à requerida.

Neste tópico, destaca-se:

"5.10. O desenho de nº FP - LGT - 046 - FL03, juntado pela ré as fls. 472 dos autos, mostra a existência de eletrodutos por sob calçadas de concreto? Resposta: Sim, tal desenho, Fls. 472 dos autos, mostra caixas de passagem ligando 'banco de dutos', conforme legenda. A cópia do desenho anexado como Fl. 472 dos autos indica que sua última revisão foi em 23/09/98. O mesmo desenho mostra o carimbo de aprovação da GMB - PLANEJAMENTO DE INSTALAÇÕES com data de 02 de outubro de 1998.

5.11. "Segundo o documento de fls. 456 dos autos, tal desenho foi entregue a ré em 01.12.98? Assim, quando a ré executou as calçadas, ela já sabia ou deveria saber da existência dos eletrodutos? Resposta: O desenho FP-LGT-046-17-1, folha 03 (Fl. 472 dos autos) está mencionado no Documento Nº 1 (Fl. 456 dos autos), sob o título 'Documentos Recebidos em Atraso', com a data de entrega do dia 01/12/98. Como os D.O. citam a execução de calçadas a partir de 26 de dezembro, a M. ROSCOE já estava ciente do teor do mesmo. Nota-se em tal documento (?) que as datas que sugerem quando teriam sido entregues os tais desenhos citados, dizíamos, tais datas não foram grafadas na mesma ocasião que o restante do texto. O que é certo, sem dúvida alguma real, é que o desenho nº FP-LGT-046-FL03 tem no seu frontispício gravado: primeiro, que a última revisão dessa folha de desenho foi em 23 de setembro de 1998; segundo, que o carimbo de aprovação da GMB, pelo seu departamento de Planejamento de Instalações traz em si a data de 02 de outubro de 1998, muito, mas muito mesmo antes da data de 01 de dezembro" (Fls. 1944/1945)

Acesso ao Sumário

Em relação à reparação dos pisos dos laboratórios, restou incontroversa a ocorrência do fenômeno, sendo que a requerida não logrou êxito em demonstrar que tal fato se deveu unicamente à inexistência de laje de apoio nos projetos

apresentados.

Ademais, tendo em vista que compete ao empreiteiro garantir a integridade da obra contratada, nos termos do artigo 618 do Código Civil, caberia ao requerido alertar a autora sobre os eventuais riscos de construção diretamente sobre o solo, eximindo-se da responsabilidade por falhas futuras. Não havendo tal ressalva expressa, deve a requerida responder pelos prejuízos.

E nem se fale aqui que a reparação de tais danos não constou da exordial, porquanto a autora é clara ao elencar a "*reconstrução de pisos*" (fls. 14) como um dos custos diretos gerados pelo serviço deficiente prestado pela demandada.

Por fim, em relação às deficiências apontadas em passarela do tanque, também inequívoco o auxiliar do Juízo ao reconhecer a existência de vícios, conforme item 4.9 do laudo pericial (1936 e 1937) e o fracasso da requerida em repará-los, a despeito de interpelação para tanto, conforme fotografias de fls. 247/253.

Tais vícios, por si só, são suficientes para demonstrar o inadimplemento culposo da requerida e a possibilidade de ressarcimento dos danos causados, inclusive com a contratação de terceiros para término das obras e os prejuízos advindos do tempo gasto em tal reparação, porquanto notório o nexo de causalidade entre o ilícito contratual da ré e os aludidos prejuízos patrimoniais.

Com relação ao dano moral, também correto o posicionamento adotado pelo Juízo *a quo*. Sobre o tema, esclarecedoras as lições do ilustre Orlando Gomes:

> "*Dano moral é, portanto, o constrangimento que alguém experimenta em conseqüência de lesão em direito personalíssimo, ilicitamente produzida por outrem. (...) Observe-se, porém, que esse dano não é propriamente indenizável, visto como indenização significa eliminação do prejuízo e das consequências, o que não é possível quando se trata de dano extrapatrimonial. Prefere-se dizer que é compensável. Trata-se de compensação, e não de ressarcimento. Entendida nestes termos a obrigação de quem o produziu, afasta-se a objeção de que o dinheiro não pode ser o equivalente da dor, porque se reconhece que, no caso, exerce outra função dupla, a de expiação, em relação ao culpado, e a de satisfação, em relação à culpa*". (*in* "Obrigações", 11ª ed. Forense, pp. 271/272).

No tocante ao sofrimento de danos morais por pessoa jurídica, certa a sua possibilidade (*cfr*. Súmula 227 do STJ), desde que relacionados à sua honra objetiva, ou seja, a causa de pedir deve demonstrar afronta à sua boa reputação ou imagem. Nesse sentido:

> *"A situação se agrava em relação à pessoa jurídica que, consoante recentes pronunciamentos doutrinários e jurisprudenciais (Súmula 227 do Superior Tribunal de Justiça), pode pleitear reparação do dano*

Acesso ao Sumário

moral, mas não no sentido estrito, pois dor, sofrimento e tristeza, dentre outros, são predicados próprios do ser humano. É ela detentora de honra objetiva e só faz jus à indenização se demonstrar que o seu bom nome, reputação ou imagem foram atingidos no seu âmbito de atuação" (TJSP - Apelação n. 990.09.371565-1 - 32ª Câmara de Direito Privado - Rel. Des. Kioitsi Chicuta - deram parcial provimento - Julgamento: 18.11.2010).

"Não se nega a possibilidade da pessoa jurídica sofrer dano moral, na esteira de Súmula do STJ. Mas não há nos autos prova alguma sobre o dano moral sofrido pela empresa autora. Ocorre que é imprescindível para a indenização que haja demonstração de que o ato danoso importou em abalo ao seu crédito e ao seu nome. E isso não se provou no caso vertente (...). Assim, em que pesem as alegações da recorrente, não ficou demonstrada a ocorrência de fato com potencialidade lesiva suficiente para gerar os danos de ordem moral descritos em sua petição inicial, mostrando-se de rigor a improcedência do pedido de indenização correlato." (TJSP - Apelação n. 1.245.617-0/0 - 32ª Câmara de Direito Privado - Rel. Des. Ruy Coppola - negaram provimento - Julgamento: 21.05.2009).

"Embora tenha restado demonstrado, pelos elementos de convicção coligidos aos autos, o comportamento inadequado da prestadora de serviços, não se mostra tal ocorrência suficiente a qualificar o fato como causador de dano moral passível de ser indenizado. Não se nega a possibilidade da pessoa jurídica sofrer dano moral, na esteira de Súmula do STJ. Porém, revela-se imprescindível para a indenização, que haja demonstração de que o ato danoso importou em abalo real ao seu crédito e ao seu nome. E não há prova nos autos de que tal tenha ocorrido. Não bastam meras alegações da ocorrência de dano moral." (TJSP - Apelação n. 990.10.071091- 5 - 32ª Câmara de Direito Privado - Rel. Des. Ruy Coppola - deram parcial provimento - Julgamento: 08.04.2010)

Evidente a repercussão negativa gerada ao bom nome da empresa autora em razão das deficiências existentes na obra terceirizada, porquanto claramente afetaram sua imagem junto à cliente General Motors, destinatária final das contratações, bem como em relação às demais empresas que figuram como potenciais contratantes, já que a demora no adimplemento reflete imagem de desorganização e desídia, atributos extremamente lesivos a empresas que atuam em obras de grande vulto.

Logo, o abalo é consequência inexorável, restando verificada a ocorrência de dano.

Resta, assim, a análise do *quantum* indenizatório.

A dificuldade inerente a tal questão reside no fato da lesão a bens meramente extrapatrimoniais não ser passível de exata quantificação monetária, vez que impossível seria determinar o exato valor da honra, do bem estar, do bom nome ou da dor suportada pelo ser humano.

Acesso ao Sumário

Não trazendo a legislação pátria critérios objetivos a serem adotados, a doutrina e a jurisprudência apontam para a necessidade de cuidado, devendo o valor estipulado atender de forma justa e eficiente a todas as funções atribuídas à indenização: ressarcir a vítima pelo abalo sofrido (função satisfativa) e punir o agressor de forma a não encorajar novas práticas lesivas (função pedagógica).

Tomando-se por base aspectos do caso concreto - extensão do dano, condições socioeconômicas e culturais das partes, condições psicológicas e grau de culpa dos envolvidos - o valor deve ser arbitrado de maneira que atinja de forma relevante o patrimônio do ofensor, porém sem ensejar enriquecimento ilícito da vítima.

Manifestou-se a jurisprudência:

Ação indenizatória por danos morais - Cartão de Crédito - Cobrança de dívida paga - Apontamento indevido do nome da autora junto aos órgãos de proteção ao crédito - Procedência - Pretendida majoração do valor indenizatório - Descabimento - Montante fixado em conformidade com os critérios objetivo e subjetivo balizadores do instituto - Recurso improvido. A reparação pelo dano moral, além de destinar-se a, parcialmente, ser lenitivo ao sofrimento experimentado pelos ofendidos, carrega, também, cunho educativo àquele causador do dano, a fim de que aja de modo a evitar novas vítimas e ocorrências assemelhadas. Não pode, porém, ser fonte de enriquecimento de um, mas não deve ser de tal modo diminuta que não provoque qualquer esforço ao devedor para adimpli-lo, sob pena de frustrarem-se suas finalidades. (TJSP, Ap. 991030863393, Rel. Des. Vieira de Moraes, 11ª Câmara de Direito Privado, j. 26/08/2010) (Destacou-se)

Prestação de serviços - Telefonia - Cobrar por serviço não solicitado e não prestado e desligar linha telefônica, por ela não ter sido paga em virtude de cobrança indevida, infringe deveres que a ré tinha para com a autora consumidora e causa dano moral, gerando dever de indenizar - Dano moral, exatamente porque moral, não se demonstra nem se comprova, mas se afere, resultando por si da ação ou omissão culposa, "in re ipsa", porque se traduz em dor, física ou psicológica, em constrangimento, em sentimento de reprovação, em lesão e ofensa ao conceito social, à honra, à dignidade - O arbitramento da indenização moral há de considerar a real finalidade do reparo, a de satisfazer ao lesado, tanto quanto possível, e a de servir de desestímulo, ou de inibição, para que se abstenha o lesante de novas práticas do gênero - Recurso parcialmente provido (TJSP, Ap. 992080652700, Rel. Des. Silvia Rocha Gouvêa, 28ª Câmara de Direito Privado, j. 23/02/2010) (Destacou-se)

Assim, com base no acima exposto e na documentação acostadas aos autos, julgo adequado para sanar a presente lide o valor fixado em Primeiro Grau, porquanto proporcional ao abalo sofrido e condizente com as diretivas acima expostas.

Acesso ao Sumário

Desta feita, fica integralmente mantida a condenação imposta na ação principal.

Procedo à análise dos pedidos reconvencionais.

Neste aspecto, também não merece reforma o julgado.

Com efeito, restando comprovado o inadimplemento culposo da requerida, inviável o ajuizamento de ação incidental para exigir o cumprimento do próprio contrato desrespeitado, postura que viola não só os ditames da boa-fé objetiva - notadamente o instituto do "*tu quoque*" - mas também o regramento expresso pelo artigo 476 do Código Civil, que prevê o instituto de exceção do contrato não cumprido.

Sobre o tema, válida a lição de Carlos Roberto Gonçalves:

"Os contratos bilateriais ou sinalagmáticos geram obrigações para ambos os contratantes, envolvendo prestações recíprocas, atreladas umas às outras. Segundo preleciona Caio Mario, 'nos contratos bilaterais as obrigações das partes são recíprocas e interdependentes: cada um dos contraentes é simultaneamente credor e devedor um do outro, uma vez que as respectivas obrigações têm por causa as do seu cocontratante, e, assim, a existência de uma é subordinada à da outra parte'. Se uma delas não é cumprida, deixa de existir causa para o cumprimento da outra. Por isso, nenhuma das partes, sem ter cumprido o que lhe cabe, pode exigir que a outra o faça." (in *Direito Civil Brasileiro - Vol. 3, 11ª ed., Ed. Saraiva, p. 188)*

Desta feita, razoável que se aguarde a apuração dos danos oriundos do inadimplemento culposo da requerida, para que somente então seja possível falar-se em eventual adimplemento dos valores faltantes ou liberação de valores pagos a título de garantia.

Também com base no acima exposto, plenamente possível o acolhimento da medida cautelar em apenso, que discute o protesto de duplicada emitida pela requerida com base na contratação em análise, vez que o saldo devedor expresso no título de crédito não se mostra exigível, o que impede a concretização da medida de cobrança impugnada.

Assim, na ausência de motivos que justifiquem a reforma do *decisum*, imperiosa a manutenção integral do entendimento adotado em Primeiro Grau.

Pelo exposto, nego provimento ao agravo retido de fls. 2993/2998 e ao apelo da requerida, mantendo a r. sentença como prolatada.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0001792-42.2013.8.26.0128, da Comarca de Cardoso, em que é apelante ROSELY

MACHADO DE OLIVEIRA, é apelado NEON ELETRO - DISTRIBUIDORA DE PRODUTOS ELETRÔNICOS LTDA.

ACORDAM, em 30ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 24825)**

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

São Paulo, 3 de fevereiro de 2016.

ANDRADE NETO, Relator

Ementa: COMPRA E VENDA DE BEM MÓVEL - PRODUTO NÃO ENTREGUE - CONSUMIDOR TRATADO COM INDIFERENÇA PELO COMERCIANTE - NECESSIDADE DE INTERVENÇÃO JUDICIAL PARA RESCISÃO DO CONTRATO - DANO MORAL CONFIGURADO. RECURSO PROVIDO.

VOTO

Trata-se de apelação pretendendo a reforma de sentença que julgou parcialmente procedente ação de rescisão contratual cumulada com danos morais, para condenar o réu à devolução de quantia paga para adquirir produto vendido com vício de qualidade.

A autora argumenta que o dano moral na hipótese restou configurado em razão do descaso da ré e da frustração de não poder usufruir o bem adquirido.

O recurso foi recebido e processado no duplo efeito, sem contrarrazões.

É o relatório.

Em 01 de dezembro de 2012 a autora adquiriu na Neon Eletro - Distribuidora de Produtos Eletrônicos Ltda. um televisor quarenta polegadas, com prazo de entrega de 60 dias.

Decorrido o prazo estabelecido, entrou em contato diversas vezes, mas não obteve nenhuma resposta da empresa.

Passados mais de quatro meses da compra registrou boletim de ocorrência (fls. 40/verso) e em junho de 2013 ingressou com a presente demanda, pretendendo a rescisão do contrato e indenização por danos morais.

Frise-se que a ré foi citada e sequer apresentou contestação, prevalecendo a versão apresentada pela autora.

Acesso ao Sumário

Sendo estes os fatos, *data venia*, o dano moral está perfeitamente caracterizado.

Inaceitável que uma empresa de comércio não entregue o produto vendido ao consumidor e, por mais de seis meses, sequer lhe esclareça o motivo do descumprimento da obrigação, forçando-o a pleitear seu direito pela via judicial.

Tal procedimento mais do que desrespeitou a autora, a desprezou, tratando-a com tal grau de indiferença e leviandade que importou em flagrante violação à dignidade da pessoa humana.

No concernente ao *quantum* indenizatório, reputo razoável e justo o valor de R$ 10.000,00 (dez mil reais), valor que entendo traduzir não só a compensação pelo dissabor experimentado pela autora, sem enriquecê-la, mas que também serve como desincentivo à prática da ré.

Isto posto, pelo meu voto, **dou provimento ao apelo** para julgar totalmente procedente a demanda e complementar a condenação da ré para que pague ao autor a quantia de R$ 10.000,00 (dez mil reais), corrigida monetariamente pela tabela prática do TJ/SP a partir da publicação deste acórdão e acrescida de juros de mora a partir da citação, no percentual de 1% a.m. Sucumbente, a ré deverá arcar com as custas, despesas processuais e honorários advocatícios da advogada do autor que, com base no art. 20, § 3º, do CPC, ora fixo em 20% sobre o valor da condenação.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1001774-87.2014.8.26.0477, da Comarca de Praia Grande, em que é apelante ROSA MARIA DA SILVA CARDOSO (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado BRADESCO VIDA E PREVIDÊNCIA S/A.

ACORDAM, em 30ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 13911)**

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

São Paulo, 24 de fevereiro de 2016.

MARIA LÚCIA PIZZOTTI, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: APELAÇÃO - CONTRATO - SEGURO DE

VIDA - CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR - DEVER DE INFORMAÇÃO - ASSUNÇÃO DO RISCO - EXPECTATIVA DO CONSUMIDOR - FATOS INCONTROVERSOS - IMPUGNAÇÃO ESPECÍFICA.

- A informação adequada e clara é direito básico do consumidor, conforme art. 6º, III, do CDC. Contrato de seguro de vida contratado por deficiente visual, sem prova da satisfação, mínima, ao dever de informação imposto à seguradora perante os segurados/beneficiários. Fatos incontroversos (art. 302, do Código de Processo Civil) - Seguradora que assumiu o risco conforme a expectativa do consumidor desinformado - Cobertura securitária imposta nos exatos termos da avença; RECURSO PROVIDO.

VOTO

Vistos.

Cuida-se de recurso de **apelação** interposto contra a r. sentença de fls. 171/173, cujo relatório adota-se, que julgou **IMPROCEDENTE** o pedido inicial, com fulcro no artigo 269, inciso I, do Código de Processo Civil - condenando a autora ao pagamento das custas e honorários (R$700,00), ressalvada a gratuidade deferida.

Vencida, insurge-se a demandante, Rosa Maria da Silva Cardoso. Reafirmou o **vício do contrato**, não condizente com a expectativa do contratante (deficiente visual). Com fundamento no Código de Defesa do Consumidor e na boa-fé objetiva, crê suficientes os elementos em favor da procedência do pedido e deferimento da **cobertura securitária**. Pugnou, assim, pela reforma da decisão.

Regularmente processado, vieram contrarrazões e os autos foram remetidos a este E. Tribunal. Nesta Instância, prejudicada a composição pela ausência da apelada (fl. 194).

É o relatório.

Rosa Maria da Silva Cardoso, ora apelante, ajuizou demanda **cominatória** em face de Bradesco Vida e Previdência S.A. Narrou que seu marido, Ademir Aves Cardoso, aderiu a **seguro de vida** oferecido pela ré, acreditando ter contratado benefício securitário para qualquer hipótese de falecimento. Não obstante, falecido o contratante, a autora sofreu com a **negativa** da seguradora. Argumentou a **imprecisão do contrato**, sequer disponibilizado em braile para o contratante, patente a violação da boa-fé negocial.

Acesso ao Sumário

Por sentença (fls. 171/173), o MM. Magistrado julgou **improcedente** o pedido inicial - fundamentando que a cobertura securitária está adstrita à "**morte acidental**" não condizente com a hipótese da "morte natural" do segurado ("falência múltipla de órgãos, hipertensão intracraniana e tumores cerebrais múltiplos"). Contra a r. decisão, insurge-se o demandante.

De fato, não há dúvida da **limitação** do contrato - que exclui com destaque a morte decorrente de "doenças, quaisquer que sejam as suas causas" (cláusula 3.2, 'f' - fl. 136). A controvérsia dos autos consiste na satisfação do **dever de informação** - insiste a recorrente de que seu marido (deficiente visual) adquiriu o contrato na esperança da cobertura para **qualquer tipo de morte**.

Embora induvidosa a natureza **restritiva** do contrato de seguro, artigo 757, do Código Civil, não há dúvida de que o contrato de **adesão** impõe **interpretação favorável** ao segurado/beneficiário, consumidor - cf. artigos 2º e 47, do Código de Defesa do Consumidor. A resolução da presente controvérsia deve, portanto, se sujeitar ao sistema jurídico instituído pelo Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/1990), que por sua vez regulamenta o direito fundamental de proteção do consumidor (art. 5º, XXXII, da Constituição Federal).

Nesse sentido, cabe destacar que houve flagrante violação do referido diploma legal no tocante a seu artigo 6º, inciso III - **dever de informação**. A partir do que consta nos autos, especialmente à luz do artigo 302, do Código de Processo Civil, inexiste qualquer elemento que demonstre a **efetiva informação** ao contratante. A requerida não demonstra que deu ciência dos termos do contrato ao aderente (deficiente visual), legítima a expectativa de sua família para a cobertura securitária decorrente de "morte natural".

O **direito à informação** deriva do **princípio da boa-fé**, princípio geral de direito que permeia não apenas as relações de consumo, mas todo o ordenamento jurídico, mormente depois da promulgação da Carta de Outubro bem como do vigente Diploma Civil, este último no ano de 2002. Sobre o tema leciona, com o brilhantismo que lhe é peculiar, ALEXANDRE DAVID MALFATTI (in ***O direito de informação no código de defesa do consumidor***. - São Paulo: Alfabeto Jurídico, 2003, p. 247):

> "***Interessa destacar que o dever de informação do fornecedor rompe o tradicional dever de informar-se ('caveat emptor') atribuído ao consumidor. Agora, é o fornecedor que tem a obrigação de acautelar-se ao colocar seu produto ou serviço no mercado de consumo.***"

Desse modo, é um **dever do fornecedor informar**, de maneira clara e ostensiva, as qualidades do produto ou serviço oferecidos no mercado de consumo, esclarecendo de tal forma suas características que seja possível ao consumidor ponderar acerca das vantagens e desvantagens do produto ou serviço

Acesso ao Sumário

e, diante de tais informações, escolher entre contratar ou não. Conforme bem destaca o renomado SÉRGIO CAVALIERI FILHO (in ***Programa de Direito do Consumidor***. 2ª Ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 88) "***só há autonomia de vontade quando o consumidor é bem informado e pode manifestar a sua decisão de maneira refletida***".

Consequentemente, ilegítima a **negativa** da cobertura securitária. Evidente que competia à seguradora demonstrar, minimamente, que o falecido (contratante) tinha ciência das cláusulas do contrato ao qual aderiu. A requerida sequer controverteu o alegado desconhecimento pelo contratante, de forma que os fatos narrados na petição inicial não foram repelidos - cf. artigo 302, do Código de Processo Civil.

Não tendo realizado/comprovado qualquer diligência no sentido de **informar** o contratante, evidencia-se a **assunção do risco** de cobertura pela ré (art. 766, do Código Civil). O segurado era **deficiente visual** e, em momento algum, a requerida se preocupou em demonstrar que existe o documento firmado pela parte em **braile**, única forma eficiente de garantir a ciência e a manifestação plena da vontade. Consequentemente, o pedido inicial comporta acolhimento, impositiva a cobertura securitária - conforme aludido na apólice (fl. 27).

Diante do exposto, **DOU PROVIMENTO** ao recurso, para julgar **procedente** o pedido inicial (art. 269, I, do CPC) condenando a ré ao pagamento da **cobertura securitária** indicada na apólice (R$100.000,00 - fl. 27). Por força da sucumbência, a ré arcará também com as custas e honorários, arbitrados por equidade em R$3.000,00.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0009559-17.2013.8.26.0457, da Comarca de Pirassununga, em que são apelantes BÁLTICO AUTOMÓVEIS LTDA. e FORD MOTOR COMPANY BRASIL LTDA., é apelado JOÃO CAETANO DE MELLO NETO.

ACORDAM, em 26ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Provimento parcial dos recursos. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto n° 34.335)**

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

São Paulo, 3 de março de 2016.

VIANNA COTRIM, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: 1. Bem móvel - Rescisão contratual c.c. indenizatória - Conserto de automóvel que depende de importação de peças - Demora na solução da questão que ultrapassa, contudo, tempo razoável - Justificativa para a rescisão do contrato, nos termos do artigo 18 do CDC - Restituição das partes ao *statu quo ante* - Cabimento - Devolução do montante pago pelo bem na íntegra.

2. Dano moral - Configuração - Redução, de acordo com as circunstâncias fáticas, do autor e das rés.

3. Reembolso de verbas relativas a IPVA e DPVAT pagos - Impossibilidade - Danos materiais relativos a locação de veículo - Não comprovação - Exclusão da condenação - Provimento parcial dos recursos.

VOTO

A r. sentença de fls. 222/224, declarada a fls. 239 e cujo relatório é ora adotado, julgou parcialmente procedente a ação de rescisão contratual c.c. indenização relativa a bem móvel, daí o apelo da corré Báltico, a fls. 241/255, alegando cerceamento de defesa, certo que foi impedida de produzir prova testemunhal para comprovar que há muito tempo o veículo está totalmente reparado e apto; sustenta que, pelas peculiaridades do caso, sendo novo modelo produzido pela corré Ford, por vezes apresenta problemas pontuais, solucionados sem qualquer custo ao cliente; o artigo 18, § 1º, do Código de Defesa do Consumidor não pode ser interpretado de forma isolada, ressaltando que o bem não é inadequado aos seus fins; a ausência temporária da peça foi pontual e justificável; as despesas com impostos decorrentes da propriedade do veículo e seguro não são reembolsáveis; impugna os danos emergentes pela não utilização do veículo, por ausência de prova de efetiva locação de outro veículo nos autos; danos morais não estão configurados, quando não, o valor da respectiva indenização é excessivo.

A corré Ford, a fls. 281/306, sustentando que a necessidade de importação de peças é motivo que justifica eventual atraso no reparo de veículos, ressaltando tratar-se de peça de troca incomum, motivo pelo qual não estava disponível em estoque; não pode ser responsabilizada pela demora decorrente do trâmite burocrático de importação; o veículo foi reparado sem qualquer custo ao consumidor, estando em perfeitas condições de uso, não havendo que se falar em rescisão da compra e venda; também não se cogita de devolução integral do preço, pois desde maio de 2013 o autor utiliza normalmente o veículo;

Acesso ao Sumário

quando muito, do valor de mercado do bem; não há comprovantes fiscais dos danos materiais envolvendo a locação de veículo; é indevido ressarcimento de impostos e inexistentes os danos morais; quando não, o reembolso deveria ser proporcional e reduzido o montante indenizatório; os juros de mora devem incidir desde a citação; o autor deve ser compelido a devolver juntamente com o veículo os documentos e comprovantes relacionados, livre de débitos, pendências ou restrições.

Recebidos e processados os recursos, com contrarrazões a fls. 263/275, subiram os autos.

É o relatório.

Trata-se de ação indenizatória de danos materiais e morais relativa a veículo Ford Ranger em virtude de defeito que reclamava a substituição de peça dependente de importação.

Restaram incontroversas a origem do vício e a responsabilidade pela sua reparação.

Ocorre que o veículo foi deixado para conserto em 07.06.13 e ao tempo do protocolo da contestação, em 17.10.13 (fls. 100) não havia, ainda, sido liberado ao autor, permanecendo este último, seguramente, no mínimo por mais de três meses privado da utilização do bem de consumo adquirido novo.

Tenho sustentando que, de fato, a necessidade de importação de peças implica maior tempo de conserto, sendo realidade com a qual o consumidor deve conviver em decorrência da natureza do veículo adquirido.

No caso dos autos, porém, verifica-se que foi ultrapassado tempo razoável, mesmo em se considerando a necessidade de importação e deixando-se de considerar o prazo do artigo 18 como absolutamente peremptório.

O entendimento supra vem refletido no seguinte julgado, proferido por esta Colenda Câmara:

> BEM MÓVEL. AÇÃO INDENIZATÓRIA. DEMORA INJUSTIFICADA NO REPARO DE VEÍCULO - DANOS MATERIAIS E MORAIS CONFIGURADOS. RECURSOS DAS RÉS PARCIALMENTE ACOLHIDOS, IMPROVIDO O DA AUTORA. O fornecedor que disponibiliza o produto no mercado está obrigado a manter assistência técnica e peças de reposição, viabilizando a prestação dos serviços de reparo em prazo aceitável, além da eficiência no atendimento aos clientes. (Apelação nº 0008644-66.2009.8.26.0114, Rel. RENATO SARTORELLI, j. 26.11.14, v.u.) (grifei)

No corpo do voto assim constou:

> Embora o consumidor deva ter ciência de que o veículo importado pode demandar a importação de peças, não há como admitir que fique privado de sua utilização por quase três meses. Logo, o fornecedor que disponibiliza o produto no mercado está obrigado a manter assistência

técnica e peças de reposição, viabilizando a prestação dos serviços de reparo em prazo aceitável, além da eficiência no atendimento aos clientes.

Lembre-se, a propósito, entendimento já sufragado por este E. Tribunal, *verbis*:

"Bem móvel. Ação de obrigação de fazer c.c. indenização por danos morais e materiais. Conserto de veículo. Demora excessiva na realização do serviço. Falta de peça. Responsabilidade objetiva da concessionária revendedora contratada para a prestação dos serviço. Reconhecimento. Consumidor que deve ser atendido em tempo razoável. Veículo importado. Obrigação da concessionária de manter estoque de peças compatível com os veículos que comercializa. Danos materiais. Não comprovação. Indenização indevida a tal título. Dano moral. Valor adequado. Procedência em parte do pedido. Sentença mantida. Recursos da corré e da autora improvidos." (Apelação c/ Revisão nº 0004698-68.2010.8.26.0238, 35ª Câmara da Seção de Direito Privado, Rel. Des. Mendes Gomes).

E embora aleguem que a situação dos autos tenha sido pontual, tendo em vista tratar-se de novo modelo lançado no mercado, não é razoável que o consumidor acabe absorvendo o prejuízo pelo fato de tratar-se de peça cuja troca é considerada incomum ou pelo fornecedor reputar aceitável que os últimos ajustes em seu protótipo sejam realizados nos veículos já após a comercialização, e não ainda na fase de testes.

Aliás, conquanto a corré Ford tenha invocado os trâmites burocráticos que, sabe-se, existem, não relatou, tampouco demonstrou, acontecimento extraordinário que justificasse tão dilatado prazo de espera.

Nesse passo, não há que se falar em cerceamento de defesa, uma vez que a esta altura, pouco importava demonstrar por prova testemunhal que em data posterior o veículo havia sido totalmente reparado, uma vez que, depois de prazo razoável sem a devida reparação, era lícito ao autor buscar o desfazimento do negócio e a reparação pelos danos decorrentes.

Acesso ao Sumário

Assim sendo, correta a devolução integral da quantia paga, não prosperando a alegação de que o veículo foi utilizado pelo autor desde maio de 2013, o que aconteceu senão por alguns dias, tendo em vista que a aquisição ocorreu em fins de maio e já em sete de junho do mesmo ano o veículo ficou nas dependências da autorizada para reparos.

Nessa mesma esteira, os danos morais foram bem reconhecidos, restando a análise do montante arbitrado pela r. sentença em R$30.000,00.

Neste ponto, a dosimetria deve considerar a natureza do dano, a capacidade econômica das partes e, também o caráter pedagógico da reprimenda, de forma a evitar novos abusos e a reiteração de atos da espécie.

O valor do ressarcimento fica ao prudente arbítrio do juiz, mas não deve representar quantia irrisória, tampouco caracterizar enriquecimento sem causa.

Nesse sentido, já se decidiu que:

> A indenização por dano moral deve ser fixada em termos razoáveis, não se justificando que a reparação venha a constituir-se em enriquecimento indevido, devendo o arbitramento operar-se com moderação, proporcionalmente ao grau de culpa, ao porte empresarial das partes, às suas atividades comerciais e, ainda, ao valor do negócio. Há de orientar-se o juiz pelos critérios sugeridos pela doutrina e jurisprudência, com razoabilidade, valendo-se de sua experiência e do bom senso, atento à realidade da vida, notadamente à situação econômica atual e às peculiaridades de cada caso (REsp. 205268/SP, rel. Ministro SALVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, j. 08/06/99, DJ 28/06/99, p. 122).

Pondero, contudo que o autor não provou outros desdobramentos da privação pelo uso do veículo, fatos que não podem ser considerados no arbitramento da indenização.

Vai daí que, não se distanciando também do caráter punitivo dessa indenização, mas aferidas as circunstâncias pessoais do fato, do autor e das rés, reputo mais adequada a fixação do montante de R$ 8.000,00 (oito mil reais) a fim de reparar o demandante pelos danos morais sofridos.

Por outro lado, as verbas relativas a IPVA e DPVAT pagas pelo autor, no entanto, não comportam devolução, tendo em vista que o fato gerador de sua incidência era a propriedade exercida pelo demandante, devendo a condenação na devolução destes valores ser extirpada da sentença.

Ainda, o autor não provou a locação de qualquer veículo, não bastando à condenação por danos emergentes a pesquisa de valor de locação (fls. 78/80) sem a comprovação do efetivo dispêndio.

Em suma, dou provimento a ambos os apelos para afastar da condenação a obrigação de restituir verbas de IPVA, DPVAT e Seguro, além de excluir a condenação por danos decorrentes de suposta locação de veículo. Mantida a condenação na restituição do valor integral pago pelo veículo, com a atualização e incidência de juros nos termos estipulados pela r. sentença. Reduzo, ainda, a indenização por danos morais, ora fixada em R$8.000,00, incidente correção monetária pela tabela prática do Tribunal de Justiça a partir da sentença de 1º grau, consoante o disposto na Súmula 362 do STJ, e juros moratórios de 1% ao mês, a contar da citação (art. 219 do CPC), também na forma definida pela sentença.

Acrescento que o autor deverá entregar a documentação pertinente ao veículo e livre de ônus, e com os tributos e eventuais pendências administrativas relacionadas ao tempo em que esteve na posse do veículo quitadas.

Recíproca a sucumbência, cada parte arcará com as custas e despesas

Acesso ao Sumário

processuais a que deu causa, bem assim com os honorários do respectivo patrono.

Pelo exposto, por esses fundamentos, dou parcial provimento aos recursos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0926509-60.2012.8.26.0506, da Comarca de Ribeirão Preto, em que é apelante M.E.P.B. (MENOR(ES) REPRESENTADO(S)), é apelado SILVANA APARECIDA PISANI ALTAFIM & CIA. LTDA. ME.

ACORDAM, em 33ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 30.749)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores EROS PICELI (Presidente) e SÁ MOREIRA DE OLIVEIRA.

São Paulo, 7 de março de 2016.

MARIO A. SILVEIRA, Relator

Ementa: APELAÇÃO CÍVEL - Interposição contra sentença que julgou improcedente ação de reparação de danos. Acidente ocorrido nas dependências da requerida. Menor que caiu e machucou o braço, mas que recebeu auxílio das funcionárias, voltando a brincar logo após. Testemunhas que comprovam a ausência de conduta, comissiva ou omissiva, da ré pelos danos ou por seu agravamento. Nexo de causalidade inexistente. Ausência de prova acerca do defeito na prestação dos serviços que afasta a responsabilidade da ré. Exegese do artigo 14, §3º, I, do Código de Defesa do Consumidor. Sentença mantida. Apelação não provida.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de apelação (fls. 250/264) interposta por M.E.P.B. (menor impúbere) contra a sentença (fls. 240/245) proferida pela MMª. Juíza de Direito da 3ª Vara Cível da Comarca de Ribeirão Preto, que julgou improcedente a ação de reparação de danos ajuizada por ela contra Silvana Aparecida Pisani Altafim & Cia. Ltda. Me. Relata que após sofrer acidente dentro das dependências

da requerida, as funcionárias recusaram-se a ajudar a autora e afirmaram que esta mentia sobre sua situação, o que se demonstrou incorreto, visto que no pronto-socorro foi diagnosticada com fratura do ombro e do braço. Entende que o estabelecimento de ensino possui responsabilidade pelos fatos, discorrendo acerca de tal responsabilidade à luz do Código de Defesa do Consumidor. Insiste que o caso fortuito interno não rompe o nexo causal e enseja a responsabilização da requerida. Argumenta que sofreu dano moral indenizável. Postula o provimento do recurso com a reforma da sentença.

Silvana Aparecida Pisani Altafim & Cia. Ltda. Me. apresentou contrarrazões (fls. 268/283). Requer, em resumo, seja negado provimento ao apelo.

A d. Procuradoria Geral de Justiça manifestou- se a fls. 287/289 pelo não provimento do recurso.

Em síntese, o relatório.

Sem razão a apelante.

Embora não se ignore que a relação havida entre as partes seja de consumo e a responsabilidade, à luz de tal diploma protetivo, seja objetiva (artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor), necessário aferir a conduta, o nexo causal e o dano causado pelo fornecedor, no caso a instituição requerida.

Alega a autora ter sofrido acidente de consumo ao cair nas dependências da requerida e ter fraturado o braço, sem que tenha contado com o auxílio de suas funcionárias.

A prova dos autos, no entanto, comprovam o contrário.

Embora inquestionável a existência de dano (fls. 32), inexiste prova de conduta omissiva ou comissiva da requerida que tenha ensejado naquele, ou seja, que tenha tornado defeituoso o serviço prestado pela requerida por meio de suas funcionárias.

Nesse sentido, as testemunhas da ré corroboraram o alegado, observando que, embora a autora tenha realmente caído na escola, este fato decorreu das brincadeiras próprias da idade, sem se vislumbrar qualquer conduta perigosa por parte das funcionárias ou de outras crianças a contribuir com o acidente. As testemunhas confirmaram ainda que prestaram auxílio após a queda e que a autora continuou brincando logo após.

O fornecedor, de acordo com o disposto no artigo 14, §3º, do códex consumerista, não é responsabilizado se provar que, (I) *tendo prestado o serviço, o defeito inexiste* ou (II) *a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro*.

Forçoso concluir, portanto, que inexistiu qualquer conduta da requerida, comissiva ou omissiva, que tenha dado causa aos danos narrados pela autora na inicial ou mesmo que os tenha agravado, rompendo-se, assim, o nexo de

Acesso ao Sumário

causalidade necessário à aferição da responsabilidade do fornecedor.

Destarte, provada a inexistência de defeito na prestação dos serviços, não há falar em responsabilidade pelos fatos, não merecendo ser provido o apelo, mantendo-se a sentença como proferida.

Posto isto, nega-se provimento à apelação.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1057354-35.2015.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante/apelado BRUNO SALLA SQUILAR, é apelado/apelante OI MÓVEL S/A.

ACORDAM, em 34ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento à apelação da ré e ao recurso adesivo do autor. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 27.321)**

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

São Paulo, 9 de março de 2016.

GOMES VARJÃO, Relator

Ementa: Prestação de serviço de telefonia. Ação declaratória c.c. indenizatória. Consumidor que reputa excessivas as cobranças lançadas pela concessionária pelo uso de telefone celular em viagens internacionais. Não está demonstrado que a empresa requerida forneceu ao consumidor, de forma clara, todas as informações necessárias para utilização do aparelho no exterior, não o advertindo, no momento oportuno, de que o limite do plano estava próximo de ser atingido, para que pudesse decidir se continuaria ou não fazendo uso dele. Desgaste para resolver o problema que desborda do mero aborrecimento. Dano moral caracterizado. Verba indenizatória fixada em R$ 5.000,00, valor suficiente para cumprir seu caráter sancionatório, sem implicar enriquecimento indevido do demandante. Não comportam majoração os honorários advocatícios, arbitrados em 10% do valor da condenação, que remuneram dignamente

Acesso ao Sumário

o trabalho desempenhado pelo causídico neste feito. Sentença mantida por seus próprios fundamentos. Aplicação do artigo 252 do Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação da ré e recurso adesivo do autor improvidos.

VOTO

A r. sentença de fls. 52/62, cujo relatório se adota, julgou procedente a ação, para (i) condenar a ré ao pagamento de indenização por danos morais no valor de R$ 5.000,00, corrigido desde o arbitramento e com juros de mora de 1% ao mês a partir da citação; (ii) condenar a ré a restituir o valor pago pelo autor que tenha excedido a soma da mensalidade e das chamadas em viagem pelo exterior, nos meses de maio/2014 e maio/2015, corrigido desde o desembolso e com juros de mora de 1% ao mês a partir da citação, valor a ser apurado em liquidação de sentença, cabendo ao autor a apresentação dos cálculos; (iii) confirmar a liminar concedida às fls. 75, para restabelecimento da linha do autor, e, em razão do descumprimento do prazo concedido, condenar à ré ao pagamento de multa no total de R$ 2.000,00; (iv) determinar à ré que refaça a fatura que venceria em junho/2015, excluindo os valores relativos a mensagens e *internet* móvel, devendo apenas constar a mensalidade fixa e as chamadas feitas em viagem pelo exterior. Em razão da sucumbência, condenou a requerida ao pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios fixados em 10% do valor da condenação.

Apela a ré (fls. 336/347). Alega que, a despeito da alegação do autor de que contratou planos de dados e de voz para utilização em viagem, o uso excedeu o previsto nesses planos, tendo sido corretamente tarifado. Defende que todas as cobranças dizem respeito a serviços efetivamente utilizados pelo requerente. Assinala que é comum a interrupção ou queda do sinal *Wi-Fi*, situação em que o plano de dados é ativado sem que o usuário perceba. Aduz que não agiu com negligência, adotando todas as cautelas e atendendo às normas consumeristas. Sustenta que os danos morais devem ser comprovados por quem diz tê-los suportados, pois não é qualquer fato ou evento que dá margem a indenização. Ressalta que há previsão legal para bloqueio do serviço por divergência cadastral. Afirma que a verba indenizatória fixada na origem é desproporcional e gera enriquecimento indevido da vítima, não podendo ser considerada isoladamente, para o arbitramento do *quantum*, apenas a capacidade econômico-financeira do causador do dano. Argumenta que houve exagero na fixação da multa em R$ 2.000,00, pois não atende o princípio da razoabilidade e a obrigação de fazer imposta já foi cumprida. Sob tais fundamentos, postula a reforma da r. sentença.

Recorre adesivamente o autor (fls. 364/393), pugnando pela majoração

Acesso ao Sumário

da verba indenizatória, segundo estimativa da inicial (R$ 51.000,00), pois se sentiu coagido e desgastado emocional, física e socialmente com as cobranças indevidas da ré, que agiu de má-fé, tendo receio de que seu nome seja enviado aos serviços de proteção ao crédito. Afirma que a indenização deve cumprir sua finalidade de desestimular o agente a cometer novas agressões contra a honra alheia. Pretende, outrossim, a elevação da verba honorária de sucumbência para 20% do valor da condenação.

Recursos contrariados (fls. 414/426 e 429/442).

É o relatório.

Na inicial, relata o autor, em síntese, que a ré lhe cobrou valores exorbitantes de consumo de serviços móveis nos meses de maio e junho de 2014, período em que viajava pela Europa. Aduz que, embora tenha contratado pacotes de voz e dados, recebeu fatura no valor de R$ 8.806,03, que, após tratativas entre as partes, sofreu seguidas reduções, para R$ 4.734,98, R$ 1.274,73 e, finalmente, R$ 468,13, valor que foi regularmente quitado. Alega que em 2015, em situação semelhante, sofreu nova cobrança dos valores de R$ 2.057,43 e R$ 3.052,15, reduzidos para R$ 861,49 e R$ 786,85, tendo pagado apenas a primeira fatura. Pugna pela suspensão da cobrança do valor de R$ 786,85, devolução dos valores pagos além do devido em maio/2014 e maio/2015, além da condenação da requerida ao pagamento de indenização por danos morais, que estima em R$ 51.000,00.

Em vista da informação do autor de que sua linha foi cortada (fls. 73/74), concedeu-se tutela antecipada para determinar o restabelecimento do serviço no prazo de 48 horas, sob pena de multa diária de R$ 1.000,00 (fls. 75), em complementação à liminar anteriormente deferida, que havia suspendido a exigibilidade da fatura com vencimento em 25.06.2015, mediante prestação caução (fl. 47).

Na contestação de fls. 80/98 a ré aduziu, essencialmente, os mesmos fatos e teses posteriormente renovados nas razões recursais, ou seja, sustentou a regularidade das cobranças, uma vez que o autor teria excedido o limite de uso dos planos de dados e voz durante a viagem, de modo que não haveria defeito na prestação do serviço, nem prática de ato ilícito. No mais, impugna a ocorrência de danos morais.

Após a réplica (fls. 292/306), outras provas não foram produzidas, sobrevindo a r. sentença, que julgou procedente a lide.

A r. sentença deve ser confirmada pelos seus próprios e bem deduzidos fundamentos, os quais ficam inteiramente adotados como razão de decidir, nos termos do artigo 252 do Regimento Interno deste Egrégio Tribunal de Justiça: "*nos recursos em geral, o relator poderá limitar-se a ratificar os fundamentos da decisão recorrida, quando, suficientemente motivada, houver de mantê-la*".

Acesso ao Sumário

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*".[1]

Corretamente, o MM. Juiz *a quo* assentou que a relação entre as partes está submetida à disciplina do Código de Defesa do Consumidor e, portanto, não se pode descurar do direito básico do consumidor à informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços (art. 6º, inciso II), sobretudo diante das peculiaridades do caso vertente, em que há disparidade de valores entre a utilização de serviços de dados em território nacional e no estrangeiro.

Assim, como bem observado pelo magistrado, não está demonstrado que a empresa requerida forneceu ao consumidor, de forma clara, todas as informações necessárias para utilização do aparelho no exterior, não o advertindo, no momento oportuno, de que o limite do plano estava próximo de ser atingido, para que pudesse decidir se continuaria ou não fazendo uso dele.

Transcreva-se, por oportuno:

> Em situações como esta, deve a empresa pautar sua conduta nos princípios da boa-fé e da lealdade perante o consumidor, de forma a dar a maior transparência possível às tarifas do celular.
>
> Ocorre que, conforme se depreende dos autos, não é possível identificar essa clareza nas informações que deveriam ser repassados ao consumidor. Cabia à empresa ré, então, demonstrar que, quando da habilitação do celular para uso no exterior, forneceu ao cliente todas as informações necessárias para o uso do aparelho, pois caso contrário, cria-se uma oportuna falta de transparência propícia para surpreender o consumidor no momento da fatura.
>
> As contas de telefone acostadas aos autos às fls. 114/251 indicam que o autor contratou, junto à ré, os planos de dados de *roaming* internacional, em razão de viagens feitas nos meses de maio de 2014 e 2015.
>
> Segundo as faturas apresentadas, foram cobrados os serviços de roaming que supostamente extrapolaram os planos inicialmente contratados pelo autor, contudo, em nenhum momento a ré informou ao autor, durante sua viagem, de que o limite de dados estivesse para ser atingido.
>
> A requerida limitou-se a afirmar a ausência de irregularidade nos valores cobrados e que as cobranças do *roaming* internacional resultaram da utilização de dados a mais pelo autor. Assim, embora sustente que a cobrança está de acordo com os serviços prestados, tal assertiva não lhe aproveita, na medida em que não se desincumbiu do ônus previsto no

1 REsp 662.272/RS, 2ª Turma, Rel. Min. JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, j. 04.09.2007; REsp 641.963/ES, 2ª Turma, Rel. Min. CASTRO MEIRA, j. 21.11.2005; REsp 592.092/AL, 2ª Turma, Rel. Min. ELIANA CALMON, j. 17.12.2004 e REsp 265.534/DF, 4ª Turma, Rel. Min. FERNANDO GONÇALVES, j. 01.12.2003.

Acesso ao Sumário

art. 333, II, do Código de Processo Civil, não se preocupando em trazer para os autos informações acerca de qual valor seria cobrado a maior na fatura de consumo, caso o serviço de dados fosse excedido, razão pela qual entendo que houve o descumprimento do princípio da informação (clara e precisa).

Dessa maneira, compreendo que o autor deve pagar apenas pela mensalidade fixa, acrescida de chamadas feitas em viagem pelo exterior, excluindo-se da fatura os valores relativos a mensagens e internet móvel.

Em relação às faturas já pagas, aplica-se o mesmo raciocínio, ou seja, se o autor pagou quantia maior que a soma da mensalidade fixa mais das chamadas feitas em viagem pelo exterior, deve a ré ressarci-lo.

Evidenciada a culpa da ré, justifica-se o acolhimento do pedido de indenização por danos morais formulado pelo autor. Não há como a ré isentar-se de responsabilidade quando não prestou serviços adequados e eficientes, em razão da falta de clareza e cobrança excessiva, experimentando o requerente induvidosa perturbação psíquica que esse fato reconhecidamente acarretou. Não se trata, pois, de mero aborrecimento, constituindo-se em fato que merece, efetivamente, tutela no campo da responsabilidade civil por danos morais.

A indenização por dano moral "*deve ser fixada em termos razoáveis, não se justificando que a reparação venha a constituir-se em enriquecimento sem causa, com manifestos abusos ou exageros, devendo o arbitramento operar-se com moderação, proporcionalmente ao grau de culpa e ao porte econômico das partes, orientando-se o juiz pelos critérios sugeridos pela doutrina e jurisprudência, com razoabilidade, valendo-se de sua experiência e do bom senso, atento à realidade da vida e às peculiaridades de cada caso. Ademais, deve ela contribuir para desestimular o ofensor a repetir o ato, inibindo sua conduta antijurídica*" (RSTJ 137/486 e STJ-RT 775/211).

Tendo como parâmetros a conduta reprovável da ré, a condição econômica das partes e evitando-se o enriquecimento ilícito o autor, fixo a indenização no patamar de R$ 5.000,00.

Anote-se que é pertinente a fixação da multa no valor de R$ 2.000,00 como punição à requerida que, embora tenha restabelecido o serviço em 21.07.2015 (fl. 78/79), excedeu em dois dias o prazo de 48 horas fixado na decisão que antecipou os efeitos da tutela (fl. 75), da qual foi intimada em 17.07.2015 (fl. 77).

No tocante ao valor da indenização, cumpre observar que deve ser o suficiente para inibir a ré de práticas dessa natureza, mas sem importar enriquecimento sem causa do ofendido.

In casu, o autor sofreu desgaste além do aceitável para resolver o problema imposto pela conduta negligente da ré, tanto que foi compelido a buscar a tutela do Judiciário para a defesa de seus interesses. Contudo, não chegou a ter seu

Acesso ao Sumário

nome lançado no rol de maus pagadores, nem há notícia de outro reflexo mais sério que justifique a pretendida majoração da indenização.

Tendo em vista as circunstâncias do caso, a natureza do dano e suas consequências para o autor, bem assim a capacidade econômica das partes, cuido que a indenização fixada na origem, de R$ 5.000,00, deve ser confirmada, pois é suficiente para cumprir seu caráter sancionatório, sem implicar enriquecimento indevido do demandante.

Também não comporta reforma a r. sentença quanto aos honorários advocatícios. Em observância aos critérios do art. 20, § 3º, do CPC (grau de zelo do profissional, lugar de prestação do serviço, natureza e importância da causa, trabalho realizado pelo advogado e tempo exigido para o serviço), cuido que a verba fixada em 10% do valor da condenação é suficiente para remunerar com dignidade o trabalho desenvolvido pelo causídico, não se justificando sua elevação para 20%, como postulado.

Outros fundamentos são dispensáveis diante da adoção integral dos que foram deduzidos na bem lançada sentença, aqui expressamente encampados para evitar inútil e desnecessária repetição, nos termos artigo 252 do Regimento Interno deste Egrégio Tribunal de Justiça.

Ante o exposto, nego provimento a ambos os recursos.

É meu voto.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1002134-47.2015.8.26.0037, da Comarca de Araraquara, em que é apelante ROBERTO SÉRGIO ZUMPANO, é apelado JOACIR RONALDO ARANHA JUNIOR.

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 25.704)**

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

São Paulo, 29 de fevereiro de 2016.

CESAR LACERDA, Relator

Ementa: Bem móvel. Ação de obrigação de fazer. Pedido de transferência do veículo e do financiamento dirigido ao suposto comprador. Improcedência. A

Acesso ao Sumário

regularização da documentação do veículo, com a transferência do bem e do financiamento, só seria possível com a anuência prévia da financeira. Providência que não pode ser levada a efeito sem a participação do ente financeiro. Recurso não provido.

VOTO

A respeitável sentença de fls. 75/77, cujo relatório se adota, que julgou improcedente a ação de obrigação de fazer proposta por Paulo Sérgio Zumpano em face de Joacir Ronaldo Aranha Junior.

Irresignado, apela o autor. Alega, em resumo, que a anuência da financeira é mero procedimento administrativo, facilmente conseguido, o que por si só não impediria a responsabilização do apelado, já que se encontra na posse do bem. Pretende que o apelado seja compelido a proceder a transferência do bem e do financiamento a pessoa a quem indicar, uma vez que não há impedimento legal para a cessão de direitos, desde que observados os requisitos formais.

Recurso regularmente processado, com resposta.

É o relatório.

As razões recursais não prosperam.

O autor, alegando ter vendido ao réu veículo de sua propriedade dele mesmo adquirido, pretende compeli-lo a transferir para seu nome ou ao de quem ele indicar o veículo e o financiamento que sobre ele recaía na ocasião no negócio.

O réu, por sua vez, nega ter se comprometido a efetivar qualquer transferência, até porque, segundo alega, teria apenas intermediado a venda do bem a terceiro.

Não há prova documental nos autos acerca dos fatos.

Não obstante, não comporta reparo a r. sentença que julgou improcedente o feito, porque "inexequível, diante disso, a obrigação que o réu teria assumido quando a ele o autor devolveu o veículo - transferir a coisa e o financiamento para o nome dele ou para o nome do terceiro que viesse adquirir o bem -, sobretudo, porque tanto a primeira conduta (transferência da propriedade), quanto a outra (transferência do financiamento), dependem da anuência da financeira, legítima proprietária do veículo, que, porém, não integra a lide."

Estando o veículo financiado, no máximo, haveria entre as partes cessão de direitos e obrigações relativos ao contrato de financiamento, que não foi instrumentalizado, mas que seria eficaz apenas entre os contratantes, sem produzir efeitos perante o credor fiduciário, que não anuiu com o negócio, e cuja concordância era imprescindível para a efetivação das transferências ora pretendidas.

Acesso ao Sumário

Peço vênia para transcrever, abaixo, os fundamentos elencados pelo eminente Desembargador Gilson Delgado Miranda, aplicáveis ao caso concreto:

"Em consequência, a regularização da documentação, nos termos do pedido da autora, só seria possível com a participação da financeira. Não há, entretanto, nenhum indício nos autos de que ela tenha sido cientificada do negócio entabulado pelas partes (o contrato de fls. 15/16 é subscrito apenas por autora e réu).

Por essa razão, ao réu é impossível o cumprimento da obrigação de transferir a propriedade do veículo para seu nome enquanto pendente o financiamento.

No mesmo sentido do entendimento ora adotado foi proferido em julgado em caso análogo: 'COMPRA E VENDA DE VEÍCULO. Financiamento pendente. Transferência dos direitos sob o veículo sem a ciência da credora fiduciária, que não é parte integrante da lide. Impossibilidade de exigir a transferência da titularidade sem a ciência da financeira. Recurso provido' (TJSP, Agravo de Instrumento n. 2067180-48.2013.8.26.0000, 25ª Câmara de Direito Privado, j. 6-2-2014, rel. Des. Hugo Crepaldi).

Em outro precedente: 'não há vedação legal à transferência dos direitos sobre o financiamento a terceiros, podendo o contrato ser considerado válido entre as partes. Contudo, como a cessão da posição contratual depende da anuência do credor fiduciário, incabível a pretensão de imposição ao terceiro de assunção do financiamento, bem como de transferência da propriedade do veículo' (TJSP, Apelação n. 0056958-44.2011.8.26.0576, 35ª Câmara de Direito Privado, j. 2-12-2013, rel. Des. Mendes Gomes).

No mais, oportuno pontuar que a solução desta lide não impede a autora de se valer dos meios judiciais cabíveis para discutir as multas cuja responsabilidade atribui ao réu, com a observação de que a venda do automóvel podia ter sido comunicada pela própria autora ao Departamento de Trânsito na forma do artigo 134 do CTB, exatamente para que não fosse responsabilizada pelas infrações administrativas. Correta, como se vê, a sentença hostilizada."

O julgado acima citado restou assim ementado:

"OBRIGAÇÃO DE FAZER. Transferência de propriedade. Compra e venda de veículo alienado fiduciariamente. A cessão da posição contratual de um dos contratantes para terceiro só é eficaz perante a parte contrária com a anuência desta, ausente na espécie. Improcedente a pretensão da autora (vendedora) para que o réu (comprador) providencie a transferência da propriedade da motocicleta, pois sequer foi cientificada a credora fiduciária. Recurso não provido" (Ap. 0000852-44.2011.8.26.0097, Rel. Gilson Delgado Miranda, j. 24.04.15).

Importa ainda registrar que, ao entregar ao réu o veículo alienado fiduciariamente, sem a anuência do credor fiduciário e, portanto, sem providenciar a cessão dos direitos e obrigações previstos no contrato de financiamento, o apelante assumiu o risco das consequências decorrentes de seu ato.

Acesso ao Sumário

Diante do exposto, nega-se provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 4004677-69.2013.8.26.0577, da Comarca de São José dos Campos, em que é apelante BANCO DO BRASIL S/A, é apelado PAULO AUGUSTO DE SOUZA BARBOSA DA SILVA.

ACORDAM, em 37ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 8724)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores JOÃO PAZINE NETO (Presidente) e SERGIO GOMES.

São Paulo, 1 de março de 2016.

PEDRO KODAMA, Relator

Ementa: Apelação. Ação de repetição de indébito. Incidência das normas do Código de Defesa do Consumidor afastada. Relação de consumo não configurada. Insurgência contra cobrança de tarifa de boleto bancário. Autor que é prestador de serviços médicos a candidatos à obtenção de carteira de habilitação. Pagamentos dos exames realizados pelos candidatos (sacados) por meio de boletos bancários. Autor que figura como cedente na operação. Cobrança realizada pela instituição financeira ré de taxa respectiva em face do autor, em razão dos custos operacionais do serviço que lhe é disponibilizado. Admissibilidade. Proibição de cobrança prevista na Resolução n.º 3.919/2010 do BACEN apenas em face do sacado, mas não em face do prestador de serviço, que figura como cedente na operação bancária. Sentença alterada. Recurso provido.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de recurso de apelação interposto contra a sentença de fls. 150/151, alvo de embargos de declaração, acolhidos a fls. 195, cujo relatório adoto em complemento, que julgou procedente o pedido formulado na ação de

repetição de indébito, proposta por Paulo Augusto de Souza Barbosa da Silva contra Banco do Brasil S/A para o fim declarar inexigível o valor referente à tarifa de boleto bancário e condenar o banco requerido na devolução do indébito (R$8.941,50, fls. 49), em dobro (R$17.883,00, fls. 3 - art. 42, parágrafo único do CDC), com correção monetária pela Tabela Prática do TJSP desde o ajuizamento e juros de mora de 1% ao mês desde a citação. Sucumbente o banco/réu, foi condenado a arcar com as custas e eventuais despesas, além da verba honorária, em 15% do valor da condenação.

Inconformado, o réu apela, alegando que não restou comprovada a ocorrência de fatos supervenientes à contratação e imprevisíveis de repercussão geral, que possam ter provocado desequilíbrio entre as partes, a justificar a modificação do contrato. Sustenta que não há que se falar em repetição de indébito ou compensação ao autor, visto que todas as quantias cobradas foram previamente ajustadas e se enquadram dentro da sistemática jurídica, sendo certo que a parte autora anuiu com as condições contratuais, ou seja, de forma alguma houve pagamento excessivo. Argumenta que não estão presentes os requisitos do art. 42 do Código de Defesa do Consumidor, não sendo o caso de repetição dos valores em dobro. Aduz que os honorários advocatícios devem ser diminuídos, pois em que pese a diligência dos profissionais que patrocinaram a causa, esta não apresentou complexidade capaz de justificar a majoração da condenação no ônus da sucumbência. Prequestiona a matéria suscitada. Requer o provimento do recurso para que o processo seja extinto com julgamento do mérito (fls. 165/177).

Recurso tempestivo e preparado (fls. 178/179 e 213/215).

O apelado apresentou contrarrazões, requerendo a manutenção da sentença (fls. 252/259).

É o Relatório.

Versa a ação de repetição de indébito, proposta por Paulo Augusto de Souza Barbosa da Silva contra Banco do Brasil S/A, julgada procedente.

O autor alega, em síntese, em sua inicial, que em seu labor é responsável por realizar exames clínicos para expedição de carteira habilitação. Diz que para cada exame clínico recebe a quantia de R$ 60,85, remuneração estipulada pela tabela do Estado de São Paulo, pago pelo interessado, mediante boleto bancário junto ao Banco do Brasil. A cada atendimento realizado pelo autor, o réu cobra o valor de R$ 3,60 por exame, o que é descontado dos créditos recebidos do autor imediatamente em que era disponibilizado o numerário na respectiva conta corrente. Afirma que o réu dissimulava a tarifa, nomeando-a de "Tarifa de Serviços Diversos" ou "Tarifa Rec Guias", mas na verdade tratava-se de tarifa de custo de boleto repassada ao médico. Sustenta que o réu lhe descontou, de forma indevida, o valor total de R$ 8.941,50, que lhe devem ser devolvidos em

Acesso ao Sumário

dobro.

A r. sentença apelada, respeitada a convicção da MMª. Juíza de primeiro grau, deve ser reformada.

Primeiramente cumpre observar que não é o caso de aplicação do Código de Defesa do Consumidor ao presente caso. O autor utilizou os serviços do réu como meio de recebimento dos valores decorrentes da prática de seu ofício, já que realizava exames e se valia do serviço de cobrança do banco réu que lhe repassava os valores cobrados dos pacientes.

A questão de se considerar legal ou não a cobrança da Tarifa de Emissão de Carnê (TEC), objeto de questionamento pelo autor, encontra-se solucionada pela posição adotada pelo STJ, no REsp nº 1.251.331-RS, que declarou ser legal a cobrança da referida tarifa, desde que objeto de contratos bancários celebrados até 30.04.2008 e mesmo assim se o valor não for abusivo.

Nos casos em que o contrato bancário foi celebrado posteriormente a 30.04.2008, a cobrança da Tarifa de Emissão de Carnê (TEC) é, em princípio, inadmissível porque a partir de então deixou de ter suporte em normas do Banco Central, já que a Resolução CMN 2.303/96 deixou de vigorar a partir da citada data.

Mencionado entendimento restou pacificado com o pronunciamento do C. Superior Tribunal de Justiça, quando do julgamento do REsp 1251331/RS, sob o rito do art. 543-C, do Código de Processo Civil:

"... Teses para os efeitos do art. 543-C do CPC:

- 1ª Tese: Nos contratos bancários celebrados até 30.4.2008 (fim da vigência da Resolução CMN 2.303/96) era válida a pactuação das tarifas de abertura de crédito (TAC) e de emissão de carnê (TEC), ou outra denominação para o mesmo fato gerador, ressalvado o exame de abusividade em cada caso concreto.

- 2ª Tese: Com a vigência da Resolução CMN 3.518/2007, em 30.4.2008, a cobrança por serviços bancários prioritários para pessoas físicas ficou limitada às hipóteses taxativamente previstas em norma padronizadora expedida pela autoridade monetária. Desde então, não mais tem respaldo legal a contratação da Tarifa de Emissão de Carnê (TEC) e da Tarifa de Abertura de Crédito (TAC), ou outra denominação para o mesmo fato gerador. Permanece válida a Tarifa de Cadastro expressamente tipificada em ato normativo padronizador da autoridade monetária, a qual somente pode ser cobrada no início do relacionamento entre o consumidor e a instituição financeira.

- 3ª Tese: Podem as partes convencionar o pagamento do Imposto sobre Operações Financeiras e de Crédito (IOF) por meio de financiamento acessório ao mútuo principal, sujeitando-o aos mesmos encargos

Acesso ao Sumário

contratuais.

10. Recurso especial parcialmente provido".

(REsp 1251331/RS, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 28/08/2013, DJe 24/10/2013)

Todavia, a vedação da cobrança da tarifa de emissão de boleto envolve necessariamente uma relação jurídica direta entre a instituição bancária e o cliente desta, na qualidade de consumidor, como, por exemplo, no caso de aquisição de mútuo, situação essa que não se enquadra nos autos.

No caso de pagamento por boleto, a Resolução nº 3.919, que alterou e consolidou as normas de cobrança de tarifas pela prestação de serviços por parte das instituições financeiras e demais instituições autorizadas a funcionar pelo Banco Central do Brasil, estabeleceu, em seu art. 1º, § 2º, inciso II, a vedação expressa de cobranças na forma de tarifas ou ressarcimento de despesas diretamente do sacado, em decorrência da emissão de boletos ou faturas de cobrança, carnês ou assemelhados.

Confira-se:

"§ 2º É vedada a realização de cobranças na forma de tarifas ou de ressarcimento de despesas:

(...) II do sacado, em decorrência da emissão de boletos ou faturas de cobrança, carnês e assemelhados."

Diante desse quadro, admissível que tais despesas operacionais sejam cobradas daquele que é beneficiado (que não o sacado) e usufrui de tal serviço posto à sua disposição pela instituição bancária, não se confundindo com as hipóteses de vedações acima descritas.

Na hipótese, o autor figura como cedente e os pacientes examinados, ao efetuarem o pagamento do boleto, são aqueles que figuram como sacados, portanto, não se constata nenhum óbice para a cobrança da tarifa em tela (Tarifa Rec Guias via Corr Banc) em face do autor, em razão do serviço bancário que efetivamente lhe foi prestado, a cada pagamento realizado, considerando-se os inerentes custos operacionais que obviamente daí decorrem.

Sendo legítima a cobrança, não há que se falar em repetição do indébito, muito menos de modo dobrado, visto que inexistente qualquer má-fé por parte da instituição bancária pela cobrança da tarifa em questão (Tarifa Rec Guias via Corr Banc).

Em casos semelhantes, decidiu esta C. Corte:

"*AÇÃO DE COBRANÇA, CUMULADA COM REPETIÇÃO DE INDÉBITO - Autor que é prestador de serviços médicos a candidatos à obtenção da primeira carteira de habilitação ou à sua renovação - Pagamentos dos exames realizados pelos examinados (sacados) por*

Acesso ao Sumário

meio de boletos bancários, cujos valores são creditados diretamente na conta corrente do autor, que figura como cedente na operação - Cobrança realizada pela instituição financeira ré de taxa respectiva, em face do autor, em razão dos custos operacionais do serviço que lhe é disponibilizado - Possibilidade - Existência de vedação normativa de cobrança (Resolução nº 3.919/2010 do BACEN), na forma de tarifas ou de ressarcimentos de despesas, relativamente à emissão de boletos ou faturas de cobrança, carnês ou assemelhados - Proibição estabelecida pela referida resolução que expressamente veda a cobrança de tais valores apenas em face do sacado, mas não em face do prestador de serviço, que figura como cedente na operação bancária - Sentença reformada para julgar totalmente improcedentes os pedidos formulados pelo autor - Recurso da instituição financeira requerida provido e apelo apresentado pelo autor não provido" (Apelação 0034359-40.2013.8.26.0577, 13ª Câmara de Direito Privado, Relator HERALDO DE OLIVEIRA, j. em 28.3.14).

"*CONTRATO BANCÁRIO. Ação de obrigação de fazer cumulada com repetição de indébito. 1. Conquanto já se tenha resolvido que 'O Código de Defesa do Consumidor é aplicável às instituições financeiras' (Súmula 297 do STJ), a sua mera invocação, no caso, não tem relevância capaz de mudar a sorte da demanda, pois tal diploma não se destina a distribuir benesses, mas a proteger direitos daqueles que os têm. 2. Autores que são prestadores de serviços médicos ao Detran. Pagamentos de exames realizados por candidatos à habilitação e renovação de carteira de habilitação por meio de boletos bancários, cujos valores são creditados diretamente na conta corrente dos autores por intermédio da instituição financeira ré. Cobrança de boleto pela instituição apelada. Possibilidade. Caso que não se enquadra na Resolução nº 3.919/2010. Recurso não provido*" (Apelação 1084413-66.2013.8.26.0100, 11ª Câmara de Direito Privado, Relator GILBERTO DOS SANTOS, j. 23.1.15).

Destarte, o recurso de apelação deve ser provido para que o pedido inicial seja julgado improcedente. Com a alteração do julgado e diante da sucumbência, condeno o autor ao pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios fixados em R$ 1.500,00.

É entendimento pacífico o de que não está obrigado o julgador a citar todos os artigos de lei e da Constituição Federal para fins de prequestionamento. Sendo assim, ficam consideradas prequestionadas toda a matéria e disposições legais discutidas pelas partes.

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

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1044446-80.2014.8.26.0002, da Comarca de São Paulo, em que são apelantes PRIMA ESCOLA MONTESSORI DE SÃO PAULO LTDA. e MARIA ANGELINA FRANCESCHINI BRANDÃO, são apelados ALESSANDRA ESPINDOLA BARBOSA DE MOURA, LYGIA ESPINDOLA DE MOURA e ADRIANA ESPINDOLA DE MOURA.

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 28.485)**

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

São Paulo, 2 de março de 2016.

MARCOS RAMOS, Relator

Ementa: Locação de imóvel não residencial - Ação de cobrança de multa por infração ambiental (corte de árvores) - Penalidade administrativa aplicada na vigência do contrato de locação - Sentença de procedência - Manutenção do julgado - Necessidade - Autoras/locadoras que pagaram o débito, inscrito em seu nome, junto à Municipalidade - Rés/locatárias que devem ressarci-las do quanto despendido, independentemente da pendência de recurso administrativo a impugnar a aplicação. Apelo das rés desprovido.

VOTO

VOTO DO RELATOR

Cuida-se de recurso de apelação interposto em ação de cobrança fundada em contrato de locação de imóvel não residencial, proposta por Alessandra Espindola Barbosa de Moura, Lygia Espindola de Moura e Adriana Espindola de Moura (locadoras) em face de "Prima Escola Montessori de São Paulo Ltda." (locatária) e Maria Angelina Franceschini Brandão (fiadora), onde proferida sentença que julgou procedente a pretensão deduzida para condenar as rés ao pagamento da importância adimplida a título de multa administrativa, acrescida

Acesso ao Sumário

de correção monetária desde a data do desembolso e de juros legais contados desde a citação, além das despesas processuais e dos honorários advocatícios, estes fixados em 10% sobre o valor da condenação - fls. 147/149.

Aduzem as rés que a sentença merece integral reforma sob alegação, em apertada síntese, de que a obrigação de pagamento da multa ambiental era de natureza pessoal e não *propter rem*, inexistindo, assim, óbice à concretização do negócio de compra e venda do imóvel em questão, que as autoras celebraram com terceiro. Acrescem que o pagamento da multa ainda é inexigível, eis que o débito está em discussão na esfera administrativa - fls. 151/159.

Contrarrazões às fls. 165/170, ao que vieram os autos conclusos a este relator.

É o relatório.

O recurso não comporta acolhimento.

Demanda ajuizada à argumentação de que as autoras eram proprietárias de imóvel localizado à Rua das Flechas, nº 649, Bairro Cidade Ademar, Cidade de São Paulo/SP, locado à ré "Prima Escola Montessori", figurando a corré Maria Angelina como fiadora.

Sustentaram que o órgão competente autuou e impôs multa por infração ambiental, decorrente do corte indevido de árvores no referido imóvel enquanto locado à ré.

Relataram que houve a quitação da multa imposta, a fim de viabilizar a venda do bem imóvel a terceira empresa, mas as rés não procederam ao respectivo ressarcimento.

Pleitearam, assim, sua condenação ao reembolso do montante despendido, no valor de R$ 93.842,36.

Em sede de contestação as rés sustentaram que interpuseram recurso administrativo em razão dessa autuação e, ainda, que comunicaram as autoras acerca deste fato, sendo que não havia necessidade de quitar o valor na pendência do recurso, mesmo porque a autuação tem caráter pessoal e, não, real.

Sem necessidade de maiores comentários, irretorquível o posicionamento adotado pela digna Magistrada da causa, que consignou que "***... ao contrário do que sustenta a parte demandada, não se trata, na espécie, de indagar a natureza jurídica da obrigação, não sendo relevante à espécie definir-se se o dever é derivado da coisa ou se ostenta cunho pessoal***".

Na hipótese, evidente a responsabilidade da locatária e fiadora pelo pagamento das multas incidentes sobre o imóvel locado, em virtude da inobservância de determinações emanadas pelo Poder Público.

Ademais, o dever de pagar e/ou entregar os avisos de impostos, taxas e outros que venham a incidir sobre o imóvel objeto da locação está previsto

no art. 23, VII, da Lei 8.245/91, bem como na cláusula quarta do contrato de locação.

O cerne da questão é que, em verdade, ocorreu a autuação **em nome das proprietárias do bem**, impondo-se a elas a obrigação de pagamento.

Bem observado, outrossim, pela d. Julgadora de piso, que "***a subsistência da pendência em nome do proprietário por vários anos é de ser considerada gravame indevido, já que, frise-se, a causadora da autuação foi a própria demandada***".

Ainda, a alegação de que interpuseram recurso administrativo perante a Municipalidade não as socorre, porque não podem as autoras ficarem, indeterminadamente, na dependência de atos e decisões de terceiros para se livrarem das obrigações a elas impostas.

Correta, portanto, a determinação para que as rés, solidariamente, procedam ao ressarcimento do valor gasto a título de multa.

Ante o exposto, nego provimento ao apelo.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1032820-88.2014.8.26.0576, da Comarca de São José do Rio Preto, em que é apelante/apelado METROPOLE EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS LTDA., é apelado/apelante LUIS DOMINGOS FORNITANO.

ACORDAM, em 32ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao apelo da ré, restando prejudicado o recurso do autor. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 33.366)**

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

São Paulo, 3 de março de 2016.

RUY COPPOLA, Relator

Ementa: Ação de indenização por danos materiais. Alegação do locador de que a administradora do imóvel deveria arcar com os encargos locatícios não pagos pelo locatário, em razão da deficiente administração do imóvel locado. Contrato verbal de administração de imóvel. Ausência de cláusula

Acesso ao Sumário

expressa impondo à administradora a obrigação de pagar por parcelas inadimplentes. Administradora que só poderia ser responsabilizada caso deixasse de repassar valores já pagos pelo locatário, o que não se verificou na hipótese. Sentença reformada. Ação improcedente. Inversão da distribuição das despesas sucumbenciais. Litigância de má-fé não verificada. Apelo da ré provido e recurso adesivo do autor prejudicado.

VOTO

Vistos

Trata-se de ação de indenização por danos materiais, promovida por Luis Domingos Fornitano em face de Metropole Empreendimentos Imobiliários, que foi julgada parcialmente procedente pela r. sentença proferida a fls. 152/156, cujo relatório se adota, para condenar a ré ao pagamento de R$6.668,57, bem como ao pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios fixados em 10% sobre o valor da condenação.

Apela a ré (fls. 159/168), alegando, em resumo, que os comprovantes de débito são referentes a dois imóveis, sendo que a ré apenas administra um deles. Portanto, afirma ser indevida a cobrança dos valores referentes ao imóvel localizado à rua Izolina Paganucci da Costa, nº 717, Vila Toninho. No mais, sustenta que não é responsável pelo pagamento do aluguel e demais encargos locatícios, eis que não há nenhuma previsão legal de que ela os garantiria. Por fim, pede que cada parte arque com as custas a que deu causa e com os honorários de seus patronos.

Recurso tempestivo; preparado (fls. 171/174) e respondido a fls. 183/197, na qual o autor pede que o apelo da ré não seja conhecido e que ela seja condenada por litigância de má-fé.

Recorre adesivamente o autor (fls. 198/211) pedindo a condenação da ré ao pagamento da cláusula penal prevista na cláusula sétima do contrato firmado entre as partes. Pleiteia a majoração dos honorários advocatícios de modo a remunerar dignamente seu patrono e reforça o pedido para que a ré seja condenada por litigância de má-fé.

Recurso tempestivo, preparo anotado (212/213) e respondido pela ré a fls. 219/227, nas quais postula a condenação do autor por litigância de má-fé, posto que teria se utilizado do processo para obtenção de objetivo ilegal.

É o Relatório.

Inicialmente, afasto o pedido veiculado pelo autor em sede de contrarrazões de não conhecimento do apelo da ré por ter apontado outra pessoa no polo ativo

Acesso ao Sumário

da demanda.

Na qualificação de seu recurso (fls. 159) a ré apontou que a presente ação lhe foi movida por Silvia Fornitano, quando em verdade o autor da ação é o marido de Silvia, Luis Domingos Fornitano.

Todavia, tal fato não passou de um mero equívoco que não implica no não conhecimento do apelo, posto que as partes já foram devidamente qualificadas na peça inicial e na contestação.

O autor ajuizou a vertente ação pleiteando o ressarcimento em face dos valores por ele despendidos a título de IPTU e água que a ré deveria fiscalizar e cobrar do locatário do imóvel, mas que não foram pagos pelo locatário em decorrência da má prestação de serviço pela ré ao administrar imóveis de sua propriedade.

O douto juiz julgou parcialmente procedente a ação, condenando a ré ao pagamento das parcelas não prescritas, por entender que a ré agiu com culpa ao não fiscalizar o pagamento dos encargos locatícios.

A ré afirma que não havia contrato escrito firmado entre as partes e, portanto, não havia nenhuma previsão contratual de que ela se responsabilizaria por eventuais débitos não pagos, que só poderiam ser cobrados do locatário.

Realmente, não foi firmado contrato de administração de imóveis por escrito pelas partes, de modo que não há nenhuma estipulação expressa de que a administradora assumiria a responsabilidade pelo aluguel ou encargos locatícios não pagos pelo locatário.

A alegação do autor de que haveria cláusula expressa impondo sanções e multas à ré em caso de descumprindo contratual não procede, eis que o contrato que o autor aponta é em verdade o contrato de locação firmado entre ele e o locador, que não tem o condão de gerar obrigações em relação à administradora do imóvel (cf. fls. 36/40).

Sendo assim, a obrigação assumida pela ré, enquanto administradora de imóvel, limitava-se à cobrança dos valores dos locatários, não podendo a administradora ser cobrada por inadimplemento que só pode ser imputado ao locatário.

A rigor, a condenação da ré pelo descumprimento dos encargos locatícios por parte do locatário violaria o escopo do negócio jurídico verbal firmado entre as partes, que, como já dito, se resumia à administração da locação.

A administradora somente poderia responder caso restasse comprovado que ela recebeu o pagamento do locatário, mas deixou de repassá-lo ao locador, o que não restou demonstrado na hipótese.

Neste sentido, este Egrégio Tribunal de Justiça já decidiu:

"Apelação Cível. Prestação de serviços. Contrato de administração de imóvel destinado à locação. Ação de rescisão contratual c.c. revogação de

Acesso ao Sumário

mandato e indenizatória por danos materiais. Improcedência. Insurgência da autora.

Contrato que se extinguiu de pleno direito com a desocupação do imóvel pelo inquilino indicado pela administradora, conforme disposição contratual. Embora seja de consumo a relação jurídica firmada entre o locador e a administradora do imóvel locado, não há razão para declarar nula a referida cláusula, porque não se enquadra nas situações previstas nos incs. I e IV, do art. 51, do CDC.

Ausência de prova da má prestação da administradora do imóvel e dos alegados prejuízos. Abandono do imóvel pela administradora não comprovado.

Despesas de condomínio e contas de luz, referentes ao período em que o imóvel esteve locado, que foram pagas com exceção da conta de luz vencida em maio de 2004, referente ao mês de abril, época em que o imóvel estava ocupado pelo inquilino. **Débito que também poderia ter sido cobrado pela locadora, do locatário, não podendo seu pagamento ser imputado à ré. Esta responderia por tal dívida se tivesse recebido do inquilino o valor para pagá-la e não a tivesse quitado, o que não se provou.**

IPTU que deveria ser pago pela locadora por expressa disposição contratual. Possibilidade de tal ajuste na locação (art. 22, VIII, da Lei de Locações). Ausência de cláusula no contrato de administração do imóvel a vedar o acordo, na locação, sobre a responsabilidade da locadora pelo pagamento desse tributo.

Cláusula contratual que exime a ré da responsabilidade por eventuais subtrações de objetos do imóvel locado. Ré que não pode ser responsabilizada pela possível retirada indevida de dois "spots" do imóvel alugado. Autora que poderia ter cobrado do locatário os valores referentes a tais objetos. Impossibilidade de aplicação de multa contratual à ré pela ausência de comunicação à autora sobre tal ocorrência.

Sentença mantida. Recurso desprovido." **(Relator: Morais Pucci; Comarca: Osasco; Órgão julgador: 27ª Câmara de Direito Privado; Data do julgamento: 30/04/2013; Apelação nº 9119601-66.2008.8.26.0000).**

Com efeito, não sendo a administradora-ré responsável pelo pagamento dos encargos locatícios, a sentença deve ser reformada para que a ação seja julgada improcedente, devendo o autor arcar com as custas, despesas processuais e honorários advocatícios que fixo por equidade, nos termos do art. 20, §§3º e 4º, em R$ 1.000,00.

Por fim, não comporta acolhida a alegação das partes de litigância de má-fé da parte adversária, uma vez que não restou caracterizado, ao menos até o presente momento, dolo processual imputável a nenhuma das partes, em qualquer das hipóteses elencadas no artigo 17 do Código de Processo Civil.

Ante o exposto, pelo meu voto, DOU PROVIMENTO ao apelo da ré, restando PREJUDICADO o recurso do autor.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0008435-76.2013.8.26.0011, da Comarca de São Paulo, em que é apelante/apelado CONDOMÍNIO CONJUNTO RESIDENCIAL PARQUE DOS EUCALIPTOS, é apelado/apelante MARIA APARECIDA GONÇALVES SÁ TONIOLO.

ACORDAM, em 33ª 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 SMO 20953)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores EROS PICELI (Presidente) e SÁ DUARTE.

São Paulo, 14 de março de 2016.

SÁ MOREIRA DE OLIVEIRA, Relator

Ementa: DIREITO DE VIZINHANÇA - Obrigação de fazer - Ação movida pelo condomínio contra reforma efetuada pela condômina envolvendo envidraçamento de sacada e eliminação da parede divisória entre ela e a sala - Reformas estruturais efetuadas que importam em alteração de fachada - Precedente do Superior Tribunal de Justiça - Determinado o restabelecimento das esquadrias, reconstrução da alvenaria e pintura nos mesmos padrões do restante do edifício, embora tenha sido permitido o envidraçamento - Sentença mantida. Recursos não providos.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de recursos de apelação interpostos pelas partes contra a r. sentença de fls. 207/209 proferida pelo MM. Juiz da 3ª Vara Cível do Foro Regional de Pinheiros da Comarca da Capital, Dr. Théo Assuar Gragnano, que julgou parcialmente procedente a ação movida pelo CONDOMÍNIO CONJUNTO RESIDENCIAL PARQUE DOS EUCALIPTOS em face de MARIA APARECIDA GONÇALVES SÁ TONIOLO, "*para condenar a ré a: (i) restabelecer as esquadrias de acesso da sala à sacada, bem como (ii) reconstruir a alvenaria (paredes) no seu entorno, (iii) promovendo a pintura no mesmo padrão de fachada (das demais unidades autônomas), tudo no prazo de*

sessenta (60) dias, contados do trânsito em julgado, sob pena de multa diária de dois mil reais (R$ 2.000,00), limitada a quinze dias". (fls. 209).

Apela o condomínio (fls. 213/218), questionando a legalidade da assembleia que foi realizada pelos moradores do bloco 07 e na qual se aprovou o envidraçamento das sacadas. Alega que esse tipo de obra só pode ser realizado se aprovado por 2/3 da totalidade dos condôminos do condomínio em geral, que contém mais de 30 torres. Aponta violação à convenção condominial e à Lei nº 4.591/64, bem como ao artigo 1336 do Código Civil. Cita precedentes. Defende a irregularidade na obra realizada pela ré. Postula o provimento do recurso, com a total procedência do pedido.

Apela a ré (fls. 224/234), buscando a reforma da r. sentença na parte que determinou fosse restaurado o padrão original do apartamento, com a reconstrução da parede divisória entre a sala e a sacada. Diz que não há comprometimento da fachada, ausente qualquer impacto visual ou arquitetônico. Diz se tratar de área interna do apartamento, de sua propriedade, independendo de aprovação dos demais condôminos qualquer alteração nesse sentido. Alega ainda ausente risco ao condomínio. Cita precedentes. Afirma que nem a lei nem a convenção do condomínio vedam a obra efetuada no interior de seu imóvel. Discorda das conclusões do perito, entendendo se tratar de mera suposição a questão por ele levantada quanto ao coeficiente de ocupação. Postula o provimento do recurso com a reforma da r. sentença e a total improcedência da ação.

Contrarrazões às fls. 248/254 (ré) e 256/259 (autor), pelo improvimento dos recursos interpostos.

É o relatório.

Os recursos não merecem provimento.

O condomínio moveu a presente ação cominatória objetivando fosse a ré obrigada a desfazer a obra realizada em seu imóvel, com relação ao envidraçamento da sacada e à alegada alteração de fachada, bem como um suposto aumento de área interna do imóvel, "*destoando esteticamente das demais unidades do bloco e dos demais blocos do condomínio*".

Ao julgar parcialmente procedente a ação, entendeu o magistrado que, embora o envidraçamento não tenha alterado a fachada do condomínio, nos termos do que constatou o perito as demais obras realizadas tenham "alterado significativamente a estética do bloco", determinando o refazimento da parede divisória entre a sala e a sacada, bem como as esquadrias da porta nela originalmente existente.

No que diz respeito ao recurso interposto pelo condomínio, questionando a manutenção do envidraçamento da sacada, correta a r. sentença.

O condomínio se baseia na sua própria convenção (artigo 9º), no artigo 1336 do Código Civil e no artigo 10 da Lei nº 4.591/64.

Ocorre que, nos termos dos mencionados dispositivos, o simples envidraçamento da sacada, nos moldes realizados, não constitui alteração da fachada externa do edifício suficiente para ser enquadrada em nenhuma das modalidades neles previstas, razão pela qual deve ser mantida a improcedência da ação nesse ponto.

Nesse sentido:

"OBRIGAÇÃO DE FAZER - Alteração de fachada de edifício - Fechamento de sacada, com colocação de vidro - Alteração insignificante que não descaracteriza a arquitetura do edifício - Improcedência da ação - Sentença Mantida - Recurso desprovido." (TJSP, 7ª Câmara de Direito Privado, Apelação nº 0053129-25.2007.8.26.0114, rel. Des. Miguel Brandi, j. em 15.04.15).

"CONDOMÍNIO - A lei e a convenção de condomínio vedam a alteração da forma externa da fachada do edifício - O intuito das normas é preservar a harmonia arquitetônica e estética do edifício, que não fica comprometida com o simples envidraçamento do terraço - Não há perigo aos condôminos ou aos transeuntes, desde que os vidros sejam bem fixados - Sentença mantida Recurso improvido". (TJSP - 1ª Câmara de Direito Privado - Ap. n° 994.09.326168-6 - Rel. Des. Paulo Eduardo Razuk, j. 09.03.2010).

Ainda, sobre o mesmo tema, ensina Caio Mário da Silva Pereira: "*(...) têm-se entendido, generalizadamente, que não importa em alteração interdita o fechamento de área voltada para o exterior, varanda ou terraço, por vidraças encaixilhadas em esquadrias finas, de vez que a sua transparência não quebra a harmonia do conjunto*" (Condomínio e Incorporação, 6ª Ed. Forense, pág. 156).

Consequentemente, ausente violação do disposto na convenção condominial e na legislação pertinente, irrelevante a aprovação do envidraçamento ter sido feito em assembleia realizada apenas pelos condôminos do bloco 07 e não pela integralidade do condomínio, conforme alegado pelo autor.

Como bem observado pelo magistrado, a assembleia "*apenas expressou uma interpretação da convenção condominial, não se amoldando conseguintemente às hipóteses previstas no art. 1.351 do Código Civil*" (fls. 209).

Deste modo, o recurso interposto pelo condomínio deve ser improvido, mantida a improcedência de seu pedido nesse ponto.

Da mesma forma, sem razão a ré em seu recurso.

Observando todas as fotografias juntadas aos autos (fls. 24 e 96/97), inclusive as integrantes do laudo pericial de fls.156/188, denota-se que as alterações feitas pela ré em seu imóvel e que também são questionadas pelo condomínio visivelmente alteraram tanto a estrutura quanto a fachada do

Acesso ao Sumário

edifício.

Como constou da r. sentença: "*O experto concluiu que as obras descritas nos itens 'i' a 'iii' alteraram significativamente a estética do bloco 07 (fls. 183, item '8'), destoando dos demais dezenove edifícios integrantes do mesmo condomínio (fls. 182/183, itens '7/8'). Essa alteração está amplamente demonstrada pelas fotografias trazidas aos autos (fotografias 07/11 de fls. 162/164 e fotografias 15/21 de fls. 167/170)*" (fls. 208).

Sobre o tema, destaco recente julgado do C. Superior Tribunal de Justiça, que fixou entendimento de que a mudança fora do padrão arquitetônico original em um apartamento, inclusive em relação às esquadrias externas, caracteriza a violação de um dos deveres do condômino.

O referido julgado foi assim ementado:

"RECURSO ESPECIAL. CIVIL. CONDOMÍNIO EDILÍCIO. ALTERAÇÃO DE FACHADA. ESQUADRIAS EXTERNAS. COR DIVERSA DA ORIGINAL. ART. 1.336, III, DO CÓDIGO CIVIL. ART. 10 DA LEI Nº 4.591/1964. VIOLAÇÃO CARACTERIZADA. ANUÊNCIA DA INTEGRALIDADE DOS CONDÔMINOS. REQUISITO NÃO CUMPRIDO. DESFAZIMENTO DA OBRA.

1. Cuida-se de ação ajuizada contra condômino para desfazimento de obra que alterou a fachada de edifício residencial, modificando as cores originais das esquadrias (de preto para branco).

2. A instância ordinária admitiu a modificação da fachada pelo fato de ser pouco perceptível a partir da vista da rua e por não acarretar prejuízo direto no valor dos demais imóveis do condomínio.

3. Os arts. 1.336, III, do Código Civil e 10 da Lei nº 4.591/1964 traçam critérios objetivos bastante claros a respeito de alterações na fachada de condomínios edilícios, os quais devem ser observados por todos os condôminos indistintamente.

4. É possível a modificação de fachada desde que autorizada pela unanimidade dos condôminos (art. 10, § 2º, da Lei nº 4.591/1946). Requisito não cumprido na hipótese.

5. Fachada não é somente aquilo que pode ser visualizado do térreo, mas compreende todas as faces de um imóvel: frontal ou principal (voltada para rua), laterais e posterior.

6. Admitir que apenas as alterações visíveis do térreo possam caracterizar alteração da fachada, passível de desfazimento, poderia firmar o entendimento de que, em arranha-céus, os moradores dos andares superiores, quase que invisíveis da rua, não estariam sujeitos ao regramento em análise.

Acesso ao Sumário

7. A mudança na cor original das esquadrias externas, fora do padrão arquitetônico do edifício e não autorizada pela unanimidade dos condôminos, caracteriza alteração de fachada, passível de desfazimento, por ofensa aos arts. 1.336, III, do Código Civil e 10 da Lei nº 4.591/1964.

8. Recurso especial provido." (STJ-3ª T., REsp 1.483.733-RJ, j. em 25.08.15, rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva).

E, deste v. acórdão consta: "*Admitir-se que apenas as alterações visíveis do térreo possam caracterizar alteração da fachada, passível de desfazimento, poderia firmar o entendimento de que, em arranha-céus, os moradores dos andares superiores, quase que invisíveis da rua, não estariam sujeitos ao regramento em análise*".

Nesse mesmo sentido:

"CONDOMÍNIO - Alteração de fachada de edifício mediante a substituição de esquadrias externas por outras diferentes das padronizadas sem aprovação em assembléia - Inadmissibilidade - Proibição legal e convencional - Art. 1.336, III, do Código Civil e art. 9º, itens "a" e "b" da Convenção de Condomínio - Hipótese que não trata de pequenas alterações ditadas por necessidade ou utilidade, toleradas pela jurisprudência - Ação cominatória procedente com determinação para o réu desfazer as obras realizadas em seu apartamento em desacordo com o projeto arquitetônico original no prazo de 120 dias sob pena de multa diária fixada em R$ 100,00 - Recurso provido." (TJSP, 1ª Câmara de Direito Privado, Apelação nº 9195368-47.2007.8.26.0000, rel. Des. Rui Cascaldi, j. em 22.02.11).

Assim, de rigor a manutenção integral da r. sentença.

Diante do exposto, nego provimento aos recursos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0025435-35.2008.8.26.0506, da Comarca de Ribeirão Preto, em que são apelantes CAMILA RODRIGUES MARTINS (JUSTIÇA GRATUITA) e JOSE RODRIGUES SOBRINHO (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado SCHERING - PLOUGH INDÚSTRIA FARMACÊUTICA 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 do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 26.318)**

Acesso ao Sumário

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ANDRADE NETO (Presidente) e MARCOS RAMOS.

São Paulo, 16 de março de 2016.

CARLOS RUSSO, Relator

Ementa: RESPONSABILIDADE CIVIL. Abordagem reparatória, à consideração de alegado defeito de produto (contraceptivo), desencadeando gravidez indesejada. Nexo causal, indemonstrado. Dispositivo, que não elimina o risco de gravidez. Juízo de improcedência. Apelo dos autores. Desprovimento.

VOTO

RELATÓRIO

Abordagem reparatória relacionada à suposta falha de produto farmacêutico (contraceptivo), desencadeando gravidez indesejada, juízo de improcedência (fls. 516/517), apelam os autores, batendo-se pela inversão de resultado.

Resposta recursal, a fls. 532/552.

FUNDAMENTAÇÃO

A prova, sobretudo pericial (fls. 369/410), não confirma a causalidade objetiva (defeito de fabricação de implante contraceptivo, tornando-lhe ineficiente para prevenir o risco de gravidez).

No terreno das probabilidades, não se descarta o concurso de outras circunstâncias, a comprometer a eficácia do medicamento, dentre as quais a inserção inadequada, interação medicamentosa e o peso da paciente (fl. 372).

E, como bem ponderou o magistrado da causa:

*"**Suposto que adequadamente implantado, tem-se, em segundo lugar, a utilização concomitante de outros medicamentos, a interferir na capacidade metabolizadora do fígado e, por consequência, na metabolização do hormônio liberado pelo Implanon. Ao tempo da concepção, a requerente apresentava intolerância a glicose e submetia-se a tratamento psiquiátrico fazendo uso dos medicamentos Metformina e Fluoxetina (fl. 375).***

Em terceiro lugar, a perita relata que o efeito do medicamento 'está relacionado aos níveis plasmáticos de etonogestrel, que são inversamente proporcionais ao peso corpóreo e decrescem com o tempo após a inserção' (fl. 375). Ou seja, quanto maior o peso e quanto mais tempo passado da implantação, menor a eficácia. Em mulheres com peso corpóreo elevado como era o caso da autora, que mede 1,75 metros e pesava em torno de 140 quilos

Acesso ao Sumário

no início da gravidez, a eficácia é limitada durante o terceiro ano de uso.

No caso em tela, a requerente inseriu o medicamento em janeiro de 2006 e soube da gravidez em fevereiro de 2008, de modo que a concepção ocorreu, senão no terceiro, ao final do segundo ano de uso, quando a eficácia já estava em declínio.

Observa-se, nesse contexto, a atuação de fatores pessoais da requerente a influenciar negativamente no efeito do contraceptivo.

Em quarto lugar, tem-se a falibilidade inerente ao remédio. Embora pequena (0,1% - fl. 372), ela existe e está devidamente informada na bula, que menciona também alguns fatores de redução da proteção, entre eles os apresentados pela autora (fl. 136).

Nesse passo, verifica-se que o dever de informação foi adequadamente cumprido pela requerida. A despeito do alto grau de proteção contraceptiva assegurada pelo medicamento, em momento algum se promete risco zero de gravidez. Ao revés, oportuniza-se ao consumidor conhecer o exato alcance protetivo da droga, não lhe sendo legítima, à luz do quanto informado, a expectativa de impedimento absoluto da concepção." (fls. 516vº/517).

Inconsistência de dados, a corroborar alegado nexo causal, há que ratificar a improcedência do pleito reparatório.

DISPOSITIVO

Do exposto, pelo meu voto, **nego provimento ao recurso**.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1035612-15.2014.8.26.0576, da Comarca de São José do Rio Preto, em que é apelante REGINA LUCIA BIROLINI BOLLELI (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado ITAÚ UNIBANCO S/A.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 38ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento em parte ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 15505)**

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

São Paulo, 17 de março de 2016.

SPENCER ALMEIDA FERREIRA, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: AÇÃO DECLARATÓRIA NEGATIVA DE DÉBITO CUMULADA COM INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS - Tarifas - Conta corrente inativa - Saldo devedor gerado pela incidência de tarifas na conta sem movimentação, por longo período - Inscrição perante os órgãos de proteção ao crédito - Banco que não se preocupou com o longo período de inatividade da conta, sequer comunicando o cliente - Violação do dever de boa-fé objetiva - Dano material - Ocorrência - Valor referente ao saldo devedor apurado, pelo lançamento de tarifas na conta corrente inativa que deve ser restituído à autora, de forma simples, com atualização monetária pela Tabela Prática do TJSP a partir do ajuizamento da ação e juros de mora de 1% ao mês, a partir da citação - Dano moral - Ocorrência - Dano *in re ipsa*, pela indevida negativação - Indenização de R$8.000,00, apta a compensar o abalo moral sofrido e desestimular a prática de atos semelhantes - Valor que deve ser corrigido monetariamente a partir da publicação do acórdão e acrescido de juros moratórios a partir da citação - RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

VOTO

1.- Trata-se de recurso de apelação interposto em face da r. sentença de fls. 291/292, que, em ação declaratória negativa de débito cumulada com indenização por danos morais, julgou improcedente o pedido, declarando a parte vencida isenta da sucumbência.

Apelou a autora a fls. 295/302, pleiteando a reforma da sentença. Afirma que a relação entre o correntista e o banco está protegida pelas normas de proteção e defesa do consumidor, e que deve haver o encerramento das contas inativas por mais de seis meses, sem a cobrança de taxa sobre tais contas, sendo indevida a cobrança efetuada pelo banco já que a conta permaneceu inativa por mais de cinco anos. Recurso tempestivo, ausente de preparo em razão da gratuidade de justiça concedida e respondido.

É o relatório.

2.- Trata-se de ação declaratória negativa de débito cumulada com indenização por danos morais, por meio da qual a autor/apelante afirma que era titular de conta salário, sendo que, em 15.07.2010, foi demitida, e após receber sua rescisão salarial, não mais movimentou a aludida conta, pensando que teria

Acesso ao Sumário

sido encerrada pela própria empresa.

Ocorre que, em setembro de 2014, ficou sabendo da existência de dívida na aludida conta, tentando compor-se de forma amigável com o requerido, o que restou infrutífero.

A r. sentença julgou a ação improcedente, ao fundamento de que não se trata de conta salário, e sim de conta corrente, de modo que, se a autora não tinha mais interesse em manter relação com o banco, deveria ter solicitado o encerramento da conta, o que não fez.

Assim, entendeu não estar configurado o ato ilícito e ser devida a negativação, não se havendo falar em compensação por danos morais.

Ocorre que, pela minuciosa análise dos documentos encartados aos autos, a solução a ser dada ao caso há de ser outra.

Verifica-se do extrato de fls. 239 que, em julho de 2010, havia um saldo positivo de R$150,00 (cento e cinquenta reais) na conta corrente da autora. Em agosto de 2010 houve movimentação na aludida conta, com depósito de verba salarial, transferência e saque, restando um saldo de R$0,84 (oitenta e quatro centavos) - fls. 240. Em outubro de 2010, houve o depósito de verba salarial, na importância de R$189,91 (cento e oitenta e nove reais e noventa e um centavos), resultando num saldo positivo de R$190,75 (cento e noventa reais e setenta e cinco centavos) - fls. 241. Em fevereiro de 2011 também houve movimentação na conta corrente em questão, resultando em saldo positivo de R$150,00 (cento e cinquenta reais) - fls. 242.

A partir de então, o banco junta extratos que vão desde maio de 2011 até fevereiro de 2015, que atestam que o saldo tornou-se negativo, no valor apontado inicialmente pela autora (R$1.601,00 - mil, seiscentos e um reais), pela incidência de tarifas sobre o saldo da conta em questão, adentrando, inclusive, no limite do cheque especial (fls. 243/264).

Assim, a cobrança de tarifa, adentrando no limite de cheque especial, por longo período, até resultar em saldo negativo - ainda que não tenha havido o encerramento formal da conta-corrente pelo correntista - atenta contra o princípio da boa-fé, pois o banco deveria ter atentado para o fato de que o cliente deixou de movimentar a conta, ao menos entrando em contato com este.

Assim, em que pese haja norma do Banco Central no sentido de que "todo encargo ou tarifa deve estar previsto no contrato firmado entre a instituição e o cliente ou ter sido o respectivo serviço previamente autorizado ou solicitado pelo cliente ou pelo usuário"[1], a cobrança de encargos sobre conta inativa, ainda que prevista em contrato, pelo período de aproximadamente quatro anos, sem qualquer comunicação ao cliente, resultando em saldo negativo de expressivo valor, vai de encontro ao dever da boa-fé objetiva, consoante estabelece o art.

1 Res. 3.919 de 25 de novembro de 2010.

Acesso ao Sumário

422 do Código Civil[2], evidenciando que o banco apenas se preocupou com os próprios interesses.

Neste sentido, confira-se julgados deste E. Tribunal:

"(...) Outrossim, notando a não movimentação da conta há anos, competia ao Banco-réu, antes de efetuar lançamentos de tarifas e realizar a negativação, procurar o correntista e inteirar-se da razão pela qual a conta nunca foi movimentada e ainda facilitar o seu encerramento, o que não ocorreu. (...)."[3]

"DECLARATÓRIA - Inexigibilidade de débito - Erro do serviço bancário - Cobrança de tarifas referentes a pacote de serviços ocasionando a insuficiência de saldo negativo, com incidência de juros e IOF - Inscrição perante os órgãos de proteção ao crédito - Ademais, dever de suspensão da cobrança de tarifa de pacote de serviços se esta medida gerar saldo devedor na conta corrente, o que se dá com o intuito de evitar a inscrição do nome do cliente junto ao cadastro de inadimplentes - Necessidade de respeito ao Normativo do Sistema Brasileiro de Autorregulação Bancária nº 002/2008 - Descumprimento - Débito declarado inexigível, com a rescisão do contrato de abertura de conta - Dano moral - Inteligência do art. 335 do CPC - Indenização - Valor moderado (R$ 20.000,00) - Condenação do banco requerido no ônus da sucumbência, nos termos da Súmula nº 326 do E. STJ - Recurso provido."[4]

Assim, estão presentes os elementos da responsabilidade civil, sendo que o dano moral é *in re ipsa*, decorrente da própria negativação indevida, gerando indesejável mácula ao bom nome da autora, bem como prejuízos de ordem prática, diante da inviabilidade de se obter crédito no mercado.

O Colendo Superior Tribunal de Justiça tem firmado entendimento no mesmo sentido:

"Entendo, portanto, que há a responsabilidade do réu, porque o dano em situações que tais - isso é pacífico na jurisprudência - dispensa a prova da sua ocorrência, pela natural suposição de que com a negativação do nome, os prejuízos à moral surgem automaticamente, pela exposição negativa da pessoa na praça onde reside e trabalha."[5]

O valor da indenização a título de danos morais há de ser estabelecido observando-se os critérios da razoabilidade e proporcionalidade, diante das circunstâncias do caso concreto.

A autora pleiteou, inicialmente, indenização por danos morais no

Acesso ao Sumário

2 Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.

3 Trecho extraído da Apelação nº 1016474-78.2014.8.26.0506, 13ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Cauduro Padin, j. em 10 de novembro de 2015.

4 Apelação nº 0015281-50.2011.8.26.0506, 19ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Sebastião Junqueira, j. em 30 de novembro de 2015.

5 STJ - T4 - RECURSO ESPECIAL Nº 943.653 SP, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, j. 13/05/2008, DJe 16/06/2008.

valor correspondente a R$72.400,00 (setenta e dois mil e quatrocentos reais), importância esta que se mostra demasiadamente elevada diante do dano suportado. Explica-se.

Como dito alhures, restou evidenciado que o banco procedeu à indevida inclusão dos dados da autora em cadastros restritivos de crédito, agindo sem a necessária diligência que se espera em casos como esse.

No entanto, é sabido que a indenização a título de danos morais deve servir aos propósitos de reparação à vítima, punição do ofensor e, também, para desestimular a continuidade do ato ilícito que provocou tais danos.

Não se presta, portanto, ao indevido enriquecimento sem causa daquele que a recebe e, inversamente, ao empobrecimento, também ilícito, de quem a paga.

Nesse sentido:

> "Processo 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."[6]

Dentro do contexto fático apresentado nos autos, pautando-se pelos critérios de equidade, que levam em consideração a posição social da ofendida, o comportamento do ofensor, a repercussão da ofensa e o caráter punitivo da indenização, visando desestimular a prática reiterada de atos da envergadura desses narrados nos autos, considera-se como adequada a fixação da indenização moral, no importe de R$ 8.000,00 (oito mil reais).

Tal montante deverá sofrer atualização monetária a partir da publicação deste acórdão, pela Tabela Prática do TJSP, e ser acrescido de juros moratórios de 1% ao mês desde a citação.

O dano material também é devido, devendo o réu devolver à autora o valor correspondente aos débitos de cobrança de tarifas na conta corrente inativa (considerando-se que, de acordo com o entendimento atual, considera-se inativa a conta não movimentada por mais de seis meses), de forma simples e não em dobro, diante da ausência de prova inabalável do dolo da credora na cobrança em tela, com atualização monetária a partir do ajuizamento da ação e juros de mora de 1% ao mês, desde a citação.

Em razão da sucumbência em maior parte, deverá a recorrida pagar as custas processuais e honorários advocatícios, ora arbitrados em 20% do valor da condenação, consoante o parágrafo 3º do artigo 20 do CPC.

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

6 Terceira Turma - AGA 598700/SP (200400557948) 604242 - Agravo Regimental no Agravo de Instrumento - Relator: Ministro Antonio de Pádua Ribeiro - J. 08/03/2005 - DJ 18/04/2005 - p. 314.

Acesso ao Sumário

Embargos de Declaração

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos de Declaração nº 1003990-27.2015.8.26.0011/50000, da Comarca de São Paulo, em que é embargante PEDRO CARLOS DE OLIVEIRA, é embargada SUL AMÉRICA CIA DE SEGURO SAÚDE.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 4ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Rejeitaram os embargos, anotando-se o prequestionamento. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 32.953)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores NATAN ZELINSCHI DE ARRUDA (Presidente), MAIA DA CUNHA e TEIXEIRA LEITE.

São Paulo, 15 de fevereiro de 2016.

NATAN ZELINSCHI DE ARRUDA, Relator

Ementa: Embargos declaratórios. Alegada contradição acerca de dispositivos legais. Inocorrência. Inconformismo proveniente de resultado desfavorável. Pretensão de rediscussão da matéria que extrapola o objeto do recurso em questão. Caráter infringente configurado. Prequestionamento. Embargos rejeitados, anotando-se o prequestionamento.

VOTO

1. Embargos declaratórios opostos com base no v. acórdão de fls. 338/342 - autos em apenso -, alegando contradição acerca de dispositivos federais e constitucionais, quais sejam, artigo 3º, IV, e 5º, *caput*, da Constituição Federal; artigo 15, §3º, da Lei nº 10.741/03; artigo 15, parágrafo único, da Lei nº 9.656/98; reportando-se, ainda, às Súmulas 98 e 496, do Superior Tribunal de Justiça, e 91 e 100, do TJ/SP. Defende ser inviável a discriminação do idoso nos planos de saúde pela cobrança de valores diferenciados em razão da idade, tendo se reportado a entendimentos jurisprudenciais abrangendo a matéria. Requer, assim, o acolhimento dos embargos, com efeitos infringentes e para fins de prequestionamento.

2. Os embargos são tempestivos, porém não merecem acolhimento.

Acesso ao Sumário

A via recursal dos embargos declaratórios - especialmente quando inocorrentes os pressupostos que justificam a sua adequada utilização - não pode conduzir, sob pena de grave disfunção jurídico-processual dessa modalidade de recurso, à renovação de um julgamento que se efetivou de maneira regular e cujo acórdão não se ressente de qualquer dos vícios da obscuridade, da omissão ou da contradição.

Com efeito, não se mostra viável, no contexto do artigo 535 do Código de Processo Civil, rever a decisão anterior, reexaminando ponto sobre o qual já houve pronunciamento, com inversão do resultado final.

No caso em exame, o v. acórdão embargado foi claro e preciso ao expor os motivos pelos quais entendeu pela improcedência da ação, obstando a pretensão de revisão de valores do plano de saúde.

Assim, constata-se, na verdade, a irresignação da recorrente e a tentativa, aliás, expressa, de emprestar aos embargos de declaração efeitos infringentes, o que é incompatível com a natureza do presente recurso.

Oportunas as transcrições jurisprudenciais:

"*Os embargos de declaração, a teor das disposições do art. 535 do Código de Processo Civil, são inviáveis quando inexiste obscuridade, contradição ou omissão na decisão embargada. 2. Não está o órgão julgador obrigado a responder a todos os argumentos expendidos em embargos declaratórios, como se tal recurso se prestasse para dar solução a uma série de questões arguidas pela parte recorrente que, sem demonstrar a presença dos vícios apontados, visa, simplesmente, à rediscussão do juízo do provimento jurisdicional. 3. O reexame de matéria já decidida, com a finalidade de que sejam conferidos efeitos infringentes ao julgado, é incompatível com a natureza integrativa dos embargos de declaração. 4. Embargos de declaração rejeitados.*" (EDcl no AgRg nos EDcl no CC n.º 87263/RJ. Relator Ministro João Otávio de Noronha. Segunda Seção. J.: 11-05-2011).

"*Embargos de declaração no agravo regimental no agravo de Instrumento. Ausência de omissão, contradição ou obscuridade no Julgado. Embargos rejeitados. Não há no acórdão contradição, obscuridade ou omissão. (...) A embargante pretende, por via oblíqua, ou seja, por intermédio de aclaratórios, com nítido caráter infringente, novo julgamento da demanda e a inversão do 'meritus causae', o que não se coaduna com a medida integrativa. Embargos de declaração rejeitados.*" (EDcl no AgRg no Ag n.º 1.254.695/SC. Relator Ministro César Asfor Rocha. Segunda Turma. J.: 03-05-2011).

Desta forma, o exposto pela embargante caracteriza inconformismo proveniente de resultado desfavorável, contudo, insuficiente para a alteração do

Acesso ao Sumário

julgado nesta sede.

3. No que tange ao prequestionamento, é bom que se diga que o julgador não está obrigado a responder todas as questões das partes, quando já tenha encontrado motivo suficiente para fundar a decisão, nem se obriga a ater-se aos fundamentos indicados por elas e tampouco a responder um a um todos os seus argumentos. Os embargos, neste caso, são inábeis para o objetivado prequestionamento de questões a serem submetidas a outra instância recursal. Prestam-se somente a esclarecer, se existentes, contradições, omissões e obscuridades no julgado, e não para adequar a decisão ao entendimento do embargante. Enfim, mesmo nos embargos de declaração com fim de prequestionamento, devem-se observar os lindes traçados no artigo 535 do Código de Processo Civil (repita-se: obscuridade, contradição ou omissão e, por construção pretoriana integrativa, a hipótese de erro material).

Ademais, não se exige, na matéria, a enumeração de dispositivos legais, conforme entendimento do C. Superior Tribunal de Justiça: "*Não padece de omissão o acórdão recorrido se o Tribunal de origem decide fundamentadamente todas as questões pertinentes à resolução da controvérsia, embora sem adentrar expressamente na análise de dispositivos de lei invocados pelo recorrente, notadamente porque o julgador não está adstrito a decidir com base em teses jurídicas predeterminadas pela parte, bastando que fundamente suas conclusões como entender de Direito.*" (REsp. 1.042.208. RJ. Relatora Ministra Nancy Andrighi. Terceira Turma. J. 26-08-2008).

Sendo o mesmo posicionamento adotado por este E. Tribunal: "*Do mesmo modo, não cabe esse recurso em matéria cível para o Judiciário mencionar qual a lei, ou o artigo dela, ou da Constituição Federal, etc., que esteja a aplicar. Deixar de fazê-lo não é omissão no sentido legal: não existe tal pressuposto para a completude do julgamento cível. Essa subsunção de natureza tópica é assunto para qualquer intérprete. Para a fundamentação do julgado o necessário e suficiente é que se trabalhe mentalmente com os conceitos vigentes contidos no sistema jurídico.*" (Embargos de declaração nº 147.433-1/4-01, São Paulo, 2ª Câmara Civil, citados nos embargos de declaração nº 199.368-1, julgado pela 1ª Câmara, Relator Desembargador Guimarães e Souza).

Outrossim, mediante sua Corte Especial, o C. Superior Tribunal de Justiça também já se pronunciou sobre a desnecessidade da menção expressa aos textos de lei em que se baseia o acórdão, no sentido de que a violação a determinada norma legal ou dissídio sobre sua interpretação, não requer, necessariamente, que tal dispositivo tenha sido expressamente mencionado no v. acórdão do Tribunal de origem. Cuida-se do chamado prequestionamento implícito (cf. EREsp nºs 181.682/PE, 144.844/RS e 155.321/SP).

Isto porque a decisão deve conter fundamento jurídico e não

necessariamente fundamentação legal, a saber: "*Recurso Especial - Ausência de prequestionamento. 1 - Em sede de recurso especial há necessidade do tema apresentado para discussão no juízo qualificado, ser prequestionado, quer implícita, quer explicitamente. 2 - Sem registro precedente nos autos da divergência jurisprudencial defendida como ocorrente, não há condições da matéria ser examinada em grau de recurso extremo. 3 - A atual carta magna, ao prestigiar o duplo grau de jurisdição, mantendo a tradição do nosso ordenamento jurídico a respeito, não abre lugar para que se adote qualquer posição processual que conduza a aceitação de ser suprimida a instância. Em assim sendo, o prequestionamento para o recurso especial, de acordo com os padrões aplicados pela jurisprudência do Colendo Supremo Tribunal Federal, deve continuar a ser exigido como pressuposto de sua admissibilidade, sob pena de se impor, também, surpresa a parte contrária em um dos últimos momentos recursais da ação. 4 - 'Certo é que não se deve exigir o prequestionamento com muito rigor, pois, em casos excepcionalíssimos, especialmente no tocante as questões que possam ser conhecidas por expressa disposição legal, em qualquer tempo ou grau de jurisdição, é de atenuar-se o seu rigor' (Ministro Antônio de Pádua Ribeiro, 'in' Do Recurso Especial para o Superior Tribunal de Justiça), bem como, 'parece-me constituir exagero do formalismo a indicação expressa do artigo de lei, para aperfeiçoar-se o prequestionamento, e a necessidade de oposição de embargos declaratórios, para tornar explícito o que, de modo implícito, está contido no acórdão recorrido' (Ministro Costa Leite, in Recurso Especial: admissibilidade e procedimento). 5 - Recurso especial conhecido.*" (STJ, Recurso Especial nº 294/89-SP, 1ª Turma, Relator Ministro José Delgado) (grifo nosso). No mesmo sentido, o Supremo Tribunal Federal assim se posicionou nos recursos extraordinários nºs: 80.004-SE, 109.817-SP, 75.413-MG.

4. Com base em tais fundamentos, **rejeitam-se os embargos de declaração, anotando-se o prequestionamento.**

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos de Declaração nº 1101932-20.2014.8.26.0100/50000, da Comarca de São Paulo, em que é embargante MICHELE PEREIRA DE AGUIAR, é embargado BANCO GMAC S/A.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 13ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Acolheram os embargos. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que

Acesso ao Sumário

integra este acórdão. **(Voto nº 10153)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores ANA DE LOURDES COUTINHO SILVA DA FONSECA (Presidente) e CAUDURO PADIN.

São Paulo, 19 de fevereiro de 2016.

NELSON JORGE JÚNIOR, Relator

Ementa: EMBARGOS DE DECLARAÇÃO - Alegação de omissão quanto à apreciação do recurso de apelação interposto pela autora - Ocorrência - Acolhimento - Efeito Modificativo Necessidade.

- Imperioso o acolhimento dos embargos de declaração opostos pela apelante para sanar a omissão no Acordão, a fim de apreciar o recurso de apelação interposto pela embargante, ora autora.

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO ACOLHIDOS, SEM EFEITO MODIFICATIVO. RECURSO DE APELAÇÃO IMPROVIDO.

VOTO

Vistos, etc.

Trata-se de embargos de declaração opostos ao Acórdão a fls. 349/354 que, por votação unânime, deu parcial provimento ao recurso da instituição financeira embargada para permitir a cobrança da tarifa de cadastro, além dos demais encargos previstos no contrato para o período de mora.

Nesse tocante, sustenta a embargante a existência de omissão no Aresto impugnado, haja vista que teria impugnado em seu recurso a incidência de juros mensalmente capitalizados. Afirma que os contratos não possuem cláusula autorizativa da capitalização mensal, sendo que, ainda que existissem não teria validade frente ao disposto na Súmula nº 121 do Supremo Tribunal Federal.

Sustenta que a Medida Provisória 2.170-36/00 não pode ser aplicada, visto que a sua aplicabilidade está suspensa em virtude da ADIN 2.316. Por fim, pugna pelo provimento dos presentes embargos de declaração, para que seja reconhecida a indevida prática da capitalização mensal dos juros no contrato de interesse.

É o relatório.

I. Os embargos de declaração tem cabimento nas hipóteses elencadas nos incisos do art. 535 do Código de Processo Civil.

E, no particular, merecem acolhimento, visto que realmente existe omissão

Acesso ao Sumário

no julgado, uma vez que o recurso de apelação apresentado pela embargante a fls.226/266 não foi analisado pelo Acordão embargado, devendo o recurso, desde logo, ser recebido e devidamente apreciado.

Como se vê, o autor voltou-se contra a capitalização de juros, expressamente permitida pela Medida Provisória 2170-36/2001, a qual entende ser inconstitucional.

De fato, a questão pende de julgamento perante o **Supremo Tribunal Federal**, que ainda não decidiu a ação direta de inconstitucionalidade[1] referente a tal norma. E, até eventual decisão em contrário daquela Corte Superior a esse respeito, não cabe a admissão da inconstitucionalidade da capitalização de juros nela prevista.

Como já bem se manifestou o C. **Superior Tribunal de Justiça**, "*até que seja encerrado o julgamento do referido processo, deve prevalecer a* ***presunção de constitucionalidade*** *do art. 5º da MP n. 1.963-17/00, reeditada sob o n. 2.170-36/01, que admite a capitalização mensal de juros nas operações realizadas por instituições financeiras. O princípio da imperatividade assegura a auto-executoriedade das normas jurídicas, dispensando prévia declaração de constitucionalidade pelo Poder Judiciário. Ainda que esta presunção seja* iuris tantum*, a norma só é extirpada do ordenamento com o reconhecimento de sua inconstitucionalidade. E essa questão, na hipótese específica do art. 5º da MP n. 1.963-17/00, ainda não foi resolvida pelo STF, nem mesmo em sede liminar*"[2].

Não fosse isso o bastante, o C. Supremo Tribunal Federal, em ***recente julgado***, concluiu, pela via do controle difuso de constitucionalidade, pela validade da Medida Provisória n° 2.170/01.

> *CONSTITUCIONAL. ART. 5º DA MP 2.170/01. CAPITALIZAÇÃO DE JUROS COM PERIODICIDADE INFERIOR A UM ANO. REQUISITOS NECESSÁRIOS PARA EDIÇÃO DE MEDIDA PROVISÓRIA. SINDICABILIDADE PELO PODER JUDICIÁRIO. ESCRUTÍNIO ESTRITO. AUSÊNCIA, NO CASO, DE ELEMENTOS SUFICIENTES PARA NEGÁ-LOS. RECURSO PROVIDO.*
>
> *1. A jurisprudência da Suprema Corte está consolidada no sentido de que, conquanto os pressupostos para a edição de medidas provisórias se exponham ao controle judicial, o escrutínio a ser feito neste particular tem domínio estrito, justificando-se a invalidação da iniciativa presidencial apenas quando atestada a inexistência cabal de relevância e de urgência.*
>
> *2. Não se pode negar que o tema tratado pelo art. 5º da MP 2.170/01 é relevante, porquanto o tratamento normativo dos juros é matéria extremamente sensível para a estruturação do sistema bancário, e, consequentemente, para assegurar estabilidade à dinâmica da vida*

Acesso ao Sumário

1 ADI n. 2.316-1/DF, Rel. Min. Sydney Sanches.

2 REsp. n. 1.061.530/RS, Rel. Min. Nancy Andrighi, Segunda Seção, j. 22.10.2008.

econômica do país.

3. Por outro lado, a urgência para a edição do ato também não pode ser rechaçada, ainda mais em se considerando que, para tal, seria indispensável fazer juízo sobre a realidade econômica existente à época, ou seja, há quinze anos passados.

4. Recurso extraordinário provido. (Recurso Extraordinário n° 592.377 - Relator para o Acórdão - Ministro Teori Zavascki - j. 4/2/2015)

Acrescente-se ainda que a declaração de inconstitucionalidade pleiteada já foi rejeitada, por unanimidade, por este E. **Tribunal de Justiça** na Arguição de Inconstitucionalidade n. 0128514-88.2011.8.26.0000, relatada pelo E. **Desembargador Renato Nalini**, de modo que fica afastada a pretensão da apelante a esse respeito.

II. Superada a questão acima exposta, no que tange à capitalização de juros, a questão não deve ser apreciada à luz da Medida Provisória n. 1.963-17/2000, mas da Lei n. 10.931/2004, que trata especificamente desta modalidade de financiamento.

O artigo 28, parágrafo § 1º, inciso I, da referida norma permite a pactuação na Cédula de Crédito Bancário dos juros sobre a dívida, capitalizados ou não, os critérios de sua incidência e, se for o caso, a periodicidade de sua capitalização.

Nesse sentido, O **Superior Tribunal de Justiça** pacificou o entendimento, por meio da edição da **Súmula nº 541**, de que a previsão no contrato bancário de taxa de juros anual superior ao duodécuplo da mensal é suficiente para demonstrar a capitalização dos juros, de modo a permitir sua cobrança da taxa anual contratada, sem que haja necessidade de cláusula expressa nesse sentido. Vale a transcrição dos termos que constaram da ementa, *in verbis*:

A previsão no contrato bancário de taxa de juros anual superior ao duodécuplo da mensal é suficiente para permitir a cobrança da taxa efetiva anual contratada.

O contrato de que se cuida prevê que a taxa de juros efetiva mensal será de 1,89%. Todavia, a taxa anual prevista na avença é de 25,1926%, fazendo prova inequívoca da prática de juros mensalmente capitalizados, de modo que a capitalização está clara no contrato de interesse, e, portanto, deve ser mantida nos exatos termos pactuados (cf. fls.41).

De tal modo, restou demonstrado que a capitalização estava expressa no título, em obediência com o que prevê o artigo 28, § 1º, inciso I, da Lei n. 10.931/2004, que autoriza a capitalização dos juros em periodicidade inferior a um ano nesse tipo de operação.

III. Ante o exposto, **acolhem-se** os embargos de declaração a fim sanar a omissão do acordão, julgando-se improvido o recurso interposto pela embargante.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos de Declaração nº 2025111- 93.2016.8.26.0000/50001, da Comarca de São Paulo, em que é embargante HOSPITAL ALEMÃO OSWALDO CRUZ, é embargada UNIMED PAULISTANA SOCIEDADE COOPERATIVA DE TRABALHO MÉDICO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 14ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Rejeitaram os embargos. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 20692)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores MAURÍCIO PESSOA (Presidente) e THIAGO DE SIQUEIRA.

São Paulo, 8 de abril de 2016.

CARLOS ABRÃO, Relator

Ementa: EMBARGOS DECLARATÓRIOS - NENHUMA HIPÓTESE DO ART. 1.022 DO CPC - CONOTAÇÃO INFRINGENTE - IMPOSSIBILIDADE - PRINCÍPIO DO ARRASTAMENTO - TETO DA REMUNERAÇÃO HONORÁRIA - MATÉRIA PACIFICADA - RECURSO QUE BANHA A MÁ-FÉ PROCESSUAL - INTERESSE EXCLUSIVO DE DISCUSSÃO DE VERBA HONORÁRIA SEM A ESTABILIZAÇÃO DA RELAÇÃO JURÍDICA PROCESSUAL - ADVERTÊNCIA - EMBARGOS REJEITADOS.

VOTO

1- São declaratórios tempestivos acoimando de omissa e contraditória a r. decisão colegiada a qual, com recomendação, negou provimento ao agravo interno, desafia rosário absolutamente inócuo, repleto de catilinárias, a fim de desenvolver seu interesse em verba honorária, faz prequestionamento, invoca Súmula 98 do STJ, aguarda acolhimento (fls. 01/05).

2- Recurso comporta conhecimento.

3- **É O RELATÓRIO**.

Rejeitam-se os declaratórios.

Crucial assinalar que a executada, segundo dados do órgão regulador, apresenta endividamento em torno de um bilhão de reais.

Acesso ao Sumário

Esses informes da ANS, por si só, seriam suficientes para amainar o espírito de querer receber verba honorária, se nem ao menos existe certeza quanto ao crédito buscado na demanda, em função do quadro de credores.

Fixado esse raciocínio, nenhum efeito infringente se reconhece, muito menos prequestionamento, avançando a ilustre banca para se assegurar, ao invés de buscar, em relação ao mandato outorgado, os lídimos interesses do hospital credor.

A questão menor, paralela da verba honorária, pode sim sofrer, pelo princípio do arrastamento a globalização remuneratória, daí porque os dispositivos normativos não representam uma desintegração fático-temporal, mas sim uma sinalização se eventualmente os embargos não forem prosperar.

O juízo estabeleceu verba honorária bem menor, de R$ 50.000,0, elevada para 1%, sendo 0,5% para cada etapa da execução e dos embargos, daí porque a insistência dos advogados, além de inócua, revela-se altamente complexa, isto porque se afiguram diminutas as chances, dado o tamanho do passivo, de receberem algo, exceto por meio do concurso, enfileirando-se com os milhares de credores trabalhistas, previdenciários e tributários, os quais reúnem preferência.

Isso posto, pelo meu voto, **REJEITO** os declaratórios.

Embargos Infringentes

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos Infringentes nº 0068556-31.2012.8.26.0100/50000, da Comarca de São Paulo, em que são embargantes NISSIM OURFALI (MENOR(ES) REPRESENTADO(S)) e KAREN RAQUEL CHAMMAH OURFALI, é embargado FACEBOOK SERVIÇOS ONLINE DO BRASIL LTDA.

ACORDAM, em 2ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Por maioria de votos, acolheram parcialmente os embargos infringentes, contra o voto do 3º juiz. Sustentou oralmente o Dr. Julio Gonzaga Neves.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 23582)**

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

São Paulo, 15 de março de 2016.

JOSÉ JOAQUIM DOS SANTOS, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: Embargos Infringentes - Obrigação de Fazer - Remoção de página de internet - Descumprimento de determinação judicial - Inocorrência - Identificação de página por força de petição apresentada em momento posterior à concessão da tutela antecipada - Imposição de multa por suposta recalcitrância em atender a determinação judicial que se mostra injustificada.

Exclusão de novas páginas - Cabível a determinação de remoção de novas páginas criadas a partir da indevida utilização do nome completo ou imagem do embargante - Determinação que não implica censura prévia, mas controle posterior de conteúdo - Retirada de dados inseridos por terceiros em *site* de Internet administrado pela embargada dar-se-á mediante solicitação do próprio embargante - Eventual exclusão do conteúdo que ficará condicionada à verificação pela embargada da utilização indevida do nome completo ou imagem do embargante - Reconhecimento, pela própria embargada, da possibilidade de retirada de conteúdo do *site* através de ferramenta administrativa disponibilizada por usuários - Ausência de oposição quanto ao prazo de vinte e quatro horas estabelecido para o cumprimento do comando - Procedência do pedido que não implica impor ao provedor de hospedagem de conteúdo na *internet* a obrigação de juízo de valor sobre o conteúdo inserido pelos seus usuários para o fim de considerá-lo ofensivo ou não - Existência de critérios objetivos para se aferir a inadequação do conteúdo, qual seja, a verificação do uso indevido do nome ou imagem do embargante - Alegação de que a medida resta inviabilizada em razão da semelhança entre o primeiro nome do embargante Nissim Ourfali e os nomes das empresas - Nissin Miojo e Nissim Kogyo que beira as raias da litigância de má-fé, não se vislumbrando qualquer possibilidade de confusão com as páginas das empresas mencionadas - Embargos infringentes parcialmente acolhidos.

Acesso ao Sumário

VOTO

Cuida-se de embargos infringentes que objetivam a preponderância do respeitável voto minoritário do Desembargador José Carlos Ferreira Alves.

Esta colenda Câmara, por maioria de votos, entendeu por bem negar provimento ao recurso do autor e dar provimento ao do réu, para determinar a manutenção de conteúdo não ofensivo de página integrante da rede social Facebook, bem como para afastar a pretensão de proibição de criação de novas contas no *site*, por entender que tal prática configuraria censura prévia.

Sustenta o embargante que, com razão, o r. pronunciamento minoritário decidiu pela procedência da ação, ao argumento de que restou descumprida a determinação judicial de remoção da URL "Nissim Ourfali - Ensinamentos do Nissim", referente a página que se utiliza indevidamente do nome completo do embargante. Ainda, aduz que cabível a exclusão de eventuais novas URL's criadas no *site* Facebook contendo o nome ou imagem do embargante Nissim Ourfali mediante comunicação pelo embargante acerca de sua existência (fls. 521/536).

Os embargados ofereceram contrarrazões aos embargos infringentes (fls. 541/573).

A douta Procuradoria Geral de Justiça ofertou parecer a fls. 582/584, opinando pelo não conhecimento dos embargos infringentes ou, alternativamente, pela manutenção do acórdão embargado.

Embargos recebidos e processados (fl. 586).

É o relatório.

Os embargos estão em vias de parcial acolhimento.

Inicialmente, de se afastar a alegação de descumprimento de determinação judicial estabelecida em sede de antecipação de tutela (fls. 46/47).

Da leitura dos autos, extrai-se que a referida decisão efetivamente deferiu o pedido de antecipação dos efeitos da tutela para determinar a exclusão da rede social Facebook todas as páginas falsas constantes de endereços apontados pelo autor, bem como para impedir a criação de novos perfis falsos e/ou a recriação dos perfis excluídos, mantendo-se apenas a o verdadeiro perfil criado em nome do embargante.

Todavia, verifica-se que a embargada interpôs recurso de agravo de instrumento daquela decisão (fls. 159/176), ao argumento de que não há obrigação legal de monitoramento ou moderação do conteúdo hospedado em seu *site*, sobrevindo decisão desta colenda 2ª Câmara de Direito Privado que julgou procedente o recurso.

Assim, no tocante à página "Nissim Ourfali - Ensinamentos do Nissim" (endereço eletrônico constante no texto original), identificada somente a fl. 150,

Acesso ao Sumário

por força de petição apresentada em momento posterior à concessão da tutela (fls. 134/143), não se vislumbra a ocorrência de descumprimento da obrigação fixada, não se justificando, pois, a imposição de multa por suposta recalcitrância da embargada em atender a determinação judicial.

No que concerne à exclusão de eventuais novas páginas criadas no *site* Facebook, os embargos estão em vias de acolhimento.

Respeitado o entendimento do r. pronunciamento majoritário, cabível a determinação de remoção de novas páginas criadas a partir da indevida utilização do nome completo ou imagem do embargante, no prazo de vinte e quatro horas, a contar da comunicação de sua existência pelo próprio embargante, nos termos do que havia sido pleiteado na inicial (fl. 17).

Anote-se por oportuno, que tal determinação não implica censura prévia, mas controle posterior de conteúdo, tendo em vista que se trata de retirada dos dados inseridos por terceiros no *site* de *Internet* administrado pela embargada mediante solicitação do próprio embargante. Ademais, eventual exclusão do conteúdo ficará condicionada à verificação pela embargada da utilização indevida do nome completo ou imagem do embargante.

Outrossim, há que se ressaltar que a própria embargada reconheceu nas razões do recurso de agravo de instrumento por ela interposto a possibilidade de retirada de conteúdo do *site* através da ferramenta administrativa disponibilizada aos usuários, informando que a embargada *"(...) demonstrou satisfatoriamente a possibilidade de se atender a antecipação de tutela a partir de simples providência do Agravado ('alerta') se eventualmente identificar quaisquer outras contas ('perfis') que usem o seu nome e a sua imagem"*.

Logo, em vista do reconhecimento da viabilidade de exclusão de conteúdo mediante solicitação do usuário e não havendo oposição quanto ao prazo de vinte e quatro horas estabelecido para o cumprimento do comando, nenhum óbice resta à manutenção da condenação imposta à embargada pela r. sentença consistente "*(...) na obrigação de excluir nova 'URL' que utilize o nome e/ou imagem do autor, no prazo de 24 horas, a contar de sua comunicação, pelo autor, acerca da 'URL' indevida (...)"* (fl. 280).

Nem se alegue que a procedência do pedido implicará impor ao provedor de hospedagem de conteúdo na *internet* a obrigação de fazer juízo de valor sobre conteúdo inserido pelos seus usuários para o fim de considerá-lo ofensivo ou não, tendo em vista que a decisão judicial estabeleceu critérios objetivos para se aferir a inadequação do conteúdo, qual seja, a verificação do uso indevido do nome ou imagem do embargante.

Neste aspecto, beira as raias da litigância de má-fé a alegação da embargada no sentido de que a medida resta inviabilizada em razão da semelhança entre o primeiro nome do embargante Nissim Ourfali e os nomes das empresas Nissin

Acesso ao Sumário

Miojo, que comercializa macarrão instantâneo, e Nissin Kogyo, fabricante de freios de veículos automotores, porquanto somente determinada a remoção de páginas que contenham em seus títulos o nome e sobrenome do embargante, não se vislumbrando qualquer possibilidade de confusão com as páginas das empresas mencionadas.

Por todo o exposto, acolhem-se parcialmente os embargos infringentes.

Mandados de Segurança

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Mandado de Segurança nº 2152292-14.2015.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é impetrante SERGIO ARTUR DE ANDRADE (ESPÓLIO), é impetrado EXMO. SR. DES. RELATOR DA 21ª CAMARA DE DIREITO PRIVADO.

ACORDAM, em 11º Grupo de Direito Privado 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 22.017)**

O julgamento teve a participação dos Exmo. Desembargadores SILVEIRA PAULILO (Presidente sem voto), ALBERTO GOSSON, CAMPOS MELLO, MATHEUS FONTES, ITAMAR GAINO, VIRGILIO DE OLIVEIRA JUNIOR e ROBERTO MAC CRACKEN.

São Paulo, 10 de março de 2016.

SÉRGIO RUI, Relator

Ementa: Mandado de segurança. Impetração contra V. Acórdão, da relatoria de integrante da C. 21ª Câmara de Direito Privado. Descabimento de mandado de segurança contra ato judicial passível de recurso ou correição, simultâneo à interposição do recurso cabível ou para atacar decisão transitada em julgado. Recurso especial já interposto. Inteligência das Súmulas 267 do STF. Denegação.

Mandado de segurança. Ausência de direito líquido e certo a proteger o impetrante. Pretensão ao cumprimento da sentença proferida que não prospera, porque o processo principal foi extinto com fulcro no

Acesso ao Sumário

artigo 794, inciso I, do CPC. Segurança denegada.

VOTO

Trata-se de mandado de segurança impetrado pelo espólio de Sergio Artur de Andrade em face de ato do Excelentíssimo Senhor Desembargador Wellington Maia da Rocha, integrante da Colenda 21ª Câmara de Direito Privado deste Egrégio Tribunal de Justiça, consubstanciado no V. Acórdão publicado em 9/4/2015, o qual teria violado a forma de execução de multa prevista em r. sentença transitada em julgado, bem como os ditames do artigo 475-B, parágrafo 2º, do Código de Processo Civil (fls. 111-112 e 114).

Sustenta o impetrante, em suma, ser de rigor (i) a tramitação especial ao feito, pois a inventariante é pessoa idosa, (ii) que o ato impugnado seja anulado, por ter violado a forma de execução da multa prevista na sentença judicial já transitada em julgado, bem como expressa previsão de lei - artigo 475-B, parágrafo 2º, do Código de Processo Civil -, (iii) a imediata execução das "astreintes" descritas na planilha de cálculo, somando-se as multas diárias impostas na r. sentença transitada em julgado, uma vez que ausente impugnação por parte do executado.

É o relatório.

Foi ajuizada ação de obrigação de fazer em face do Banco Santander S/A para encerramento de conta bancária de titularidade do **de cujus**, Sergio Artur de Andrade - processo nº 0020177-69.2011.8.26.0011, em trâmite perante a 3ª Vara Cível do Foro Regional de Pinheiros da Comarca de São Paulo. Devidamente citada para a demanda, a instituição financeira quedou-se inerte. Proferida r. sentença, os pedidos foram julgados procedentes para que o Banco Santander encerrasse definitivamente a conta bancária objeto da ação, sob pena de incidência de multa diária de R$ 300,00 (trezentos reais) em caso de descumprimento. Também sob pena de multa diária nesse mesmo valor, a instituição bancária foi condenada a excluir imediatamente os dados do **de cujus** dos órgãos de proteção ao crédito. Pelo atraso no cumprimento da r. sentença de mérito, por parte do Banco Santander, o espólio executou as multas acima mencionadas e levantou o valor que, à época, lhe era devido. Requerida a extinção da demanda, os autos foram arquivados. Transcorridos alguns meses, tal instituição financeira voltou a incluir indevidamente os dados do **de cujus** em órgãos de proteção ao crédito, em razão de supostos débitos na mesma conta bancária, que deveria estar encerrada. Por tal razão, requereu-se o desarquivamento dos autos e, diante do atraso no cumprimento integral das obrigações de fazer por parte da instituição financeira, o espólio acostou aos autos nova planilha de cálculo, executando-se as multas impostas na r. sentença de mérito.

Acesso ao Sumário

Devidamente intimado a se manifestar acerca da planilha de cálculo acostada pelo espólio, nos termos do artigo 475-B, parágrafo 2º, do Código de Processo Civil, o Banco Santander manteve-se inerte. O douto magistrado de primeiro grau de jurisdição indeferiu a planilha de cálculo acostada e substituiu a obrigação da fazer por diligência. No entanto, o ora impetrante entendeu que o douto magistrado **a quo** não se atentara para o fato de que as obrigações de fazer impostas na r. sentença haviam sido cumpridas pelo Banco Santander, embora com grande atraso.

Interposto recurso de agravo de instrumento, distribuído ao digníssimo desembargador Exmo. Dr. Wellington Maia da Rocha, membro da Colenda 21ª Câmara de Direito Privado do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, foi proferida r. decisão monocrática negando seguimento ao recurso, sob a alegação de que o juízo **a quo** havia se retratado (fls. 77). Porém, em juízo de retratação, o recurso foi apreciado pela 21ª Câmara de Direito Privado, que lhe negou provimento à unanimidade (fls. 86-92).

Informa o impetrante que, contrariamente ao decidido, em momento algum pleiteou-se a imposição de nova multa, mas tão-somente a execução de multa imposta na r. sentença de mérito. Por tal razão, foram opostos embargos de declaração com o intuito de sanar mais um equívoco. Alega-se que a autoridade impetrada perpetuou o vício apontado, razão pela qual foi interposto recurso especial em face do V. Acórdão. Receoso quanto ao rigor na admissão de seu recurso especial, e estando prestes a findar o prazo para impetração de mandado de segurança, optou o espólio por impetrar o presente **mandamus**.

A digna Autoridade impetrada prestou as informações solicitadas (fls. 136-137).

A douta Procuradoria Geral de Justiça entendeu ausentes os requisitos necessários para sua intervenção no presente caso (fls. 139-143).

É o relatório.

De acordo com o disposto no artigo 5°, inciso II, da Lei 12.016/2009, não se concederá mandado de segurança quando se tratar de decisão judicial da qual caiba recurso com efeito suspensivo. A disposição legal expressa encontra confirmação no enunciado da Súmula 267 do Colendo Supremo Tribunal Federal, segundo o qual "não cabe mandado de segurança contra ato judicial passível de recurso ou correição".

No presente caso, o impetrante interpôs o recurso especial adequado à espécie, mas, temeroso de sua admissibilidade, achou por bem impetrar o presente **mandamus** paralelamente, o que se afigura incabível.

No entendimento de Theotonio Negrão **et. all.**, "inadmissível a impetração de segurança sob os mesmos fundamentos e simultaneamente com os **recursos extraordinários**. Quando o tribunal de segundo grau profere o seu julgamento,

cuja decisão fica sujeita à jurisdição de outro tribunal, encerra-se a sua função jurisdicional, não lhe sendo lícito pronunciar-se sobre matéria sobre a qual não tem mais competência (STJ-4ª T., RMS 1.008, Min. Sálvio de Figueiredo, j. 8.10.91, DJU 25.11.91)" (**in** Código de processo civil e legislação processual em vigor, 43ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2011, nota 11 ao art. 5º da Lei nº 12.016/2009, p. 1.757 - o grifo consta do original).

Mas, se o **mandamus** não é, por sua própria natureza, sucedâneo do recurso cabível, inviável a sua concessão a esta altura.

Ainda que fosse possível o exercício do mandado de segurança, não está presente o direito líquido e certo alegado pelo impetrante.

Insurge-se o impetrante alegando descumprimento da r. sentença, insistindo no fato de que não busca a imposição de nova multa em razão do descumprimento noticiado, mas sim, o recebimento da multa diária incluída na r. sentença - não juntada aos autos.

A V. decisão objeto do presente mandado de segurança esclareceu que, iniciada a fase de cumprimento de sentença - e em razão da inércia do executado - procedeu-se ao bloqueio de numerário, pertencente ao banco, via BACENJUD. Requerida a extinção da demanda pela instituição bancária, sobreveio seu arquivamento (fls. 86-92).

Compulsando os documentos acostados a estes autos, verifica-se que na parte dispositiva da r. sentença - não digitalizada - restou prevista a incidência de multa diária de R$ 300,00 para o caso de inadimplemento, pelo Banco Santander, tanto da obrigação de fazer consistente em encerrar definitivamente a conta-corrente n. 0086-92050891-2, de titularidade de Sérgio Artur de Andrade, quanto de excluir o nome do falecido de todos os órgãos de proteção ao crédito (fls. 46). Anotada a fase executiva e determinado o pagamento do valor atualizado da condenação (fls. 47), seguiu-se r. decisão nos seguintes termos: "diante do noticiado nos autos, julgo, por sentença, EXTINTO o presente processo, nos termos do artigo 794, inciso I, do Código de Processo Civil. Expeça-se guia do valor bloqueado em fls. 179" (fls. 50). Observe-se que nenhuma das peças mencionadas acima foi encartada a estes autos. De qualquer maneira, consta recibo de protocolo de bloqueio de valores da ordem de R$ 67.883,17 em nome do exequente Sergio Artur de Andrade (fls. 52), donde se conclui ter sido a ação principal extinta pelo pagamento.

Assim, se o impetrante busca apenas "a execução da multa já imposta na r. sentença de mérito" (**sic**) (fls. 3), ao que tudo indica, falece-lhe direito líquido e certo.

Por tudo, a jurisprudência:

Mandado de segurança - Impetração contra acórdão proferido pela Câmara Especial de Presidentes do Tribunal de Justiça que, negando

Acesso ao Sumário

provimento a agravo regimental, mantém decisão da Presidência da Seção de Direito Privado que negou seguimento a agravo de instrumento de despacho denegatório de recurso especial - Denegação, porque não cabe mandado de segurança contra ato judicial passível de recurso ou correição (Súmula 267 do S.T.F), muito menos para substituir recurso de que não se utilizou o impetrante, nem também cabe a ação extrema para atacar decisão transitada em julgado (Súmula 268). **Mandado de segurança** - Ausência, ademais, de direito líquido e certo e proteger - Decisão objetivada pelo mandamus, acertada, porque efetivamente assentada em que o acórdão contra o qual interposto recurso especial decidiu em conformidade com a jurisprudência sedimentada no Superior Tribunal de Justiça, a justificar a negativa de seguimento do recurso especial. Segurança denegada (Órgão Especial; Mandado de Segurança 2128289-92.2015.8.26.0000/São Paulo; Relator: João Carlos Saletti; julg. em 26/8/2015; V.U. - **in** "site" do Tribunal de Justiça de São Paulo).

Mandado de segurança. Impetração contra decisão que determinou o retorno à origem, de agravo de instrumento interposto contra a denegação de seguimento de recurso extraordinário. 1. O mandado de segurança não é sucedâneo de recurso (Súmula 267, do STF). 2. Mesmo não sendo, a rigor, caso de conhecimento da impetração, dela se conhece apenas para se afirmar do acerto da respeitável decisão combatida, que se limitou a determinar a remessa de recurso findo à origem. 3. A ausência de erro na subsunção da matéria originária (exame da constitucionalidade da instituição de taxa de coleta de lixo no município de Sorocaba) ao leading case retratado pelo RE 576.321/SP, não justifica a impetração de mandado de segurança, até porque a mera adoção de entendimento diverso daquele pretendido pela parte não se traduz em comando capaz de ofender propalado direito líquido e certo. 4. Denegaram a segurança, cassada a liminar deferida (Órgão Especial; Mandado de Segurança 2068405-69.2014.8.26.0000/Sorocaba; Relator: Vanderci Álvares; julg. em 1º/10/2014; V.U. in "site" do Tribunal de Justiça de São Paulo).

Por tais razões, denega-se a segurança.

Acesso ao Sumário

Reclamações

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Reclamação nº 2219712-36.2015.8.26.0000, da Comarca de São Bernardo do Campo, em que é reclamante TINTO HOLDING LTDA., é reclamado MM JUIZ DE DIREITO DA 7ª VARA CÍVEL DE SÃO BERNARDO DO CAMPO.

ACORDAM, em 24ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça

de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Julgaram improcedente. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 26006)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PLINIO NOVAES DE ANDRADE JÚNIOR (Presidente) e LUCILA TOLEDO.

São Paulo, 31 de março de 2016.

SALLES VIEIRA, Relator

Ementa: RECLAMAÇÃO - AUTORIDADE DE ACÓRDÃO - Decisão do MM. Juiz "a quo" que não desrespeitou a autoridade do v. acórdão proferido por este E. TJSP - Acórdão que havia determinado a suspensão da ação executiva, limitada ao prazo ânuo, previsto no art. 265, §5º, do CPC - Ultrapassado referido prazo, correta a determinação do juiz quanto ao prosseguimento da execução - Impossibilidade de se aferir o desacerto ou acerto de decisões interlocutórias posteriores, as quais, inclusive, já foram objeto de recurso apropriado - Reclamação improcedente.

VOTO

Trata-se de Reclamação proposta pela coexecutada, Tinto Holding Ltda., com fundamento nos arts. 195 a 199 do Regimento Interno deste E. TJSP, a fim de assegurar a autoridade da superior decisão proferida por esta C. 24ª Câmara de Direito Privado, nos autos do Agravo de Instrumento nº 0202957-73.2012.8.26.0000, julgado em 08.08.2013.

Sustenta a reclamante que restou reconhecido naquele v. acórdão, as seguintes premissas: a) a interessada BASF foi substituída no polo ativo da execução, pela cessionária Tinto, por ter cedido seu crédito à ora reclamante, por meio de contrato de compra e venda de estabelecimento comercial; b) a existência de relação de prejudicialidade externa, entre a ação de resolução contratual e ação de execução de título extrajudicial, posto que a solução da lide contratual "*implicará em eventual invalidade da cessão de créditos levada a efeito*"; e, c) ainda não se operou a resolução contratual, sendo necessário aguardar a resolução da lide principal, antes de se deferir eventual retomada de polo ativo da execução pela BASF. Alega que os comandos acima vêm sendo reiteradamente desrespeitados pelo d. Juízo da 7ª Vara Cível da Comarca de São Bernardo do Campo/SP, na condução da ação executiva, tanto é que vem permitindo à BASF, ocupar o polo ativo da execução, e praticar diversos atos como credora, contra a reclamante, como se a cessão de crédito já tivesse sido desconstituída, o que não é verdade. Pleiteia, em sede de liminar, a suspensão

Acesso ao Sumário

da execução, com relação a todos os coexecutados, a fim de que não sejam praticados atos que permitam a retomada da BASF ao polo ativo da execução. Requer, por fim, que se digne restaurar a autoridade do v. acórdão, proferido por esta C. 24ª Câmara de Direito Privado, nos autos do Agravo de Instrumento nº 0202957-73.2012.8.26.0000, tornando definitiva a liminar concedida.

A reclamação foi processada com o deferimento da liminar pretendida, nos termos do art. 198 do Regimento Interno deste E. TJSP (fls. 331/334).

Vieram informações do MM. Juiz "a quo" da 7ª Vara Cível da Comarca de São Bernardo do Campo/SP (fls. 342/345); assim como informações do eminente desembargador L. B. Giffoni Ferreira (fls. 346/347), da C. 2ª Câmara de Direito Privado, onde tramita outra reclamação, apresentada pela mesma parte.

A interessada BASF S/A manifestou-se acerca da reclamação apresentada, requerendo a reconsideração da r. decisão de fls. 331/334

É o relatório.

Inicialmente, fica prejudicado o pedido de reconsideração formulado pela parte interessada, em razão do julgamento de mérito da reclamação.

Infundada a reclamação, a qual tem, em verdade, a pretensão de reformar as respeitáveis decisões interlocutórias proferidas pelo MM. Juiz "a quo" de 1ª instância, nos autos da ação executiva.

Isto porque, nos autos do Agravo de Instrumento nº 0202957-73.2012.8.26.0000, julgado aos 08.08.2013, restou decidido o seguinte, por esta C. Turma Julgadora (fls. 19/23):

> *"**EXECUÇÃO - SUSPENSÃO - PREJUDICIALIDADE EXTERNA** - Reconhecida a existência de prejudicialidade externa, referente a eventual invalidade da cessão de créditos levada a efeito entre as partes - Questão 'sub judice', nos autos de ação de resolução contratual - Impossibilidade, antes do julgamento da referida ação, de definição acerca de quem deve ocupar os pólos ativo e passivo da lide - Manutenção da suspensão da execução, que, entretanto, não poderá exceder o prazo de um ano - Agravo improvido, com observação"*

Ocorre que, posteriormente a referido agravo de instrumento, vários outros foram interpostos, tais como os nºs 099853-60.2014, 2128193-14.2014, 2163645-85.2014, 2160612-53.2015, 2139938-54.2015 e 2211047-31.2015.

Em resumo, referidos agravos sempre traziam à tona, além de outras questões periféricas, a problemática relativa à suspensão da execução, a qual, no entanto, foi limitada ao prazo ânuo, conforme visto da ementa acima transcrita.

Findo este prazo, o juiz determinou, corretamente, o prosseguimento da execução, conforme determina o art. 265, §5º, do CPC.

Acesso ao Sumário

Ou seja, por mais que os agravos de instrumento posteriormente interpostos, tenham obtido eventual efeito suspensivo ou ativo, a execução, via de regra, tinha autorização judicial deste E. TJSP, para prosseguir normalmente.

Desta forma, contrariamente às alegações da reclamante, não ocorreu desobediência ou descumprimento ao v. acórdão proferido por esta C. 24ª Câmara de Direito Privado, nos autos do Agravo de Instrumento nº 0202957-73.2012.8.26.0000, vez que a determinação de suspensão da execução referia-se a todo e qualquer ato de constrição patrimonial, tais como arresto, penhora ou praceamento de bens, e não à citação, determinada pelo MM. Juiz "a quo", na r. decisão xerocopiada às fls. 277/279.

Neste sentido, bem esclareceu o MM. Juiz "a quo", nas informações prestadas às fls. 342/345:

> *"(...) determinou este Juízo, tão somente a expedição de ofícios para que, dos atos deprecados, fossem cumpridos apenas os relativos à citação, dando cumprimento à determinação superior no tocante à abstenção de atos constritivos relativos aos requeridos indicados nas cartas precatórias expedidas".*

Absolutamente infundada, por conseguinte, a alegação constante da presente reclamação, no sentido de que houve descumprimento de acórdão.

Importante destacar, por fim, que a discussão acerca do que se entende por atos de constrição, se somente penhora, avaliação e expropriação de bens, ou também se inclui a simples citação dos executados, já é objeto de outro agravo de instrumento (nº 2211047-31.2015.8.26.0000), tendo referido recurso, inclusive, já sido julgado por esta C. 24ª Câmara de Direito Privado, aos 03.12.2015.

Mesmo que assim não fosse, o objeto da reclamação está delimitado aos lindes traçados no art. 195 do Regimento Interno deste E. TJSP, não permitindo, assim, discussões acerca do acerto ou desacerto quanto ao mérito de decisões interlocutórias, proferidas em 1ª instância.

Demonstrado, por conseguinte, que não houve desrespeito a autoridade de Acórdão emanado do Tribunal "ad quem", não devam ser acolhidas as razões constantes da Reclamação, julgando-se a mesma improcedente.

Acesso ao Sumário

SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO

Agravos de Instrumento

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2154637-50.2015.8.26.0000, da Comarca de Andradina, em que são agravantes MARIA JOSÉ ACIALDI PREVIATTO, BRUNA ACIALDI PREVIATTO e ANDRESSA ACIALDI PREVIATTO, é agravado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 3ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 33.717)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ANTONIO CARLOS MALHEIROS (Presidente sem voto), AMORIM CANTUÁRIA e MARREY UINT.

São Paulo, 16 de fevereiro de 2016.

JOSÉ LUIZ GAVIÃO DE ALMEIDA, Relator

Ementa: Agravo de instrumento contra decisão interlocutória que rejeitou os pedidos para que os herdeiros só respondam até sua cota parte; de excesso da execução e penhora incorreta; e para a suspensão da execução sobre seu imóvel único – Com relação ao excesso da execução e incorreção da penhora nenhuma razão aos agravantes – O valor dos bens penhorados serve para garantia da quitação da execução e o valor conseguido a maior será devolvido aos agravantes – Com relação a responsabilização dos herdeiros na sua cota parte também não tem razão – Admite a lei que o credor possa exigir o pagamento das dívidas liquidas e certas diretamente dos autos do inventário – Não se limita à cota de alguns herdeiros, mas atinge a totalidade de herança – Com relação à suspensão da execução de seu imóvel único, também sem justificativa a reclamação – Exceção à impenhorabilidade do bem

Acesso ao Sumário

de família – O bem não ingressou no patrimônio dos herdeiros que não podem falar em bem de família – Recurso improvido.

VOTO

Trata-se de agravo de instrumento apresentado por **Maria José Acialdi Previatto** e outros contra ato que consideram ilegal do **MM. Juiz de Direito da 3ª Vara Judicial da Comarca de Andradina**, *Dr. Thiago Henrique Teles Lopes*, e consistente em rejeitar pretensão posta nos autos da ação civil pública movida pelo **Ministério Público do Estado de São Paulo.**

Não foram prestadas as informações.

Recurso tempestivo e contrariado a fls. 60.

Parecer da Douta Procuradoria no sentido de dar parcial provimento ao recurso, para excluir da penhora o imóvel registrado com a matrícula número 19.991.

É o relatório.

Trata-se de agravo de instrumento contra decisão interlocutória, trazida a fls. 42, que rejeitou os pedidos de: **a)** excesso da execução e penhora incorreta; **b)** para que os herdeiros só respondam até sua cota parte e; **c)** para a suspensão da execução sobre seu imóvel único. Contra essas decisões é que se tirou o presente recurso.

Com relação ao excesso da execução e incorreção da penhora nenhuma razão aos agravantes.

O excesso não é aparente. Máxime quando se percebe que, em geral, os bens, quando vendidos em oferta pública, não conseguem o preço pelo qual foram avaliados.

Demais disso, no caso dos autos o executado tem uma dívida reconhecida em 1997. Passados 18 anos ainda não a quitou. O valor dos bens penhorados serve para garantia da quitação da execução e o valor conseguido a maior será devolvido aos agravantes.

Com relação a responsabilização dos herdeiros, na sua cota parte, também não têm razão os agravantes.

> Admite a lei que o credor possa exigir o pagamento diretamente dos autos do inventário. Tratando-se de dívidas liquidas e certas, cabe a habilitação nos próprios autos do inventário. Caso não seja reconhecida a dívidas se faz necessário a propositura da ação de cobrança e reserva da quota determinada dos bens da herança. Venosa ressalva que:
>
> A tramitação do inventário não leva à suspensão da demanda de cobrança, e nem a cobrança suspende a ação de inventário. Mas é possível sua

Acesso ao Sumário

suspensão para garantir o direito do credor. Porém, sempre que se controverter a respeito de parte da herança, enquanto não terminada a controvérsia, os bens não devem ser partilhados.[1]

Assim entende Silvio Rodrigues.

...a partilha é feita aos herdeiros na presunção de que os bens partilhados pertencem ao espólio, pois não há mais dívidas. Se, todavia, é o contrário que se verifica, já que o remanesceram débitos a ser resgatados, o dever de resgatá-los transmite aos herdeiros. Estes, em tese, representam a pessoa do finado. A eles se impõe o dever de pagar as dívidas que deviam ser pagas por seu representado.[2]

A responsabilidade pelo pagamento das dívidas do espólio cabe ao acervo deixado pelo *de cujus*, sendo assim, a herança responde pelos débitos, pois a relação obrigacional foi estabelecida pelo *de cujus* quando ainda vivo. Não se limita à cota de alguns herdeiros, mas atinge a totalidade de herança.

Com relação à suspensão da execução do imóvel residencial único, também sem justificativa a reclamação.

Entre os bens jurídicos em discussão – de um lado a preservação da moradia do devedor inadimplente e, de outro, o dever de ressarcir, aos cofres públicos, os prejuízos sofridos indevidamente por alguém em virtude de conduta ilícita apurada –, preferiu o legislador privilegiar o devedor em detrimento do credor, criando exceção à impenhorabilidade do bem de família.

Mas a regra, de exceção, trazida pelo art. 3º VI da Lei n. 8.009/1990, não beneficia o infrator, no caso dos autos o falecido.

A disposição decorreu da necessidade e do dever do infrator de reparar os danos causados à vítima, no caso a municipalidade.

Demais disso não há que se falar em bem de família sobre imóvel que ainda não é dos herdeiros. Antes de ser transmitida a herança os credores devem ser pagos. Com isso o bem não ingressou no patrimônio dos herdeiros que não podem falar em bem de família.

Dessarte nega-se provimento ao agravo de instrumento.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2240072-89.2015.8.26.0000, da Comarca de São José do Rio Preto, em que é agravante CETESB – COMPANHIA AMBIENTAL DO ESTADO DE SÃO PAULO, é agravado MARIA JOSÉ DIAS MARTINS.

1 **Venosa**, Silvio. **Direito Civil**. V.7, pag. 416.

2 **Rodrigues** Silvio. Direito civil – Direito das Sucessões p.332. São Paulo. Saraiva 2003.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 2ª Câmara Reservada ao Meio Ambiente do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Deram provimento ao recurso. V.U., de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 25.268)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores PAULO AYROSA (Presidente sem voto), PAULO ALCIDES e ALVARO PASSOS.

São Paulo, 1 de março de 2016.

VERA ANGRISANI, Relatora

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO. Apelação contra sentença concessiva da ordem em mandado de segurança recebida apenas no efeito devolutivo. Pretensão da agravante ao seu recebimento no duplo efeito. Cabimento. Decisão reformada. Recurso conhecido e provido.

VOTO

Trata-se de agravo de instrumento interposto pela **CETESB – COMPANHIA AMBIENTAL DO ESTADO DE SÃO PAULO** tirado da decisão de fls. 55/56 que, nos autos do mandado de segurança impetrado por **MARIA JOSÉ DIAS MARTINS**, recebeu o recurso da recorrente apenas no efeito devolutivo.

Alega a agravante, em síntese, que a agravada solicitou autorização para o corte de 27 árvores isoladas, o que restou indeferido por meio do Termo de Indeferimento nº 101331/2013, motivado nos termos do artigo 4º da Decisão de Diretoria nº 287/2013/V/C/I. Contudo, assevera que o juízo monocrático concedeu a liminar e segurança declarando autorizada a supressão da vegetação existente no lote n.º 33, quadra A. Afirma existirem graves riscos ao meio ambiente, abrindo-se um precedente perigoso, visto que todos os lotes na mesma situação, cujos proprietários desejarem construir na área, poderão solicitar a supressão de vegetação e, diante do próprio Judiciário ter sido o responsável por tal ato, demandam uma atitude de prudência deste Tribunal, e tornam relevante o fundamento do pedido de suspensão do cumprimento da decisão, nos termos do art. 558, *caput*, do CPC.

Recurso processado com efeito suspensivo (fl. 65). Foram dispensadas as informações do juízo e apresentada resposta da agravada (fls. 70/75). A D. Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo provimento do recurso (fls. 98/101).

É o relatório.

O recurso deve ser conhecido e comporta provimento.

Acesso ao Sumário

Visa a recorrente que sua apelação seja recebida no efeito suspensivo e devolutivo, posto que há dano de difícil reparação, se mantida a sentença concessiva da segurança.

Sabe-se que o artigo 14, § 3º, da Lei nº 12.016/2009, dispõe que a apelação contra sentença concessiva de segurança seja recebida apenas no efeito devolutivo.

Contudo, caso haja uma situação que possa resultar lesão grave ou de difícil reparação, a sistemática processual permite atribuição de efeito suspensivo, como prevê, genericamente, o artigo 558 do CPC, e, especificamente, no artigo 15 da Lei de Mandado de Segurança.

Ora, tem-se que na regra geral do Código de Processo Civil, as hipóteses para a concessão do efeito suspensivo à apelação têm como substrato justamente o objetivo de evitar dano irreparável.

Na presente demanda existe dano irreparável ao meio ambiente, uma vez que há entendimento administrativo consolidado restringindo a possibilidade da supressão de exemplares arbóreos nativos em imóveis rurais, que evidentemente guarda relação direta à preservação da flora nativa, havendo na hipótese concreta dos autos notícia (e isso deverá ser objeto de análise acurada apenas na apelação) de que já teria havido supressão irregular de 35 árvores isoladas (fato descrito no AIA nº 254.551/11, segundo a CETESB) no imóvel de propriedade da agravada, o que justificaria o indeferimento administrativo cassado pela segurança concedida.

Logo, permitir a autoexecutoriedade da sentença apelada colocará em risco de lesão grave (e irrecuperável) a proteção da flora nativa no local, com implicância em direito fundamental à preservação do meio ambiente.

Isto posto, **conhece-se e dá-se provimento** ao recurso.

ACÓRDÃO

Acesso ao Sumário

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2064710-73.2015.8.26.0000, da Comarca de São José do Rio Preto, em que é agravante NILVIA BUCHALLA, são agravados DEPARTAMENTO ESTADUAL DE TRÂNSITO – DETRAN SP e PREFEITURA MUNICIPAL DE SÃO CARLOS.

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 20.351)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores EDSON FERREIRA (Presidente) e J. M. RIBEIRO DE PAULA.

São Paulo, 2 de março de 2016.

OSVALDO DE OLIVEIRA, Relator

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO.

1. Procedimento de cassação do direito de dirigir – Falta de prévia notificação da autuação – Descabimento – Proprietário do veículo que não teve oportunidade de indicar o condutor responsável pela prática da infração de trânsito – Inteligência do artigo 257, § 7º, do Código de Trânsito Brasileiro – Cassação de CNH por vinte e quatro (24) meses – Pena que, em princípio, só pode ser aplicada após a definição do procedimento administrativo, incluindo sua etapa recursal – Precedentes – Determinação de suspensão do procedimento administrativo de cassação – Decisão reformada.

2. Recurso provido.

VOTO

Trata-se de **agravo de instrumento** interposto contra o ato decisório de fls. 100/101, que ***indeferiu o pedido de tutela de urgência***.

A agravante alega (fls. 01/09), em síntese, que o procedimento de cassação de sua CNH deve ser suspenso, uma vez que não foi notificada da autuação, em afronta à orientação da ***Súmula 312/STJ***. A fundamentação utilizada em seu recurso diz respeito a outra autuação.

O recurso foi recebido (fls. 114).

Houve resposta (fls. 119/123).

Informações a fls. 127/129.

É o relatório.

O recurso merece provimento.

Tem razão a agravante.

Em primeiro lugar, é induvidoso que a notificação da autuação encaminhada à agravante foi devolvida sem atingir sua finalidade, isto é, comunicá-la do cometimento da infração de trânsito, inclusive para a indicação do condutor do veículo. É o que demonstram os documentos de fls. 45/46. A agravante, aliás, em sua defesa administrativa, asseverou que o veículo, no dia dos fatos, era conduzido por seu genro, que reside no Município de São Carlos,

Acesso ao Sumário

local da infração.

Portanto, numa primeira análise do tema, parece claro que o procedimento de cassação de sua CNH não teria sido instaurado, caso a agravante tivesse tido oportunidade de indicar o condutor do veículo que teria praticado a infração de trânsito, conforme lhe facultava a regra do artigo 257, § 7º, do Código de Trânsito Brasileiro. Vale lembrar que a instauração do procedimento de cassação teve por fundamento a direção de veículo em período de suspensão de CNH, nos termos do artigo 263, inciso I, do Código de Trânsito Brasileiro (fls. 32/33).

No mais, é sabido que: "**No processo administrativo para imposição de multa de trânsito, são necessárias as notificações da autuação e da aplicação da pena decorrente da infração"** ***(Súmula 312 do E. STJ, PRIMEIRA SEÇÃO, j. 11/05/05, DJ 23/05/05, p. 371)***. Na espécie dos autos, nenhum elemento nos autos indica que o procedimento administrativo respectivo foi aperfeiçoado de maneira adequada, nos limites da lei de regência.

Além disso, não há razão juridicamente válida para restringir o direito de conduzir veículos na pendência de recurso no qual se impugna a legitimidade da autuação e da pena imposta ao motorista faltoso.

In casu, o agravante teve contra si instaurado procedimento de cassação de sua CNH (fls. 32/33), não obtendo êxito em sua primeira defesa (fls. 36/43 e 47/48). Sua CNH, assim, foi cassada por vinte e quatro (24) meses (fls. 47/48). Em sede recursal, interpôs defesa perante a JARI (fls. 52/59), também sem êxito (fls. 61). Novo recurso foi apresentado ao CETRAN, ainda pendente (fls. 141/145).

A suspensão e/ou a cassação do direito de dirigir, como penas, em princípio, só podem ser admitidas após a decisão final e devidamente motivada da autoridade administrativa, incluindo a fase recursal do procedimento. Antes do pronunciamento definitivo sobre a questão, a aplicação das penalidades, aparentemente, mostra-se prematura e precipitada, pois não se pode admitir que a administração, nessas circunstâncias especiais, execute uma pena que não se sabe se irá subsistir.

Acesso ao Sumário

Ilustrativamente: **(1) Apelação cível nº. 619.515.5/7 – Comarca de Mogi das Cruzes – 5ª Câmara de Direito Público B – Relator: Carlos Eduardo Reis de Oliveira – julgado em 30/03/09 – v.u; (2) Apelação cível nº. 861.339.5/4 – Comarca de Marília – 1ª Câmara de Direito Público – Relator: Luís Francisco Cortez – julgado em 24/03/09 – v.u; (3) Apelação cível nº. 853.395.5/5 – Comarca de São Paulo – 5ª Câmara de Direito Público – Relator: Franco Cocuzza – julgado em 23/03/09 – v.u; (4) Apelação cível nº. 846.940.5/7 – Comarca de São Paulo – 1ª Câmara de Direito Público – Relator: Franklin Nogueira – julgado em 10/03/09 – v.u; (5) Apelação cível nº. 828.283.5/6 – Comarca de Matão – 7ª Câmara de Direito Público –**

Relator: Moacir Peres – julgado em 09/03/09 – v.u.

Por conseguinte, considerando que a falta de notificação da autuação, *em tese*, comprometeu o direito subjetivo da agravante de indicar o condutor do veículo automotor responsável pela prática da infração de trânsito, recomenda-se a suspensão do procedimento de cassação.

Enfim, preservado o entendimento do MM. Juiz *a quo*, em sede de cognição sumária, reforma-se o ato decisório impugnado (fls. 100/101) para, ***concedendo-se a tutela de urgência***, determinar a suspensão do procedimento administrativo de cassação objeto da ação, até o julgamento definitivo da pretensão material em tela (fls. 10/26).

É o que se decide.

Posto isso, **dá-se provimento ao recurso.**

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2209068-34.2015.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante MOJSZE FLEJDER, é agravado PREFEITURA DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 6ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 22.206)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores EVARISTO DOS SANTOS (Presidente) e MARIA OLÍVIA ALVES.

São Paulo, 29 de fevereiro de 2016.

REINALDO MILUZZI, Relator

Ementa; TUTELA ANTECIPADA – IMPOSTO DE RENDA – ISENÇÃO – Servidor público do Município de São Paulo acometido por neoplasia maligna – Isenção suspensa em razão de não apresentar o autor sintomas da doença em perícia oficial reavaliatória – Pretensão à suspensão dos descontos na fonte do imposto de renda – Possibilidade – Desnecessidade da contemporaneidade dos sintomas da doença – A restauração de benefício outrora negado não se enquadra aos pleitos atinentes à liberação de recurso, inclusão em folha de pagamento, reclassificação,

Acesso ao Sumário

equiparação, concessão de aumento ou extensão de vantagens a servidores – Precedentes do STJ – Recurso provido.

VOTO

RELATÓRIO.

Trata-se de agravo de instrumento tirado contra a r. decisão reproduzida a fls. 51/52 que, nos autos da ação de rito ordinário ajuizada pelo agravante contra o Município de São Paulo, indeferiu o requerimento de antecipação da tutela.

Sustenta o recorrente, em apertada síntese, que, em hipótese alguma, é possível considerar que seis meses é um extenso prazo temporal para que se possa criar essa relação de confiança entre o jurisdicionado e o seu advogado; que o *periculum in mora* é evidente; que a Lei não contempla nenhuma hipótese que autorize, uma vez feito o diagnóstico, a suspensão do benefício, seja em razão do controle ou mesmo cura da doença; que o artigo 6º da Lei Federal 7.713, de 22 de dezembro de 1988, não faz referência a eventual cura ou controle do quadro clínico; que o entendimento do STJ é no sentido de que os portadores de neoplasia maligna fazem jus à isenção do imposto de renda sobre seus proventos, nos termos do que dispõe o art. 6º, XIV, da Lei 7.713/88, mesmo que não comprovada a persistência dos sintomas da doença.

Recurso tempestivo e preparado.

FUNDAMENTOS.

O autor, servidor aposentado pelo Município de São Paulo, pleiteia o reconhecimento da isenção do imposto de renda, que é retido na fonte, em razão de sofrer de câncer de laringe desde outubro de 2007, com base no inciso XIV do artigo 6º da Lei 7.713/1988.

Requereu a antecipação da tutela para que sejam suspensos imediatamente os descontos efetuados sobre seus proventos de aposentadoria, o que foi indeferido pelo MM. Juiz, razão da insurgência.

Acesso ao Sumário

Respeitado o posicionamento adota pelo Juízo *a quo*, o recurso comporta guarida.

Antes de passar a fundamentar o voto, cabe observar que, embora se trate de pedido de antecipação liminar da tutela jurisdicional, em que a cognição é perfunctória, a hipótese em apreço refere-se a teses há muito debatidas nos Tribunais, as quais podem ser desde já enfrentadas, até para que se evite desnecessária oposição de embargos de declaração, ressalvando, todavia, que o Juízo de primeiro grau, quando da prolação da sentença, não se vincula ao que se passa a decidir.

Como anotado na decisão que recebeu o agravo, o atual posicionamento

do Colendo Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que o benefício de isenção do imposto de renda pode ser confirmado quando a neoplasia maligna for comprovada, independentemente da contemporaneidade dos sintomas da doença:

"TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ISENÇÃO DE IMPOSTO DE RENDA. MOLÉSTIA GRAVE. NEOPLASIA MALIGNA. DEMONSTRAÇÃO DA CONTEMPORANEIDADE DOS SINTOMAS. DESNECESSIDADE. 1. Após a concessão da isenção do imposto de renda sobre os proventos de aposentadoria, pensão ou reforma percebidos por portadores de moléstias graves, nos termos art. 6º, inciso XIV, da Lei 7.713/88, o fato de se constatar a ausência de sintomas da doença não justifica a revogação do benefício isencional, tendo em vista que a finalidade desse benefício é diminuir o sacrifícios dos beneficiários, aliviando-os dos encargos financeiros. Precedentes. 2. Os arts. 6º, XIV, da Lei n. 7.713/88, e 30 da Lei n. 9.250/95, não podem limitar a liberdade que o Código de Processo Civil confere ao magistrado na apreciação e valoração jurídica das provas constantes dos autos, razão pela qual o benefício de isenção do imposto de renda pode ser confirmado quando a neoplasia maligna for comprovada, independentemente da contemporaneidade dos sintomas da doença. Precedentes. 3. Agravo regimental não provido." (AgRg no AREsp 701.863/RS, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 16/06/2015, DJe 23/06/2015)

Impende ainda anotar que o autor também é servidor aposentado da Administração Pública federal, sendo certo que lá obteve a isenção sem o óbice manifestado pelo Município de São Paulo.

Por fim, não se alegue vedação de concessão de tutela antecipada contra o Poder Público.

Nesse sentido, precedente do Colendo Superior Tribunal de Justiça:

"PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DECLARATÓRIOS. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. FAZENDA PÚBLICA. ART. 2º-B DA LEI Nº 9.494/97. ADC-4. SÚMULA 729/STF. RESTABELECIMENTO DE BENEFÍCIO. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES. EMBARGOS REJEITADOS. I – Os embargos de declaração devem atender aos seus requisitos, quais sejam, suprir omissão, contradição ou obscuridade, não havendo qualquer um desses pressupostos, rejeitam-se os mesmos, mormente quando o ponto fulcral da controvérsia reside na insatisfação do ora embargante com o deslinde da controvérsia. II - Em relação à matéria em destaque, cumpre salientar o entendimento sedimentado nesse Superior Tribunal de Justiça que aponta no sentido de que, tratando-se de causas de natureza previdenciária, é possível a antecipação de tutela contra a Fazenda

Acesso ao Sumário

Pública, posicionamento este, em consonância com o Enunciado Sumular nº 729 do Supremo Tribunal Federal. Precedentes. III - Ainda que assim não fosse entendido, milita a favor do ora embargante, o entendimento jurisprudencial desta Corte no sentido de que o art. 2º-B da Lei 9.494/97, deve ser interpretado restritivamente, de modo que a restauração de benefício outrora negado, não se enquadra aos pleitos atinentes a liberação de recurso, inclusão em folha de pagamento, reclassificação, equiparação, concessão de aumento ou extensão de vantagens a servidores. Precedentes. IV - Embargos de declaração rejeitados." (EDcl nos EDcl no AgRg no Ag 701.863/PE, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, julgado em 18/05/2006, DJ 19/06/2006, p. 183).

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

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2190142-05.2015.8.26.0000, da Comarca de Itapetininga, em que é agravante JOSÉ GERALDO FERREIRA, é agravado PREFEITURA MUNICIPAL DE ITAPETININGA.

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 19.341)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores MARIA LAURA TAVARES (Presidente sem voto), FRANCISCO BIANCO e NOGUEIRA DIEFENTHALER.

São Paulo, 2 de março de 2016.

FERMINO MAGNANI FILHO, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: AÇÃO POSSESSÓRIA – Bem público – Posse inexistente – Mera detenção – Bens públicos são insuscetíveis de apossamento, o que fulmina de antemão os seus consequentes reflexos jurídicos, como a pretensão de ressarcimento, pelo erário, por benfeitorias (mesmo as edificadas com presumida boa fé), e a possibilidade de aquisição da propriedade por usucapião. No máximo, reconhece-se sua detenção, mas sempre a título precário, por conta e risco do respectivo detentor – Reflexos da imprescritibilidade

aquisitiva – Precedentes jurisprudenciais – Recurso não provido.

VOTO

Vistos.

Agravo de instrumento interposto por José Geraldo Ferreira contra decisão proferida pelo digno Juízo da 4ª Vara Cível da Comarca de Itapetininga (traslado de fls 108/109) – em ação de reintegração de posse, ajuizada pela Municipalidade local – que, em essência, deferiu liminar e determinou a desocupação imediata de bem imóvel público.

Pedido de reforma assim sumariado: a) o recorrente é portador de patologias que o colocam em situação de extrema vulnerabilidade; b) o Município deve inseri-lo em programa habitacional frente ao dever de efetivar o direito à moradia (fls 1/17).

Processamento com liminar suspensiva (fls 117/118).

O digno Juízo *a quo* prestou informações (fls 136/147).

Agravo respondido (fls 124/129).

É o relatório.

O Município de Itapetininga pede sua reintegração na posse do imóvel identificado como lote 26 da quadra H, do loteamento Jardim São Camilo, objeto da transcrição nº 66.494, naquela Comarca (fls. 35).

Referido imóvel está ilegalmente ocupado por José Geraldo Ferreira. Concedida a liminar para desocupação desse bem público, agravou o réu buscando o efeito suspensivo e, ao final, a reforma da decisão.

Mas agrava sem razão.

Com efeito, parto da premissa de que os bens públicos são insuscetíveis de apossamento – o que fulmina de antemão os seus consequentes reflexos jurídicos, como a pretensão de ressarcimento, pelo erário, por benfeitorias (mesmo as edificadas com presumida boa fé), e a possibilidade de aquisição da propriedade por usucapião[1]. No máximo, reconhece-se sua detenção, mas sempre a título precaríssimo, por conta e risco do respectivo detentor. E neste ponto não há margem para dúvidas.

Já decidiu o Eg. Superior Tribunal de Justiça:

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL – AÇÃO DE MANUTENÇÃO DE POSSE – BEM PÚBLICO – MERA DETENÇÃO – INVIABILIDADE DA PROTEÇÃO POSSESSÓRIA – PRECEDENTES. 1- Nos termos da jurisprudência desta Corte, a ocupação de bem público configura ato

1 Constituição Federal - artigos 183, § 3º, sobre imóveis urbanos, e 191, parágrafo único, sobre imóveis rurais.

Acesso ao Sumário

de mera detenção decorrente da tolerância ou permissão do Poder Público, o que inviabiliza a proteção possessória contra o ente estatal. 2- Agravo regimental não provido (AgRg no REsp nº 1129480/GO, relator Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, j. 21/06/2012).

Têm-se neste Tribunal Bandeirante:

APELAÇÃO CÍVEL – ADMINISTRATIVO E CIVIL – Ação de reintegração de posse proposta pelo Município de Jacareí – Sentença de procedência que decreta a reintegração – Recursos pelos requeridos – Desprovimento de rigor. 1- Extinção da cautelar que se impunha ante a não regularização processual no tempo designado – Inteligência do art. 13 do CPC. 2- Não viceja a preliminar de nulidade da r. sentença, na medida em que lícito ao Magistrado proceder ao julgamento desde logo da lide, sendo suficiente a prova colacionada pelas partes, bem como por envolver matéria essencialmente de direito, sem necessidade de nova dilação probatória. Inteligência do art. 330, I, do CPC, aliás, sequer pleiteada a produção de provas no momento oportuno. 3- Também não é nula a r. sentença na medida em que o magistrado sentenciante expôs sua motivação e fundamentação, que redundaram no julgamento de procedência da ação, apreciando todas as argumentações essenciais do autor e dos requeridos – Sentença sucinta não se confunde com sentença omissa, única hipótese que acarretaria sua nulidade. 4- Não realização de audiência de conciliação – Nulidade – Inocorrência – Despicienda sua realização diante do contexto processual e da evidência de sua impertinência – Precedente do C. STJ. 5- No mérito, impunha-se o decreto de reintegração de posse do imóvel, dado se tratar de bem público insuscetível de posse ou aquisição de propriedade pelo particular e, portanto, mera detenção precária. 6- Descabimento de indenização pelas supostas benfeitorias porquanto ilegal a ocupação – Precedente do C. STJ. 7- Ônus de sucumbência adequadamente arbitrados. 8- Sentença mantida nos termos do art. 252 do RITJSP – Preliminares rejeitadas e recurso de apelação desprovido (Apelação Cível nº 0030392-11.2009.8.26.0000, 6ª Câmara de Direito Público, relator Desembargador Sidney Romano dos Reis, j. 17/09/2012).

Acesso ao Sumário

AÇÃO DE INTERDITO PROIBITÓRIO – A ocupação de bem público não acarreta posse, mas mera detenção do bem – Incabível a proteção possessória pleiteada – Ação julgada extinta, sem apreciação do mérito – Decisão mantida – Recurso não provido (Apelação Cível nº 0040702-43.2011.8.26.0053, 2ª Câmara de Direito Público, relator Desembargadora Vera Angrisani, j. 02/10/2012).

REIVINDICATÓRIA – Bem público – Ocupação por particular – Sentença que reconheceu a propriedade ao município e determinou a restituição da posse, mas ressalvou o direito do réu à retenção por benfeitoria – Ausência de justo título – Mera detenção, que não dá direito à indenização – Reconvenção

julgada improcedente – Recurso provido (Apelação Cível nº 0161445-52.2008.8.26.0000, 8ª Câmara de Direito Público, relator Desembargador Carvalho Viana, j. 19/09/2012).

É certo que o agravante foi notificado em 26 de julho de 2014 para paralisar a limpeza do terreno e cientificado para ali não construir, pois se tratava de área pública. Não obstante, os fiscais voltaram ao local - dois dias depois - e constataram a existência de uma construção (fls 28/30). Devido à suspensão do processo por oito meses somente agora sobreveio liminar de reintegração[2].

Tais fatos vão de encontro à pretensão do agravante que desde o início sabia tratar-se de área pública e assumiu o risco de ali construir.

Por fim, ressalto que não há previsão legal para se condicionar o cumprimento da liminar de reintegração de posse ao oferecimento de alternativa habitacional.

Por meu voto, nego provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2234912-83.2015.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, são agravados OSVALDO MARIA DE JESUS, OSVALDO NERO, OSWALDO ANTONIO DA SILVA, OSWALDO BUENO DE ALMEIDA, OSWALDO BUENO DE ALMEIDA, OSWALDO CUSTODIO DO NASCIMENTO, OSWALDO DE SIQUEIRA, OSWALDO MORANGA PREVELATO, OSWALDO MAGALHÃES, OTAVIANO VIEIRA, OTILIA PRECIOSO ALVES, PAULA ZOVARO DE GODOIS, PAULO BONATO DA SILVA, PAULO SOUZA, PAULO MARCOS MOREIRA, PAULO MONTEIRO ARRUDA, PAULO NICOLAU PALMIERI, PAULO PIRES DE GODOY, PEDRA BENTO GOMES, PEDRO ALBINO, PEDRO DORIVAL MAJESTADE MARTINS, PEDRO FELICIO DE OLIVEIRA, PEDRO FRANCO DE CAMARGO, PEDRO GIMENEZ NETO, PEDRO JOÃO FURLANETTO, PEDRO JOSÉ DOS SANTOS FILHO, PEDRO LEME e PEDRO LOPES DA SILVA.

ACORDAM, em 6ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento em parte ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 21.519)**

2 Sobre os aspectos humanitários bem ressaltados pela combatente Defensoria Pública, anoto que já decorreu prazo suficiente para encaminhamentos administrativos desde a decisão concessiva da liminar suspensiva, em setembro de 2015 (fls 117/118).

Acesso ao Sumário

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores EVARISTO DOS SANTOS (Presidente) e LEME DE CAMPOS.

São Paulo, 7 de março de 2016.

MARIA OLÍVIA ALVES, Relatora

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO – Autorização judicial para curador propor ação em nome do curatelado – Indispensabilidade – Aplicação dos artigos 1.748 e 1.781 do CC – Providência que, todavia, não constitui pressuposto de admissibilidade do processo – Possibilidade de cumprimento posterior – Concessão do prazo de 180 dias para regularização, sem suspensão processual – Precedentes – Parcial provimento do agravo.

VOTO

Trata-se de ***agravo de instrumento*** interposto pelo ***Ministério Público do Estado de São Paulo*** contra decisão de fl. 45, por meio da qual foi dispensada a autorização judicial para que o curador de um dos autores pudesse ajuizar ação em nome do curatelado.

Alega o ***agravante***, em síntese, ser imprescindível tal autorização, nos termos dos artigos 1.748 e 1.781 do Código Civil.

O recurso foi processado com outorga de efeito suspensivo (fl. 54).

Foram apresentadas as contrarrazões apenas pelo ***Estado de São Paulo*** (fls. 58/61 e 62).

Por fim, a digna Procuradoria Geral de Justiça deixou de opinar (fl. 64).

É o relatório.

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso e lhe dou parcial provimento.

Nos termos do artigo 1.748 do Código Civil ao tutor compete, **"*com autorização do juiz: (...) V - propor em juízo as ações, ou nelas assistir o menor, e promover todas as diligências a bem deste, assim como defendê-lo nos pleitos contra ele movidos (...)*".**

Por sua vez, o art. 1.774 do mesmo diploma dispõe que "***aplicam-se à curatela as disposições concernentes à tutela***" com as modificações que os artigos seguintes estabelecem.

Daí ser imprescindível a autorização judicial para que o curador possa propor ações judiciais em nome do curatelado.

De outra parte, não se pode perder de vista que foi juntada aos autos

certidão de curatela atualizada (fl. 41) e que há dificuldade na obtenção de autorização judicial para propositura da ação, eis que os autos do processo de interdição se encontram arquivados.

Sendo assim, não se pode condicionar o início da ação à juntada da referida autorização, até porque ela não se trata de pressuposto de admissibilidade do processo.

Aliás, o próprio parágrafo único do art. 1.748, do Código Civil estabelece que no caso de falta de autorização, a eficácia do ato do tutor depende de aprovação ulterior do juiz.

Portanto, mostra-se conveniente determinar-se a continuidade do processo com o deferimento do prazo de 180 (cento e oitenta) dias para que o curador apresente a autorização judicial.

Em casos parelhos, assim decidiu este Eg. Tribunal de Justiça:

"CURATELA - Ação visando à complementação da pensão de 80% para 100% dos proventos do falecido. Decisão que determina a juntada de autorização judicial para propor ação em nome do curatelado. Artigos 1.748 e 1.774 do Código Civil. Curadora idosa, com 82 anos de idade. Providência que não pode ser dispensada tampouco condicionar o início da ação. Recurso parcialmente provido para, deferido o início da ação com a necessária citação, conceder o prazo de 6 meses para a juntada da autorização" (A.I. nº 990.10.472544-5, Rel. Des. Reinaldo Miluzzi, j. 13.12.2010).

"AGRAVO DE INSTRUMENTO. COMPLEMENTAÇÃO DE PENSÕES. FERROVIARIOS (FEPASA). CURATELA. REPRESENTAÇÃO PROCESSUAL. Determinação de juntada de autorização judicial para propositura da ação. Providência imprescindível, mas que não é pressuposto de admissibilidade do processo. (art. 1748, V e parágrafo único c.c. art. 1774, ambos do CC). Prosseguimento do processo, deferindo-se prazo de 180 dias para a juntada da autorização. Possibilidade. Decisão agravada parcialmente reformada." (A.I. 0174898- 12.2011.8.26.0000, Rel. Des. Paulo Galizia, j. 7.11.2011).

"RECURSO DE AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE PROCEDIMENTO ORDINÁRIO. REPRESENTAÇÃO PROCESSUAL. AUTORES CURATELADOS. AUTORIZAÇÃO JUDICIAL. NECESSIDADE. PROVIDÊNCIA, CONTUDO, QUE NÃO CONSISTE EM PRESSUPOSTO DE ADMISSIBILIDADE DO PROCESSO. Imprescindibilidade de autorização judicial específica para o ajuizamento da ação. Possibilidade, contudo, de posterior ratificação da propositura, com a juntada da respectiva autorização judicial específica. Inteligência dos artigos 1.748, V, parágrafo único e 1.774, todos os dispositivos legais do Novo Código Civil Brasileiro. Fixação de prazo extenso ante a possível dificuldade

Acesso ao Sumário

na obtenção da autorização. Precedentes deste Egrégio Tribunal de Justiça. Decisão parcialmente mantida. Recurso de agravo de instrumento parcialmente provido, com observação" (A.I. nº 0124024-86.2012.8.26.0000, Rel. Des. Francisco Biano, j. 01.10.2012).

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

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2200577-38.2015.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante MARIA APARECIDA PEREZ, é agravado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 13ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento em parte ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 9.046)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores RICARDO ANAFE (Presidente) e FERRAZ DE ARRUDA.

São Paulo, 16 de março de 2016.

FLORA MARIA NESI TOSSI SILVA, Relatora

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO INTERPOSTO EM AÇÃO CIVIL PÚBLICA NA QUAL SE PLEITEIA O RESSARCIMENTO DE DANOS DECORRENTES DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA ("ESCOLAS DE LATA"). A PRESENTE DEMANDA NÃO SE CONFUNDE COM AÇÃO CIVIL PÚBLICA EM QUE SE PLEITEIA PENALIZAÇÃO DE AGENTES PÚBLICOS E TERCEIROS POR ATOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA.

INAPLICABILIDADE, AO CASO CONCRETO, DE PROCEDIMENTO ESPECIAL, VOLTADO À IMPOSIÇÃO DE SANÇÕES PESSOAIS E PREVISTO NA LEI Nº 8.429/92. ENTENDIMENTO DO E. STJ.

R. DECISÃO AGRAVADA REFORMADA, DETERMINANDO- SE O PROSSEGUIMENTO

Acesso ao Sumário

DO FEITO, SEM APLICAÇÃO DO DISPOSTO NO ART. 17, §7º DA LEI, AO CASO CONCRETO. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

VOTO

Vistos.

Trata-se de agravo de instrumento interposto por Maria Aparecida Perez, em razão de r. decisão judicial proferida nos autos de ação civil pública de reparação de danos, ajuizada pelo Ministério Público de São Paulo, em que decretada a nulidade dos atos processuais por inobservância do §7º do art. 17 da Lei nº 8.429/92.

A r. decisão agravada, proferida pelo MM. Juiz de Direito da 10ª Vara da Fazenda Pública de São Paulo, possui o seguinte teor:

"Trata-se de ação civil pública movida pelo Ministério Público contra Maria Aparecida Perez, Cristina Aparecida Raffa Volpi Ramos, Sérgio Aparecido Rodrigues Pereira, Luiz Felipe Lombardo, Paula Leite Cordeiro, Márcio Ferreira Medeiros, Maria Carmem da Silva, Alexandre Augusto da Silva, Wagner Alcalá Dias, Flávia Ribeiro Leite, Construtora Simioni Vesti Ltda., Araguaia Engenharia Ltda. e o Município de São Paulo, por onde busca anular contratos firmados pela Secretaria Municipal de Educação do Município de São Paulo com a Construtora Simioni Vesti Ltda. e Araguaia Engenharia Ltda., bem como compelir os réus, a, solidariamente, devolver à Fazenda Municipal os valores que na inicial aponta. Foi feito requerimento de liminar para que fosse decretado o bloqueio de bens imóveis e veículos de todos os réus, o que foi deferido pela decisão de fls. 40/44, da qual tiraram agravo Paula, Maria Aparecida, Araguaia, Alexandre e Cristina, alcançando modificação da decisão de primeiro grau apenas Paula. Nessa mesma decisão foi determinada a citação dos réus, e no exaurimento disso vieram para o processo contestações da Construtora Simioni, Cristina, Sérgio e Wagner, havendo consulta do Cartório de Registro de Imóveis de Uberlândia quanto à forma de cumprimento da liminar concedida. Encontra-se nos autos pedido de desbloqueio de bens que estariam em nome de Sérgio, e Alexandre espera ver a ele estendidos os efeitos do julgamento que fez de Paula afastar o decreto de bloqueio de bens. Fazendo análise global do processo, a isso se chega, e me deparo, já no início do processo, com a inobservância da disposição do § 7º do art. 17 da Lei 8.429/92. O STF têm se pronunciado em torno do tema, apontando a inobservância da fase preambular nesta ação como de nulidade absoluta, e filiado a esse entendimento, de se pronunciar a nulidade

Acesso ao Sumário

observada, sem afetar, entretanto, os efeitos da liminar concedida, sobre o que considerações oportunas se farão, por expressa provocação de Sérgio e Alexandre. Assim, tidos como ineficazes os atos processuais que se praticaram a partir das citações de todos os réus, inclusive dos que por hora certa foram chamados, deverá ser repetido o chamado de todos, indistintamente, observando que deverão os réus ser NOTIFICADOS para oferecer manifestação por escrito, que poderá ser instruída com documentos e justificações, no prazo de quinze dias, em obediência ao § 7º do art. 17 da Lei 8.429/92. Quanto à consulta do Cartório de Registro de Imóveis de Uberlândia, oficie-se informando que a indisponibilidade em questão deverá recair sobre tantos quantos bens bastem para garantir a quantia de R$ 2.651.529, 54, atualizada monetariamente de setembro de 2011 até a data da averbação. Quanto a Alexandre, seu recurso contra a decretação de indisponibilidade de bens não foi acolhido, e a motivação disso, em Acórdão que com este se faz ao autos juntar, e que não foi encontrado no processo, não autoriza a pretendida reconsideração em torno do assunto, sob pena de em desobediência ao que ficou consolidado pela Superior Instância se colocar o juiz. Pelo v. Acórdão, é prematuro, nessa fase do processo, o pretendido desbloqueio, do que somente se poderá cogitar quando a relação processual alcançar estágio que se apresente ao magistrado seguro fazê-lo. Assim, por agora fica indeferida a reconsideração pretendida, devendo ser novamente provocado o tema oportunamente. Juntem-se cópias dos Acórdãos proferidos nos autos de agravo de instrumento interpostos por Alexandre e Cristina. Por fim, quanto a Sérgio, que fez a doação de seus bens aos filhos, por ocasião do processo de conversão de sua separação em divórcio, ocorrida em data muito antecedente à propositura desta, com parecer favorável do autor, fica levantado o decreto de indisponibilidade dos bens por indicados, que deverão ser desonerados, devendo o autor localizar e indicar bens que possam ser gravados pela medida liminar, dada a negativa disso feita por Sérgio. Com essas medidas de caráter saneador, prossiga-se, e anulado em parte o processo, notifiquem-se os réus, como antes já posto, em exaurimento da fase preambular desta ação, prevista no § 7º do art 17 da Lei 8.429/92."

Aduz a recorrente, em síntese, que: a) o Ministério Público ajuizou ação civil pública em razão de supostas irregularidades no processo de readequação das "escolas de lata" – salas de aula emergenciais instaladas em contêineres metálicos, herdadas do antigo prefeito Celso Pitta. Referidas irregularidades, segundo o autor da ação, se referem a inadequação do uso de Atas de Registro de Preço para contratação de construtoras encarregadas de concretizar o projeto, bem como superfaturamento nas quantidades reportadas nas medições durante

Acesso ao Sumário

os trabalhos. Na petição inicial, o autor pleiteia o bloqueio de bens, deferido em junho de 2.012, bem como o ressarcimento de dano ao erário; b) próximo ao encerramento do ciclo citatório, em 21.05.2015, o magistrado proferiu decisão na qual determinou anulação de todos os atos processuais praticados, ao fundamento de que inobservadas as disposições do §7º do art. 17 da Lei nº 8.429/92; c) no caso em tela, evidente a inadequação da via eleita, que deve culminar na extinção do processo, sem resolução de mérito, nos termos do art. 267, VI, do CPC; d) a alteração de rito processual demandaria modificação de causa de pedir e pedido. Ademais, tal providência seria inviável considerando a ocorrência de citação dos réus, nos termos do disposto no art. 264 do CPC; e) flagrante o erro do Ministério Público ao ajuizar ação civil pública, não sendo possível, neste momento processual, a alteração de rito, em que já aperfeiçoada a citação dos réus; f) da análise da petição inicial depreende-se que o discurso do autor foi direcionado a imputar prática de ato de improbidade administrativa aos demandados, com expressa alegação de suposta ofensa à moralidade administrativa, o que ensejaria necessidade de recomposição do erário municipal, razão pela qual formulada pretensão liminar para constrição de bens dos envolvidos, nos moldes do art. 7º da LIA, e não por meio de medida cautelar, na forma da Lei nº 7.347/85 ou mesmo em sede de antecipação de tutela, nos termos do art. 273 do CPC; g) ao ajuizar ação civil pública, o autor de fato se utilizou da via inadequada para sustentar sua pretensão, sendo a ação de improbidade administrativa a via processual correta no caso concreto; e h) tendo em vista que os ritos da improbidade administrativa e da ação civil pública não se confundem, é certo que os fundamentos inerentes a cada uma de tais modalidades também são distintos, a impor, assim, que a petição inicial esteja adequadamente formulada segundo as regras correlatas ao rito processual adotado. Assim, não se poderia admitir a mera conversão da demanda originária, sem a necessária adaptação da petição inicial, contudo, isto não é possível, em razão do disposto no art. 264 do CPC. Requer o provimento do agravo de instrumento e a reforma da r. decisão de primeiro grau, determinando a anulação dos atos processuais e da intimação do requerido para apresentação de defesa prévia, declarando-se a extinção do feito, sem resolução do mérito, nos termos do art. 267, VI, do CPC.

Recurso tempestivo, preparado (fls. 25/28), processado com efeito suspensivo, contraminutado (fls. 1.599/1.610) e com parecer da D. Procuradoria de Justiça (fl. 1.613/1.616).

É o relatório.

O recurso será parcialmente provido.

Em primeiro lugar, saliento que não é possível confundir modalidade de ação civil pública, em que se postula penalização de agentes públicos e terceiros por atos de improbidade administrativa, com outra modalidade de ação civil

Acesso ao Sumário

pública, em que se pleiteia reparação de dano ao erário.

Na primeira, o rito a ser seguido é o do art. 17 da Lei 8429/92. Na segunda, o rito a ser seguido é o da Lei de Ação Civil pública (Lei 7347/85).

Especificamente quanto à conceituação e diferenças, esclarece Waldo Fazzio Júnior:

> *"Não há nenhum óbice a que o Ministério Público promova ação civil pública com o fito de compelir agentes públicos ímprobos a ressarcir os danos que causaram ao erário, dando efetividade aos princípios constitucionais da Administração e fazendo valer a integridade administrativa. Está, nesse caso, também, tutelando interesses difusos.*
>
> *Observe-se que na ação civil para ressarcimento ao erário é desnecessária a observância do juízo de delibação, previsto na Lei nº 8.429/92, para as ações de improbidade administrativa.*
>
> ***"Não se pode confundir a típica ação de improbidade administrativa, de que trata o artigo 17 da Lei 8.429/92, com a ação de responsabilidade civil para anular atos administrativos e obter o ressarcimento do dano correspondente. Aquela tem caráter repressivo, já que se destina, fundamentalmente, a aplicar sanções político-civis de natureza pessoal aos responsáveis por atos de improbidade administrativa (art. 12). Esta, por sua vez, tem por objeto consequências de natureza civil comum, suscetíveis de obtenção por outros meios processuais.***
>
> ***O especialíssimo procedimento estabelecido na Lei 8.429/92, que prevê um juízo de delibação para recebimento da petição inicial (art. 17, § § 8º e 9º), precedido de notificação do demandado (art. 17, §7º), somente é aplicável para ações de improbidade administrativa típicas."***

Nesta perspectiva, conforme observa o doutrinador, não há que se confundir o pleito de ressarcimento de danos em razão da prática de atos de improbidade administrativa, com o pleito de reconhecimento da prática de atos ímprobos e condenação de agentes públicos/políticos às penas insertas no art. 12 da Lei nº 8.429/92.

Até porque, conforme observa Marçal Justen Filho:

> *"As sanções administrativas apresentam configuração próxima às sanções de natureza penal, sujeitando-se a regime jurídico senão idêntico, ao menos semelhante. Os princípios fundamentais de direito penal vêm sendo aplicados no âmbito do direito administrativo repressivo. Lúcia Valle Figueiredo afirmava que os procedimentos sancionatórios caracterizam-se precisamente pela aplicação dos princípios do processo penal. Isso propicia inúmeras decorrências." (in, Curso de Direito Administrativo, 10ª ed. ver. Atualizada e ampliada, ed. Revista dos*

Acesso ao Sumário

Tribunais, p. 603)

Neste ponto, quanto à ação de responsabilidade civil e quanto ao sancionamento em razão de improbidade administrativa, oportuno transcrever decisão proferida em Recurso Especial Repetitivo, julgado pelo Col. Superior Tribunal de Justiça:

"ADMINISTRATIVO. PROCESSO CIVIL. CONCESSÃO IRREGULAR DE VANTAGENS A SERVIDORES PÚBLICOS. AÇÃO DE RESPONSABILIDADE CIVIL, COM PEDIDO DE ANULAÇÃO DOS ATOS CONCESSIVOS E DE RESSARCIMENTO DOS DANOS.

1. Não se pode confundir a típica ação de improbidade administrativa, de que trata o artigo 17 da Lei 8.429/92, com a ação de responsabilidade civil para anular atos administrativos e obter o ressarcimento do dano correspondente. Aquela tem caráter repressivo, já que se destina, fundamentalmente, a aplicar sanções político-civis de natureza pessoal aos responsáveis por atos de improbidade administrativa (art. 12). Esta, por sua vez, tem por objeto conseqüências de natureza civil comum, suscetíveis de obtenção por outros meios processuais.

2. O especialíssimo procedimento estabelecido na Lei 8.429/92, que prevê um juízo de delibação para recebimento da petição inicial (art. 17, §§ 8º e 9º), precedido de notificação do demandado (art. 17, § 7º), somente é aplicável para ações de improbidade administrativa típicas.

3. Recurso especial improvido. Acórdão sujeito ao regime do art. 543-C do CPC."

...

3. Realmente, não se pode confundir a ação de improbidade administrativa com a simples ação de ressarcimento de danos ao erário. A primeira, disciplinada no artigo 17 da Lei 8.429/92, tem seu assento no art. 37, § 4º da Constituição, sendo manifesto seu caráter repressivo, já que se destina, precipuamente, a aplicar sanções de natureza pessoal, semelhantes às penais, aos responsáveis por atos de improbidade administrativa, conforme prevê o art. 12 da referida Lei. Já a ação em que se busca a anulação de atos danosos ao erário, com pedido de reparação, que pode ser promovida pelo Ministério Público com base no art. 129, III da Constituição, tem por objeto apenas sanções civis comuns, desconstitutivas e reparatórias. Essa distinção foi enfatizada no julgamento do REsp 827.445, perante a 1ª Turma (DJ de 08.03.10), quando, em voto-vista, registrei que, diferentemente do que ocorre com simples demandas anulatórias de ato jurídico ou de reparação de danos, a ação de improbidade administrativa tem natureza especialíssima, qualificada pelo singularidade do seu objeto,

Acesso ao Sumário

que é o de aplicar penalidades a administradores ímprobos e a outras pessoas - físicas ou jurídicas - que com eles se acumpliciam para atuar contra a Administração ou que se beneficiam com o ato de improbidade. Portanto, trata-se de uma ação de caráter repressivo, semelhante à ação penal, diferente das outras ações com matriz constitucional, como a Ação Popular (CF, art. 5º, LXXIII, disciplinada na Lei 4.717/65), cujo objeto típico é de natureza essencialmente desconstitutiva (anulação de atos administrativos ilegítimos) e a Ação Civil Pública para a tutela do patrimônio público (CF, art. 129, III e Lei 7.347/85), cujo objeto típico é de natureza preventiva, desconstitutiva ou reparatória.

4. Na ação de improbidade, repita-se, o objeto principal é aplicar sanções punitivas de caráter pessoal, a saber: a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, a multa civil e a proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios. A perda de bens, a suspensão de direitos e a multa são penas que têm, do ponto de vista substancial, absoluta identidade com as decorrentes de ilícitos penais, conforme se pode ver do art. 5.º, XLVI da Constituição. A suspensão dos direitos políticos é, por força da Constituição, conseqüência natural da "condenação criminal transitada em julgado, enquanto durarem seus efeitos" (art. 15, III). Também é efeito secundário da condenação criminal a perda "do produto do crime ou de qualquer bem ou valor que constitua proveito auferido pelo agente com a prática do fato criminoso" (CP, art. 91, II, b). A perda de "cargo, função pública ou mandato eletivo" é, igualmente, efeito secundário da condenação criminal, nos casos previstos no art. 92, I, do Código Penal: "quando aplicada pena privativa de liberdade por tempo igual ou superior a um ano, nos crimes praticados com abuso de poder ou violação de dever para com a administração pública" e "quando for aplicada pena privativa de liberdade por tempo superior a quatro anos, nos demais casos".

5. Bem se percebe, pois, que, embora as sanções por improbidade, como decorre do art. 37, § 4º da Constituição, tenham natureza político-civil e não propriamente penal, há inúmeros pontos de identidade entre as duas espécies, seja quanto à sua função (que é punitiva e com finalidade pedagógica e intimidatória, visando a inibir novas infrações), seja quanto ao conteúdo. Com efeito, não há qualquer diferença entre a perda da função pública ou a suspensão dos direitos políticos ou a imposição de multa pecuniária, quando decorrente de ilícito penal e de ilícito administrativo. Nos dois casos, as conseqüências práticas em relação ao condenado serão absolutamente idênticas. A rigor, a única

Acesso ao Sumário

diferença se situa em plano puramente jurídico, relacionado com efeitos da condenação em face de futuras infrações: a condenação criminal, ao contrário da não-criminal, produz as conseqüências próprias do antecedente e da perda da primariedade, que podem redundar em futuro agravamento de penas ou, indiretamente, em aplicação de pena privativa de liberdade (CP, arts. 59; 61, I; 63; 77, I; 83, I; 110; 155, § 2.º e 171, § 1.º). Quanto ao mais, entretanto, não há diferença entre uma e outra. Somente a pena privativa de liberdade é genuinamente criminal, por ser cabível unicamente em casos de infração penal.

...

(REsp 1163643/SP, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 24/03/2010, DJe 30/03/2010)

No caso dos autos, o Ministério Público do Estado de São Paulo ajuizou ação civil pública visando à declaração de nulidade de contratos firmados e a condenação dos requeridos ao ressarcimento dos prejuízos eventualmente causados aos cofres públicos, pugnando especificamente no pedido constante na petição inicial, a citação dos réus (a fim de apresentar contestação no prazo de 15 dias), bloqueio de bens, declaração de nulidade dos contratos e condenação à devolução de valores (acrescidos de juros e correção) aos cofres públicos (fls. 29/62).

Dessa forma, é possível observar que o autor não postula por meio da ação civil pública, aplicação do direito administrativo repressivo, com imposição de penas à luz da Lei nº 8.429/92. Pugna o representante do "parquet" tão somente pelo ressarcimento de danos e devolução de valores aos cofres públicos.

Em razão disso, r. a decisão vergastada deve ser reformada, uma vez que inaplicáveis ao caso concreto as disposições do §7º do art. 17 da Lei nº 8.429/92, pois estas dizem respeito à notificação para apresentação de defesa preliminar nas ações que tratam de improbidade administrativa.

Deve o presente caso concreto, ter o prosseguimento à luz do disposto na Lei nº 7.347/85, que trata da ação civil pública e não nos termos das disposições legais veiculadas na Lei nº 8.429/92, vertentes à improbidade administrativa.

Ainda neste ponto, em que pese a necessidade de reparo na r. decisão judicial impugnada, quanto ao acima apontado, verifica-se que não é possível declarar a anulação dos atos processuais até então praticados, bem como não é possível declarar extinto o feito, sem resolução do mérito, nos termos do art. 267, VI, do CPC.

Isto porque quanto ao ressarcimento de danos decorrentes de atos de imputados como de improbidade administrativa, já decidiu o E. STJ[1] que a despeito de ser a ação civil pública preponderantemente condenatória em razão

1 AgRg no Ag 517098/SP - rel. Min. Franciulli Neto, e REsp 78.916/SP - rel. Min. Castro Meira.

de suas finalidades sociais, deve ser admitida para defesa do erário.

Desta feita, inequívoco que aventada existência de dano ao erário, o Ministério Público é legitimado para defender o interesse público, bem como a propor ação civil pública para tanto, até mesmo quando prescrita a pretensão de aplicação de sanções punitivas vertentes à improbidade administrativa.

Importante ressaltar que em prestígio à instrumentalidade das formas e aproveitamento dos atos processuais, o E. STJ já permitiu prosseguimento de demanda quanto a pleito ressarcitório, na hipótese em que eventualmente prescrito o pedido relativo à aplicação das sanções previstas na Lei de Improbidade. Senão vejamos:

> *"PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE IMPROBIDADE. PROCEDIMENTO ESPECIAL DO ART. 17 DA LEI 8.429/92. DECLARAÇÃO DA PRESCRIÇÃO DAS SANÇÕES PESSOAIS.*
>
> *SUBSISTÊNCIA DA PRETENSÃO DE RESSARCIMENTO DE DANOS. VIABILIDADE DE PROSSEGUIMENTO DA DEMANDA COM ESSA FINALIDADE. PRINCÍPIO DA INSTRUMENTALIDADE E DO APROVEITAMENTO DOS ATOS PROCESSUAIS. RECURSO ESPECIAL PROVIDO.*
>
> *...*
>
> *Conforme referiu o voto da Ministra relatora, defendi em sede doutrinária o entendimento de que a ação de improbidade administrativa prevista na Lei 8.429/92 destina-se essencialmente a aplicar sanções de ordem pessoal aos agentes ímprobos, semelhantes às sanções penais (perda de cargo, interdição de direitos, suspensão de direitos políticos), e não propriamente a obter ressarcimento de danos. Não é por outra razão que o procedimento adotado para a ação de improbidade foi moldado em formato semelhante ao da ação penal para os crimes praticados por funcionário público contra a Administração, prevista nos artigos 513 a 518 do CPP. Para o puro e simples pedido isolado e autônomo de ressarcimento de danos, não há necessidade de utilização desse especialíssimo procedimento, podendo ser utilizado o rito comum da ação civil pública (ZAVASCKI, Teori Albino. Processo Coletivo, 3a. ed., SP:RT, 2008, p.124 e p. 140).*
>
> *Inobstante, isso não significa dizer que a utilização da ação de improbidade para deduzir pedido autônomo de ressarcimento de danos acarrete, necessariamente, a extinção do processo sem julgamento de mérito. Essa solução radical e inflexível não atende ao princípio da instrumentalidade das formas, por força do qual não se anulam atos processuais que, embora praticados de forma diversa da enunciada, atingem mesmo assim a sua finalidade. Também não atende ao princípio*

Acesso ao Sumário

da preservação (ou do aproveitamento) dos atos do processo, segundo o qual não se declara a nulidade desses atos quando for possível suprir o defeito ou corrigir a irregularidade. Ou seja: também em ação de improbidade deve-se aplicar o art. 284 do CPC, permitindo à parte autora promover as correções ou sanar as irregularidades eventualmente constatadas na petição inicial, a fim de propiciar o andamento normal do processo.

No caso concreto, há outra especial razão para dar provimento. A ação de improbidade não deduziu apenas e unicamente o pedido de ressarcimento. Na inicial, tal pedido veio cumulado com o da aplicação das outras sanções típicas da ação de improbidade, as quais, todavia, não ultrapassaram a fase de recebimento da demanda, pois foram consideradas prescritas. Assim, foi correta a eleição do rito processual inicialmente imprimido. Na verdade, a subsistência isolada do pedido de ressarcimento ocorreu por decisão judicial superveniente, justamente quando o procedimento, ultrapassando sua fase peculiar de "recebimento da inicial", prevista nos parágrafos 6º a 8º do art. 17 da Lei 8.429/92, retomava o "rito ordinário", como estabelecido no caput desse art. 17. Isso significa dizer que, nas circunstâncias do caso, sequer emenda à inicial é necessária, pois na fase em que se encontrava quando remanesceu o pedido isolado de ressarcimento, a demanda já assumia o rito do processo comum, próprio para a pretensão ressarcitória. Seria injustificável exagero formal determinar que, mesmo assim, o processo fosse extinto, para que outro tivesse início. (REsp 928.725/DF, Rel. Ministra DENISE ARRUDA, Rel. p/ Acórdão Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 16/06/2009, DJe 05/08/2009)[2]

Dessa forma, considerando que no caso concreto o Ministério Público ajuizou ação civil pública visando ao ressarcimento de dano ao erário e que até o momento em que prolatada a r. decisão judicial agravada não tinha havido a aplicação da LIA ao caso concreto (pelo Juízo de origem), e levando em conta o que foi requerido na petição inicial (de reparação de dano ao erário), não há fundamento legal para anular atos processuais ou extinguir o processo nos termos perseguidos pela agravante.

Há tão somente a necessidade de reparo da r. decisão vergastada, no que toca à legislação que se aplica ao caso concreto, como acima já indicado (Lei 7.347/85).

Em suma, o recurso deve ser parcialmente provido para que a r. decisão agravada seja reformada, determinando-se o prosseguimento do feito com

Acesso ao Sumário

2 Votaram com o Sr. Min. Teori Albino Zavascki (voto-vista) os Srs. Ministros Benedito Gonçalves, Francisco Falcão e Luiz Fux.

aplicação da Lei 7347/85, ou seja, sem que haja aplicação do rito previsto na Lei nº 8.429/92. Ficam afastadas, entretanto, as demais pretensões formuladas pelo agravante no presente recurso.

Diante do exposto, pelo meu voto, **DOU PARCIAL PROVIMENTO** ao agravo de instrumento, pelos fundamentos jurídicos explicitados, reformando a r. decisão agravada e, **determinando-se o prosseguimento do feito, com aplicação da Lei 7347/85 (Lei de Ação Civil Pública) e sem aplicação do rito previsto na Lei nº 8.429/92.**

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2251547-42.2015.8.26.0000, da Comarca de São Vicente, em que é agravante VICTORIA LARA LOURENÇO, é agravado FAZENDA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 8ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Negaram provimento ao recurso. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 1.682)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores CRISTINA COTROFE (Presidente sem voto), RONALDO ANDRADE e LEONEL COSTA.

São Paulo, 29 de fevereiro de 2016.

ANTONIO CELSO FARIA, Relator

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO. Servidora pública estadual. Escrevente Técnico Judiciário deste E. TJSP. Pedido de expedição de folha complementar para o pagamento de faltas injustificadas. Inadmissibilidade. Realização de exame médico pericial para apreciar o pedido de licença para tratamento de saúde. Inocorrência. Ilegalidade no decidido pelo MM. Juízo *a quo*. Não caracterização. Precedente jurisprudencial desta E. 8ª Câmara de Direito Público deste C. TJSP. RECURSO DESPROVIDO.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de agravo de instrumento interposto contra a r. decisão, copiada à fl. 29, que deferiu parcialmente a antecipação da tutela apenas para determinar a suspensão dos descontos.

A recorrente pede a concessão do efeito ativo e o provimento "*para o fim de determinar que a agravada providencie através de folha complementar o pagamento integral dos vencimentos da agravante, com consequente devolução dos valores descontados a titulo de faltas injustificadas, no período de compreendido entre 27/01/2013 a 22.04.2013, eis que pendente julgamento de recurso administrativo, por parte do Sr. Secretário de Saúde do Estado de São Paulo, além do caráter alimentar dos valores suprimidos, como aplicação de multa diária (...)", sic.*

Dispensadas informações do MM. Juízo *a quo*, foi indeferido o efeito ativo (fls. 81/83) e houve contraminuta (fls. 88/95).

É o relatório.

O recurso deve ser desprovido.

Examinando-se os documentos juntados aos autos nota-se que a agravante propôs ação em face da agravada (fls. 15/27) aduzindo que:

> *"A presente ação tem por objetivo a obtenção de ordem jurídica limine litis e inaudita altera partes antecipatória dos efeitos parciais da tutela jurisdicional, para sustar imediatamente os descontos efetuados diretamente em folha de pagamento da servidora, referente a supostas faltas ocorridas no interregno temporal compreendido entre 27/01/2013 a 22/04/2013.*
>
> *Tem por objetivo, ainda, a obtenção de provimento judicial para declarar nulo o ato constitutivo da requerida, bem como tutela inibitória para determinar que o réu se abstenha de promover os descontos mensais nos vencimentos da autora, além de compelir a entidade fazendária a restituir todo o montante ilegalmente descontado", sic.*

De acordo com o comprovante de pagamento de salário, do mês de outubro de 2015 (fl. 47), verifica-se que foram realizados diversos descontos no salário da autora, escrevente técnico judiciário, deste E. TJSP, referentes a faltas e não pagamento de auxílio transporte e auxílio alimentação, que culminaram no valor líquido a receber 0,00 (zero).

O MM. Juízo *a quo* deferiu a antecipação dos efeitos da tutela, em 27 de outubro de 2015, para que a ré suspendesse os descontos, nos vencimentos da autora, com fundamento nas licenças médicas gozadas, até decisão final (fl. 65) e esta r. decisão foi publicada no Diário da Justiça Eletrônico em 29 de outubro de 2015 (fl. 67).

A agravante opôs embargos de declaração (fls. 68/71) deste r. *decisum* para que a ré providenciasse "*através de folha complementar o pagamento*

Acesso ao Sumário

integral dos vencimentos da autora, eis que pendente de julgamento de recurso por parte do Sr. Secretário de Saúde do Estado de São Paulo", sic.

O MM. Juízo *a quo* acolheu os embargos de declaração somente para determinar a suspensão dos descontos (fl. 73) e este r. *decisum* foi publicado em 12 de novembro de 2015 (fl. 77).

Desta r. decisão foi interposto o presente agravo de instrumento.

Pois bem.

A própria autora, ora agravante, afirma que: a) *"no período indicado pela Fazenda a requerente não simplesmente faltou ao serviço. A autora estava, de fato, incapacitada para o trabalho", sic;* b) *"não houve faltas da autora no interregno indicado nos holerites, eis que o período representou, a rigor, licença para tratamento de saúde", sic;* c) *"a requerida concedeu a licença saúde a autora, solicitada em 29.10.2012, pelo período de 90 dias, com término em 26.01.2013, conforme publicação no D.O.E. de 31.01.2014", sic* e *"o reclamo principal da autora, se dá pelo período de 27.01.2013 a 23.04.2013, eis que durante esse período ficou aguardando a realização da perícia médica para a concessão da licença médica iniciada em 29.10.2012, o que cobririam integralmente o período indevidamente anotado como faltas justificadas", sic.*

Nota-se que a agravante reconheceu que não foi realizado exame médico pericial, no período de 27.01.2013 a 23.04.2013, para o deferimento da licença para tratamento da saúde, portanto, à primeira vista não se vislumbra qualquer ilegalidade (art. 78 do Estatuto dos Funcionários Públicos Civis do Estado de São Paulo e art. 117 do Regulamento Interno dos Servidores do TJSP) na r. decisão agravada que deferiu parcialmente a antecipação da tutela apenas para determinar a suspensão dos descontos.

Nesse sentido, há o precedente jurisprudencial desta C. 8ª Câmara de Direito Público deste E. TJSP:

> *"Agravo de instrumento - Servidora estadual - Ausência do serviço - Descontos em folha de pagamento - Alegação de ilegalidade não corroborada pela prova documental - Concessão de medida liminar para impedir os descontos e determinar a reposição imediata - Descabimento - Fumus boni iuris não configurado - Agravo não provido"*[1]*, sic.*

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

ACÓRDÃO

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

1 Agravo de Instrumento nº 0028110-29.2011.8.26.0000, Relator: João Carlos Garcia, Comarca: São Vicente, Órgão julgador: 8ª Câmara de Direito Público, Data do julgamento: 16/03/2011 e Data de registro: 28/03/2011.

Acesso ao Sumário

2265507-65.2015.8.26.0000, da Comarca de São José dos Campos, em que é agravante MARINEIDE ALVES DE SOUZA, são agravados ESTADO DE SÃO PAULO 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 da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 21.276)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores CRISTINA COTROFE (Presidente), ANTONIO CELSO FARIA e RONALDO ANDRADE.

São Paulo, 3 de março de 2016.

CRISTINA COTROFE, Relatora

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO – Danos materiais e moral – Remessa dos autos à 18ª Vara Cível da Capital – Admissibilidade – Ação em que Massa Falida figura como litisconsorte passiva – Competência do Juízo Universal da Falência – Incidência do artigo 7º, § 2º, do Decreto-Lei nº 7.661/45 – Decisão mantida – Recurso desprovido.

VOTO

Trata-se de agravo de instrumento tirado por ***Marineide Alves de Souza*** contra a respeitável decisão trasladada a fls. 45/49, que determinou a remessa dos autos ao Juízo da 18ª Vara Cível da Capital, perante o qual tramita o feito nº 0713297-16.1989.8.26.0100, no qual foi decretada a falência de Selecta Comércio e Indústria S/A.

A agravante sustenta, em síntese, que, como a demanda tem pedido de quantia ilíquida, a ação encontra-se entre as exceções da competência absoluta do Juízo falimentar. Requer o reconhecimento da competência da 2ª Vara da Fazenda da Comarca de São José dos Campos para processar e julgar a ação indenizatória.

Indeferido o efeito suspensivo pretendido, foram dispensadas informações e contraminuta (fls. 54/55).

É o relatório.

O recurso não comporta provimento.

A agravante propôs ação de indenização por danos materiais e moral em decorrência da reintegração de posse ocorrida na comunidade Pinheirinho.

Considerando que o ajuizamento do processo foi posterior à decretação da falência da litisconsorte passiva Selecta Comércio e Indústria S/A – tanto é

Acesso ao Sumário

que direcionado à sua massa falida –, o Juízo Universal da Falência é o único competente para julgamento da demanda, nos termos do artigo 7º do Decreto-Lei nº 7.661/1945, *in verbis*:

> *"Artigo 7º, 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".*

É certo que a ação falimentar foi ajuizada em 1989, portanto, anteriormente à entrada em vigor da Lei nº 11.101/2005, motivo pelo qual o procedimento a ser observado é o do Decreto-Lei nº 7.661/1945, nos termos do artigo 192 da referida lei[2].

Observe-se, ainda, que a regra em questão, mantida na atual Lei de Falências em seu artigo 76, refere-se à competência absoluta.

Outrossim, o caso *sub judice* não se inclui nas exceções previstas no artigo 24, § 2º, do Decreto-Lei nº 7.661/45, pois, apesar de demandar quantia ilíquida, a ação não foi proposta antes da falência, *in verbis*:

> *"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.*
>
> *§ 2° 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"* (g.n.).

Aliás, esta Corte, em casos análogos, já se pronunciou nesse sentido:

> "Agravo de Instrumento – Competência – Ação de indenização por danos materiais e morais – Ajuizamento após a decretação da falência de litisconsorte passivo – Inexistência de exceções à regra do juízo universal da falência – Determinação de 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 – Decisão Mantida – Recurso improvido"[3].
>
> "AGRAVO DE INSTRUMENTO – COMPETÊNCIA – Ação de indenização por danos morais e materiais – Pretensão voltada à reforma

Acesso ao Sumário

2 Artigo 192, da Lei nº 11.101/05 – "*Esta Lei não se aplica aos processos de falência ou de concordata ajuizados anteriormente ao início de sua vigência, que serão concluídos nos termos do* **Decreto-Lei no 7.661, de 21 de junho de 1945**".

3 TJ/SP, AI nº 2096963-17.2015.8.26.0000, Relator(a): Maurício Fiorito; Comarca: São José dos Campos; Órgão julgador: 3ª Câmara de Direito Público; Data do julgamento: 22/09/2015; Data de registro: 22/09/2015.

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"[4].

Destarte, nada há que se reparar na respeitável decisão de primeiro grau.

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

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2249789-28.2015.8.26.0000, da Comarca de Campinas, em que é agravante JB FLORIANO ENGENHARIA LTDA., é agravado PREFEITO DO MUNICÍPIO DE PAULÍNIA.

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. Por maioria de votos, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 26.209)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores RAUL DE FELICE (Presidente) e ERBETTA FILHO.

São Paulo, 10 de março de 2016.

RODRIGUES DE AGUIAR, Relator

Ementa: AGRAVO – MANDADO DE SEGURANÇA – ITBI de 2015 referente à incorporação de imóveis em empresa em realização de capital social – Município de Paulínia – Liminar com o fim de imunidade – Requisitos – Ausência, pois não demonstrado o alegado *fumus boni iuris*, haja vista que não há prova pré-constituída de que a atividade da empresa seria somente a de construção civil e obras de engenharia, de modo a afastar a negativa administrativa baseada na conclusão de que seria ramo imobiliário (compra, venda e locação de imóveis) – Indeferimento liminar

Acesso ao Sumário

4 TJ/SP, AI nº 2109426-88.2015.8.26.0000, Relator(a): Rubens Rihl; Comarca: São José dos Campos; Órgão julgador: 8ª Câmara de Direito Público; Data do julgamento: 12/08/2015; Data de registro: 13/08/2015.

mantido – RECURSO IMPROVIDO.

VOTO

1. Agravo de instrumento interposto pela impetrante JB FLORIANO ENGENHARIA LTDA. contra a r. decisão de fls. 198 destes autos, proferida em mandado de segurança impetrado contra ato atribuído ao Sr. PREFEITO MUNICIPAL DE PAULÍNIA, pelo qual o recorrente pretende liminar que lhe assegure transferir e registrar imóveis citados na minuta deste agravo, sem o pagamento de ITBI, alegando em suma que sua atividade empresarial é a de construção civil e obras de engenharia em geral, o que nada se assemelha à compra, venda e locação de imóveis, de modo que faz jus à imunidade de ITBI a que alude o art. 156, II, § 2º, I, da CF c.c. arts. 35 a 37 do CTN, relativamente à integralização de imóveis em seu capital social. Esclarece que, se assim não for, o exercício de sua atividade corre risco, o que poderia colocar em mora seus compromissos como empresa. Aduz que com esses argumentos e a documentação encartada aos autos demonstra os requisitos do art. 7º, III, da Lei 12.016/2009, ou seja, *fumus boni juris* e perigo da demora.

2. A r. decisão agravada, proferida pelo MMº Juiz Carlos Eduardo Mendes, indeferiu a pretendida liminar ao fundamento de que a destinação comercial dos imóveis não foi demonstrada de plano.

3. Indeferido pedido liminar (fls. 202).

4. Recurso tempestivo, peças obrigatórias (fls. 44, 45, 46 e 93), preparo (fls. 199/200), respondido (fls. 209/ss) e sem oposição ao julgamento virtual (fls. 231).

É o relatório.

5. Para que seja possível deferir liminar em mandado de segurança devem estar *presentes fumus boni juris* e *periculum in mora* (art. 7º, III, Lei 12.016/2009).

No caso, faltaria o primeiro, conforme fundamentos seguintes.

Acesso ao Sumário

Isso porque há divergência quanto à atividade preponderante da impetrante, pois, de um lado, a contribuinte alega que seria a construção de imóveis e obras de engenharia, conforme contrato social, datado de 20/4/2014 (fls. 20/ss, 69/ss) e, de outro, a Prefeitura de Paulínia sustenta que seria ramo imobiliário (compra e venda ou locação de imóveis, o que impediria, à luz do art. 156, § 2º, I, CF c.c. art. 256 do CTM, o reconhecimento administrativo da pretendida imunidade ao ITBI quanto à incorporação dos imóveis mencionados na minuta do agravo em realização de capital social (fls. 94, 176/7).

Com efeito, neste instante processual, seria mais razoável prevalecer a negativa administrativa, haja vista que não seria prudente afirmar, unicamente com base no contrato social de uma empresa criada em abril de 2015 e em

inscrição cadastral (fls. 20/ss e 92), que, de fato, a atividade da impetrante, ora recorrente, seria a construção civil e obras de engenharia em geral.

Além disso, o ato administrativo que negou a pretendida imunidade estaria acobertado pela presunção de veracidade e legitimidade, o que demandaria da contribuinte prova pré-constituída mais robusta sobre sua atividade, de modo a demonstrar que ela não exerce, preponderantemente, a atividade de compra e venda ou locação de imóveis, ou ainda arrendamento mercantil.

Registre-se que o fato dos Municípios de Campinas e Sumaré terem acolhido as alegações de imunidade da recorrente (fls. 101), não infirma a negativa do Município de Paulínia, ora recorrido.

Postas as considerações acima, não haveria o alegado *fumus boni juris* (art. 156, § 2º, I, CF c.c. art. 256 do CTM e 35 a 37 do CTN), sem o que, por ora, não seria possível a concessão de liminar em mandado de segurança, pois não estariam presentes todos dos requisitos do art. 7º, III, da Lei 12.016/2009, de modo que seria o caso de manter o indeferimento da pretendida liminar.

Pelo meu voto, recurso improvido.

DECLARAÇÃO DE VOTO VENCIDO

(Voto nº 1.971)

Divirjo, com a devida vênia, da douta maioria fundando-me em análise da questão sob a ótica de integralização do capital de pessoa jurídica em seus atos constitutivos, o que, a meu ver, não admite imediata negativa de isenção do ITBI sobre essa operação.

A empresa JB Floriano Engenharia Ltda. foi constituída por instrumento particular de 28/4/2015, levado a registro na Junta Comercial em 26/5/2015 (fls 40 e 42) tendo por objeto social *a construção de imóveis e obras de engenharia em geral, inclusive sob a forma de subempreitada, execução de projetos* (fls.21).

Pretende a agravante o reconhecimento de isenção do ITBI nessa conferência de bens à pessoa jurídica, como integralização do capital subscrito pelos sócios. Indeferiu o r. despacho agravado a proteção liminar ao direito da impetrante sob o fundamento de abertura do contraditório, diante da insuficiência da documentação para ministrar convencimento de que os bens dados em pagamento de capital não se destinam à comercialização. Data vênia, a questão não é de prova, exceto documental, nem de se saber, ao menos neste momento, se os bens imóveis se destinam, ou não, ao comércio.

Isso porque, conforme preceitua o Código Tributário Nacional, nos casos de conferência de imóveis ao capital social de pessoas jurídicas, o ITBI só será devido se e quando for verificada a preponderância da atividade de venda,

Acesso ao Sumário

locação ou cessão de direitos relativos a imóveis, por parte da pessoa jurídica adquirente. Vejamos:

> *"Art. 36. Ressalvado o disposto no artigo seguinte,* ***o imposto não incide sobre a transmissão dos bens*** *ou direitos referidos no artigo anterior:*
>
> *I –* ***quando efetuada para sua incorporação ao patrimônio de pessoa jurídica em pagamento de capital nela subscrito****;*
>
> *(...)*
>
> *Art. 37. O disposto no artigo anterior* ***não se aplica quando a pessoa jurídica adquirente tenha como atividade preponderante a venda ou locação de propriedade imobiliária ou a cessão de direitos relativos à sua aquisição****.*
>
> *(...)*
>
> *§ 2.º Se a pessoa jurídica adquirente iniciar suas atividades após a aquisição, ou menos de 2 (dois) anos antes dela,* ***apurar-se-á a preponderância*** *referida no parágrafo anterior,* ***levando em conta os 3 (três) primeiros anos seguintes à data da aquisição****.*
>
> *§ 3.º* ***Verificada a preponderância referida neste artigo, tornar-se-á devido o imposto****, nos termos da lei vigente à data da aquisição, sobre o valor do bem ou direito nessa data."*

A preponderância é constatada quando mais de 50% da receita operacional da empresa adquirente tiver origem nas atividades de comércio imobiliário descritas no artigo 37 do CTN (§ 1º).

No caso dos autos em que a pessoa jurídica foi constituída em abril de 2015 e teve seu contrato social registrado perante a Junta Comercial em maio desse mesmo ano, evidente que não decorreu o tempo hábil para a verificação da atividade preponderante da agravante.

Desse modo, não se pode afastar, de plano, a viabilidade da isenção tributária sobre a transmissão dos imóveis que integralizaram o capital social da impetrante, o que admite proteção liminar desde logo, pois presentes os requisitos da relevância da fundamentação e *periculum in mora*, porquanto além do possível lançamento do tributo, inviável o registro imobiliário da operação de conferência de bens.

Por outro ângulo, a proteção liminar não coloca em risco o crédito fazendário porquanto, em caso de improcedência da demanda, é reversível a medida e cabe execução com as garantias legais à espécie.

Com estes fundamentos, meu voto dava provimento ao recurso.

RAUL DE FELICE, 3º Juiz

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2015914-17.2016.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante DI GIACINTO – GESTÃO E PARTICIPAÇÕES LTDA., é agravado PREFEITURA DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 15ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Deram provimento em parte ao recurso. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 1.874)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores RAUL DE FELICE (Presidente), ERBETTA FILHO e SILVA RUSSO.

São Paulo, 11 de março de 2016.

RAUL DE FELICE, Relator

Ementa: Agravo de instrumento – Município de São Paulo – Ação anulatória c/c repetição de indébito e antecipação dos efeitos da tutela – ITBI – Indeferimento de liminar – Desnecessidade de prévio requerimento administrativo em decorrência do Princípio da Inafastabilidade da Jurisdição contido no Inciso XXXV do artigo 5º da Constituição Federal – Lei Municipal 11.154/91 declarada inconstitucional pelo Órgão Especial desta Corte – Presentes o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora* que autorizam a adoção do valor transação como base de cálculo do imposto – Recolhimento previamente efetuado pela contribuinte – Suspensão da exigibilidade do crédito discutido – Possibilidade de alteração do registro imobiliário perante o Cartório competente – Recurso parcialmente provido.

VOTO

Vistos.

Trata-se de recurso de agravo de instrumento interposto por **DI GIACINTO – GESTÃO E PARTICIPAÇÕES LTDA**. em face da decisão copiada as fls. 16, que indeferiu a tutela antecipada requerida nos autos da ação anulatória c/c repetição de indébito por ela ajuizada contra a **PREFEITURA MUNICIPAL DE SÃO PAULO**, consistente na declaração de que a base de cálculo do ITBI

Acesso ao Sumário

é o valor da transação, bem como a autorização para que a requerente realize as providências necessárias para alteração do registro imobiliário e cadastral perante o 1º Oficial de Registro de Imóveis, com fundamento na ausência de relevância da fundamentação e o receio de dano irreparável, ressaltando que, em caso de discordância quanto ao valor do imóvel atribuído pelo Município para fins de incidência do ITBI, tem o contribuinte o direito de requerer avaliação especial, nos termos do art. 10 do Decreto Municipal nº 46.228/2005.

Aduz a agravante, que o Município de São Paulo entende que a base de cálculo a ser adotada no recolhimento do ITBI é o valor de referência de R$ 3.559.091,00, com alíquota de 3%, enquanto a contribuinte entende que o imposto deve ser recolhido com base no valor da transação, de R$ 1.575.007,94, embora o valor tenha sido pago a maior, em razão da adoção de alíquota equivocada, motivo pelo qual, ajuizou a presente ação anulatória c/c repetição de indébito. Sustenta que estão presentes no caso o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora* para a concessão da tutela antecipada, tendo em vista que é firme o entendimento de que o valor da transação deve ser adotado como base de cálculo do ITBI, devendo ser considerando, ainda, que a agravante não pode usufruir do imóvel enquanto a transação não for registrada no competente cartório. Requereu o provimento do agravo, visando à declaração de que o valor da transação deve ser adotado como base de cálculo do ITBI, bem como para possibilitar que o agravante leve seu título aquisitivo ao Registro de Imóveis.

O recurso foi recebido e processado sem a concessão do efeito suspensivo ativo requerido, tendo a Municipalidade agravada apresentado contrarrazões às fls. 90/91.

É O RELATÓRIO.

Verifica-se que Di Giacinto – Gestão e Participações Ltda. ajuizou ação anulatória com pedido liminar em face do Município de São Paulo, visando o recolhimento do ITBI incidente sobre a aquisição de um imóvel tomando-se por base de cálculo o valor da transação, em detrimento do valor venal de referência adotado pela Municipalidade, com a consequente repetição da quantia que alega ter recolhido a maior.

O D. juízo *a quo* entendeu por bem indeferir a liminar, ressaltando que, em caso de discordância quanto ao valor do imóvel atribuído pelo Município para fins de incidência do ITBI, tem o contribuinte o direito de requerer avaliação especial, nos termos do artigo 10 do Decreto Municipal 46.228/2005, gerando a interposição do presente recurso, que passo a analisar.

Inicialmente saliento que nenhuma lesão de direito escapará à apreciação do Poder Judiciário, conforme o Princípio da Inafastabilidade da Jurisdição contido no inciso XXXV do artigo 5º da Constituição Federal, de modo que não há o que se falar em necessidade de prévio requerimento administrativo por

Acesso ao Sumário

parte da contribuinte.

Quanto ao mérito, em juízo preliminar, não há como negar a existência do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora* no caso *sub judice*, decorrente da discussão a respeito da possibilidade de arbitramento e adoção do valor venal de referência para fins de recolhimento do ITBI, com base na Lei Municipal nº 14.256/2006.

A Lei Municipal nº 14.256/06 alterou o art. 7º, bem como acrescentou os arts. 7º-A e 7º- B da Lei nº 11.154/91, nos seguintes termos:

> *"Art. 7º: Para fins de lançamento do imposto, a base de cálculo é o valor venal dos bens ou direitos transmitidos, assim considerado o valor pelo qual o bem ou direito seria negociado à vista, em condições normais de mercado. (...)*
>
> *Art. 7º- A. A Secretaria Municipal de Finanças tornará públicos os valores venais atualizados dos imóveis inscritos no Cadastro Imobiliário Fiscal do Município de São Paulo.*
>
> *Parágrafo único. A Secretaria Municipal de Finanças deverá estabelecer a forma de publicação dos valores venais a que se refere o "caput" deste artigo."*
>
> *Art. 7º-B. Caso não concorde com a base de cálculo do imposto divulgada pela Secretaria Municipal de Finanças, nos termos de regulamentação própria, o contribuinte poderá requerer avaliação especial do imóvel, apresentando os dados da transação e os fundamentos do pedido, na forma prevista em portaria da Secretaria Municipal de Finanças, que poderá, inclusive, viabilizar a formulação do pedido por meio eletrônico."*

Ocorre que, o Órgão Especial desta Corte reconheceu a inconstitucionalidade de referidos artigos, nos seguintes termos:

> *"Nessa linha, em relação ao ITBI cabe ao próprio contribuinte declarar a base de cálculo e antecipar o recolhimento do imposto, restando ao poder tributante, posteriormente, examinar a operação, homologando-a ou não.*
>
> *É de se ressaltar, portanto, que, por ocasião do registro das escrituras públicas de compra e venda, não poderá ser exigido o recolhimento do ITBI segundo um valor venal de referência; nessa oportunidade, o contribuinte deverá proceder ao recolhimento do imposto apurado com base no valor do negócio jurídico tributado, cabendo à Administração lançar mão do procedimento previsto no artigo 148 do Código Tributário Nacional, caso discorde das declarações prestadas pelo sujeito passivo.*
>
> *O arbitramento administrativo do valor da exação, destarte, é providência excepcional e tem lugar apenas na hipótese de ser constatada eventual incorreção ou falsidade na documentação comprobatória do negócio*

Acesso ao Sumário

jurídico tributável, dependendo sempre da prévia instauração do competente procedimento administrativo, na forma do art. 148 do Código Tributário Nacional". (Incidente de Inconstitucionalidade n° 0056693-19.2014.8.26.0000, Órgão Especial, Des. Rel. Paulo Dimas Mascaretti, Data do julgamento: 25/03/2015)

No entanto, neste estrito âmbito de cognição, considerando-se que o pedido liminar *sub judice* se confunde com o mérito da ação, e que a relação jurídica de fundo há de ser definida na instância de origem, defiro em parte o pedido da agravante, para o fim de suspender a exigibilidade do crédito controverso até que seja julgada a lide, tendo em vista que ela procedeu ao recolhimento do imposto no valor que entende devido (fls.53/57), bem como para autorizar o registro do título aquisitivo do agravante no Cartório de Registro de Imóveis Competente.

Pelo exposto, **dá-se parcial provimento ao recurso**, nos termos do acórdão.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2230552-08.2015.8.26.0000, da Comarca de São José dos Campos, em que é agravante JOÃO WALDEMAR LUVIZOTTO, é agravado SÃO PAULO PREVIDÊNCIA – SPPREV.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 5ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Deram provimento ao recurso. V. U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 9.172)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores MARIA LAURA TAVARES (Presidente) e FERMINO MAGNANI FILHO.

São Paulo, 30 de março de 2016.

MARCELO BERTHE, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: RECURSO DE AGRAVO DE INSTRUMENTO EM AÇÃO ORDINÁRIA. SERVIDOR PÚBLICO FALECIDO. PENSÃO POR MORTE. Preenchidos os requisitos do artigo 273 do antigo Código de Processo Civil para a concessão de tutela antecipada. Demonstração do fumus boni iuris e do periculum in mora, bem como a urgência

referida no art. 300 do Novo Código de Processo Civil. Documentos demonstrando a residência em comum entre o particular e o servidor público falecido, além da dependência econômica. Decisão reformada. Recurso provido

VOTO

Tratam os autos de recurso de agravo de instrumento extraído de Ação Ordinária (nº 1025846-95.2015.8.26.0577), interposto contra a r. decisão de fl. 64, proferida pelo **MM. Juiz da 2ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de São José dos Campos**, que indeferiu o pedido de determinar o pagamento de pensão por morte, sob pena de multa diária.

O particular interpôs o recurso sustentando, em síntese, que é dependente economicamente de servidor falecido, pois é aposentado, de idade avançada e possuidor de vários problemas de saúde. Alega que morava com o servidor falecido que era solteiro e não tinha filhos e, portanto, ajudava na manutenção da casa e no pagamento das despesas. Menciona que está passando por dificuldades financeiras e, portanto, faz jus ao pagamento de pensão.

O efeito suspensivo foi deferido (fls. 74/75).

Foram apresentadas contrarrazões (fls. 80/90).

Não houve oposição quanto à forma de julgamento virtual.

É o relatório.

O recurso comporta acolhimento.

O particular é genitor de servidor falecido e pretende ter reconhecido o direito de receber pensão por morte porque dependente economicamente.

Por primeiro, é importante esclarecer que neste momento processual não há como analisar a questão de forma aprofundada, uma vez que se trata de juízo provisório, que não comporta exame exaustivo do mérito e ainda se encontra pendente de análise na primeira instância.

Compulsando os autos, constata-se que o ofício emitido pela Secretaria da Fazenda São Paulo Previdência demonstra que o particular comprovou a residência em comum com o servidor falecido (fl. 33).

Por sua vez, os documentos de fls. 25 e 37/44 demonstram que o particular tem idade avançada – 77 (setenta e sete anos) - (fl. 25) e que possui vários problemas de saúde (fl. 37/44).

Verifica-se, ainda, demonstração de gastos com remédio, supermercado e despesas gerais da casa que não são possíveis de manutenção tão somente com a aposentadoria do particular (fls. 31, 46/63).

Sendo assim, em análise de cognição sumária, restaram demonstrados

Acesso ao Sumário

os pressupostos para a concessão da tutela antecipada, previstos no art. 273 do antigo Código de Processo Civil, notadamente o **periculum in mora**, diante da possível dificuldade no pagamento das despesas, especialmente as médicas, bem como o **fumus boni iuris** diante dos documentos apresentados nos autos. Deste modo, presentes os requisitos, também, para a concessão da tutela de urgência referida no art. 300 do Novo Código de Processo Civil.

Por tais motivos, a r. decisão comporta reparos para que seja deferida a tutela antecipada para que seja paga a pensão por morte.

Pelo exposto, **dá-se provimento ao recurso.**

A fim de evitar a oposição de Recurso Embargos de Declaração visando apenas o prequestionamento, e para viabilizar o acesso às vias extraordinária e especial, considera-se prequestionada toda a matéria infraconstitucional e constitucional deduzida nos autos, sendo desnecessária a citação numérica de todos os dispositivos mencionados (STJ – AgRg nos EDcl no REsp 966.229/RS, Rel. Min. Og Fernandes, Sexta Turma, DJe 18.02.2013).

Na hipótese de interposição ou oposição de recurso contra esta decisão, ficam as partes intimadas, a partir da publicação, a se manifestarem expressamente, na petição de interposição ou razões recursais, se se opõe à forma de julgamento virtual, nos termos da Resolução 549/2011 do Órgão Especial deste E. Tribunal de Justiça.

Agravos Regimentais

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Regimental nº 0031191-84.2012.8.26.0053/50000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO, é agravado PEDRO PINTO CARDOSO NETO (JUSTIÇA GRATUITA).

Acesso ao Sumário

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 10ª 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 15.361)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores PAULO GALIZIA (Presidente) e ANTONIO CARLOS VILLEN.

São Paulo, 16 de março de 2016.

TERESA RAMOS MARQUES, Relatora

Ementa: AGRAVO INTERNO

Processo – Execução contra a Fazenda Pública – Informes oficiais – Impossibilidade – Apelação – Art. 557 do Código de Processo Civil – Negativa de seguimento – Possibilidade:

– Não demonstrada qualquer inconsistência no fundamento da decisão, é manifestamente infundada a irresignação do agravante.

Ementa da decisão:

PROCESSO

Execução contra a Fazenda Pública – Informes oficiais – Impossibilidade:

– Não pode a Fazenda exigir do exequente informes oficiais, pois os dados originais estão em seus próprios arquivos, sendo seu o ônus de examiná-los e prová-los.

VOTO

RELATÓRIO

Alega a agravante que a juntada de planilhas das diferenças devidas oriundas do órgão pagador ou de informes oficiais é imprescindível para a verificação dos cálculos. Sem a comprovação dos valores históricos, impossível a conferência do valor executado (art.475-B do Código de Processo Civil). A juntada de memória de cálculo discriminada do débito é ônus do exequente (art.614, inciso II, do Código de Processo Civil). Nula, portanto, a execução (art.741, inciso II, do Código de Processo Civil). Ressalte-se que este Tribunal de Justiça por diversas vezes reconheceu a nulidade da execução por ausência de juntada dos informes oficiais.

FUNDAMENTOS

O presente agravo interno não refuta os fundamentos da decisão agravada, a seguir repetidos e ora adotados.

1. O exequente, policial militar, transferido para a reserva em 6.5.04, ajuizou demanda reclamando o pagamento de licença-prêmio não usufruída, referente aos períodos de 5.10.93 à 3.10.98 (60 dias), 4.10.98 à 2.10.03 (60 dias).

Improcedente o pedido (fls.48/49 do apenso), em Segundo Grau, o recurso do exequente foi provido para julgar procedente a demanda e condenar a Fazenda a indenizar 60 dias de licença prêmio, referente ao período aquisitivo de 5.10.93 à 3.10.98 e 60 dias referente ao período aquisitivo de 4.10.98 à

Acesso ao Sumário

2.10.03 adquiridos e não gozados, observando o valor dos proventos na data da liquidação, atualizado a partir de então pelos índices constantes da tabela prática do Tribunal de Justiça, com juros moratórios de 6% ao ano a partir da citação; honorários fixados em 10% do valor da condenação (fls.70/80 do apenso).

Negado provimento ao agravo interno (fls.89/100 do apenso) e transitado em julgado o acórdão (fls.102 do apenso) que manteve a decisão monocrática, o autor requereu a citação da Fazenda para pagamento da quantia de R$103.585,42 (fls.105 e 109/110 do apenso), que opôs embargos, alegando nulidade porque não apresentados informes oficiais para conferência dos valores e excesso de execução.

Diante da concordância do exequente com os cálculos da Fazenda, a sentença, rejeitando a alegação de nulidade, julgou procedente os embargos.

2. O inconformismo é manifestamente improcedente. Não há nulidade na execução.

A Fazenda tem acesso aos prontuários dos servidores.

Não se justifica carrear ônus de prova para a parte contrária, quando a parte que reclama tem em seu poder os dados originais; com os dados que constam em seus arquivos, pode perfeitamente conferir a planilha apresentada pelo exequente.

Os valores pagos ao exequente são de conhecimento comum das partes, não havendo motivo para que o credor traga documentos que a devedora possui.

Destarte, com fundamento no art. 557 do Código de Processo Civil, nego seguimento ao recurso por sua manifesta improcedência.

Destarte, pelo meu voto, nego provimento ao agravo interno, por ser manifestamente infundado.

Apelações

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0034476-51.2013.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que são apelantes DOUGLAS IKEDA, MARCO ANTONIO FIGUEIREDO MONTEIRO, CARINA MAKSSOUDIAN KADAYAN, SAID TAKIEDDINE, MARCOS PAULO MASSAGLI LOPES, LUISA TANAKA, LEONARDO FERREIRA REBULI, KENJI MORITA, CHEN MEI HUA, VANDO FRANCISCO DE JESUS,

Acesso ao Sumário

MARILIA SANT 'ANNA NOVAES, SILVIO JOSÉ SOARES, VINICIUS DE FARIAS LIMA, ROSANA MEGUMI OKADA, EDGARD EMÍLIO DE MORAES LACERDA, SEBASTIÃO LUIZ DE SOUZA, ROSANA MUCCIOLO GONÇALVES DE CASTRO, RICARDO RAYES, JOÃO MANOEL ANTONIO, KARIN FLUCKIGER, MARCIO YUJI TASHIRO, EDUARDO DEL NEGRO, OMAR ALFONSO SANNINI, DANIEL DE ALMEIDA SOARES, LUIZ FERNANDO CASTRO DELGADO, MAMERTO GRANJA GARCIA, VALDOMIRO MOIA MARTINS, ILDERSON DE OLIVEIRA FRANÇA, MAURÍCIO MENDES DE OLIVEIRA e EDUARDO JARDIM RANGEL, é apelado PREFEITURA MUNICIPAL DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 1ª Câmara Extraordinária de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 25.993)**

O julgamento teve a participação dos Exmo. Desembargadores EVARISTO DOS SANTOS (Presidente) e JARBAS GOMES.

São Paulo, 22 de fevereiro de 2016.

SIDNEY ROMANO DOS REIS, Relator

Ementa: Apelação Cível – Servidores públicos municipais – Ação visando ao recálculo da Gratificação Fiscal Individual e da Gratificação de Produtividade Fiscal Meta Global com a correção dos valores do VRT com base no Indicador de Eficiência Tributária (IET) apurado – Sentença de improcedência – Recurso dos autores – Desprovimento de rigor – A alteração do Valor de Referência Tributária (VRT) com base no Índice de Eficiência Tributária (IET) não dispensa a necessidade de encaminhamento de projeto de lei específica à Câmara Municipal (art. 18, § 7º, da Lei Municipal nº 8.645/77, na redação dada pela Lei Municipal nº 14.712/08) – Não cabe impor ao chefe do Poder Executivo a obrigação de enviar o projeto de lei, sob risco de usurpar sua competência constitucional para avaliar, dentro de seu campo discricionário de conveniência e oportunidade, a viabilidade econômica da pretensão – Impossibilidade de concessão pelo Poder Judiciário, mesmo que por via transversa – Omissão que não dá ensejo à indenização – Sentença mantida – Apelação desprovida.

Acesso ao Sumário

VOTO

1. Trata-se de recurso voluntário dos autores contra a r. sentença de fls. 186/192, que julgou improcedente a ação visando ao recálculo da Gratificação Fiscal Individual e da Gratificação de Produtividade Fiscal Meta Global com a correção dos valores do VRT com base no Indicador de Eficiência Tributária apurado.

Em suas razões recursais, os apelantes alegam que o Município vem descumprindo a forma legal de cálculo das gratificações, que são pagas em montante menor que o devido. Pleiteia exame do pleito indenizatório pelas perdas e danos decorrentes da inação da apelada. Por fim, requerem a redução do valor arbitrado a título de honorários advocatícios, fixado em R$ 300,00 para cada autor (fls. 194/218).

Tempestivo o recurso, foi o mesmo regularmente processado, com apresentação das contrarrazões às fls. 238/257.

É o relatório.

2. O recurso não merece provimento.

Pretendem os apelantes, servidores públicos ocupantes de cargo de Auditor Fiscal Tributário Municipal, o recebimento dos reajustes devidos sobre a Gratificação de Produtividade Fiscal e a Gratificação de Produtividade Meta Global, instituídas pela Lei nº 8.645/77, ou o pagamento de indenização decorrente da perda salarial pela não observância da atualização de referidas verbas com base no Valor de Referência Tributária (VRT), que deve ser norteado pelo Índice de Eficiência Tributária (IET), se superior ao valor do VRT, conforme estabelecido na Lei nº 14.712/08.

A pretensão, contudo, atenta contra o princípio da reserva legal estrita. Isso porque a remuneração dos servidores públicos somente pode ser fixada ou alterada por lei específica, observada a iniciativa privativa em cada caso, assegurada a revisão geral anual, sempre na mesma data e sem distinção de índices (art. 37, X, CF).

Acesso ao Sumário

A alteração do Valor de Referência Tributária (VRT) com base no Índice de Eficiência Tributária (IET) não dispensa a necessidade de encaminhamento de projeto de lei específica à Câmara Municipal (art. 18, § 7º, da Lei Municipal nº 8.645/77, na redação dada pela Lei Municipal nº 14.712/08), como bem reconhecido pela r. sentença apelada. Do contrário, haveria inegável ofensa ao princípio federativo e à autonomia municipal.

O § 7º do artigo 18 da Lei Municipal 8.645/1977 deve ser interpretado como uma orientação ao Prefeito Municipal, reconhecendo a possibilidade do envio de projeto de lei, e não como um dever.

Com efeito, não cabe impor ao chefe do Poder Executivo a obrigação de enviar o projeto de lei, sob risco de usurpar sua competência constitucional para

avaliar, dentro de seu campo discricionário de conveniência e oportunidade, a viabilidade econômica e interesse público no aumento da remuneração de servidores, nos termos dos artigos 37, inciso X, e 61, § 2º, inciso II, alínea *a*, da Constituição Federal.

A propósito, esse o ensinamento de HELY LOPES MEIRELLES ao observar que o "aumento de subsídio e de vencimentos padrão e vantagens dos servidores públicos depende de lei específica, observada a competência constitucional para a iniciativa privativa em cada caso (CF, art. 37, X). Assim, para os do Executivo a iniciativa é exclusiva de seu Chefe (CF, art. 61, § 1º, II, "a"). É uma restrição fundada na harmonia dos Poderes e no reconhecimento de que só o Executivo está em condições de saber quando e em que limites pode majorar a retribuição de seus servidores" (Direito Administrativo Brasileiro, Malheiros, 33ª edição, 2007, pág. 484).

O caso em disputa, aliás, não é novo a esta Corte, que vem exarando inúmeros julgados neste mesmo sentido. Confira-se:

> CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. AUDITOR FISCAL TRIBUTÁRIO. GRATIFICAÇÃO DE PRODUTIVIDADE FISCAL E GRATIFICAÇÃO DE PRODUTIVIDADE FISCAL META GLOBAL. BASE DE CÁLCULO. VALOR DE REFERÊNCIA TRIBUTÁRIA (VRT). ATUALIZAÇÃO COM BASE NO VALOR DO INDICADOR DE EFICIÊNCIA TRIBUTÁRIA (IET).
>
> INADMISSIBILIDADE. Pretensão ao recebimento dos reajustes devidos sobre a Gratificação de Produtividade Fiscal e a Gratificação de Produtividade Meta Global com base no Índice de Eficiência Tributária (IET), se superior ao valor do Valor de Referência Tributária (VRT). Inadmissibilidade. Comando estatuído no art. 18, § 7º, da Lei nº 8.645/77, na redação dada pela Lei nº 14.712/08, que deve ser entendido como uma faculdade do Chefe do Executivo local, não como uma imposição legal. Necessidade de observância dos princípios da reserva legal estrita, da harmonia entre os Poderes e da autonomia municipal. Precedentes. Pedido improcedente. Sentença mantida. Recurso desprovido. (Apelação nº 0034450-53.2013.8.26.0053, Rel. Des. Décio Notarangeli, j. 25/09/2015)
>
> "REAJUSTE DE REMUNERAÇÃO. Auditores Fiscais Tributários do Município de São Paulo. Gratificação de produtividade fiscal individual e meta global. Base de cálculo. Valor do VRT (valor de referência tributária). Leis Municipais nº 8.645/77, 14.133/06, 14.712/08. Atualização. O § 7º do art. 18 da Lei Municipal nº 8.645/77, na redação dada pela Lei nº 14.712/08, deve ser entendido como uma faculdade do Prefeito, não como uma imposição legal. Inexistência de direito do servidor ao aumento

Acesso ao Sumário

pretendido. Precedentes desta C. Corte de Justiça. Ação improcedente. Recurso improvido" (Apelação Cível nº 1039439-51.2014.8.26.0053, Rel. Des. Carlos Eduardo Pachi, j. 20/05/15).

"SERVIDORES PÚBLICOS MUNICIPAIS. Auditores fiscais do Município de São Paulo. Reajuste das gratificações de produtividade com recálculo do valor de referência tributária (VRT) por meio do indicador de eficiência tributária (IET). Não há substituição imediata do VRT pelo IET, dependendo da aprovação de projeto de lei enviado pelo Prefeito Municipal à Câmara Municipal, nos termos do artigo 18, § 7º, da Lei Municipal 8645/1977. Possibilidade do Prefeito Municipal enviar o projeto, mas sem caráter impositivo. Exegese diversa implicaria em motivo de inconstitucionalidade por caber exclusivamente ao Chefe do Poder Executivo iniciativa de lei para aumento de remuneração de servidor, pertencendo, pois, à sua esfera de discricionariedade. Precedentes deste Tribunal. Demanda improcedente. Recurso não provido" (Apelação nº 1038694-71.2014.8.26.0053, Rel. Des. Edson Ferreira, j. 16/07/2015).

"APELAÇÃO CÍVEL. Auditores Fiscais do Município de São Paulo. Pretendido reajuste da gratificação de produtividade fiscal individual e meta global. Alegação de necessidade de alteração do valor do VRT para o valor do IET, quando este se mostrar superior. Impossibilidade. Alteração que depende de lei - Projeto de lei para atribuição do Valor de Referência Tributária (VRT) o valor do Indicador de Eficiência Tributária (IET) apurado é ato do Chefe do Poder Executivo. Exegese do artigo 18, §7º, Lei nº 14.712/2008 - Impossibilidade do Poder Judiciário compeli-lo a fazer ou suprir a omissão, sob pena de ofensa ao princípio da tripartição dos Poderes - Recurso desprovido" (Apelação nº 1012705-97.2013.8.26.0053, Rel. Des. Oscild de Lima Júnior, j. 16/06/2015).

"SERVIDOR PÚBLICO MUNICIPAL. AUDITOR FISCAL. "Gratificação por Produtividade Fiscal" e "Gratificação de Produtividade Fiscal Meta Global" aplicando-se o VRT apurado anualmente pela Municipalidade. Impossibilidade. Projeto de lei para atribuição do Valor de Referência Tributária (VRT) o valor do Indicador de Eficiência Tributária (IET) apurado é ato do Chefe do Poder Executivo (artigo 18, §7º, Lei nº 14.712/2008). Impossibilidade do Poder Judiciário compeli-lo a fazer ou suprir a omissão, sob pena de ofensa ao princípio da tripartição dos Poderes. Ação julgada improcedente no 1º grau. Sentença mantida. RECURSO DESPROVIDO." (Apelação nº 0014941-39.2013.8.26.0053, 12ª Câmara de Direito Público, Rel. Des. Isabel Cogan, 27/02/2015).

Acesso ao Sumário

Em suma, é inadmissível a concessão pelo Poder Judiciário de revisão de remuneração dos servidores públicos, em razão da omissão quanto à edição da lei prevista no artigo 37, X, da Constituição Federal, ainda que pela via

transversa de condenação ao pagamento de indenização.

Por fim, não merece reforma o valor arbitrado a título de honorários advocatícios, pois fixado em quantia que se mostra razoável e compatível com a dimensão do interesse em disputa, o trabalho desenvolvido nos autos e as condições socioeconômicas dos sucumbentes.

Destarte, é de ser mantida a r. sentença por seus próprios e jurídicos fundamentos.

3. Ante todo o exposto, pelo meu voto, nego provimento ao apelo.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0013247-93.2013.8.26.0066, da Comarca de Barretos, em que é apelante CÉLIA RODRIGUES (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: Reexame necessário improvido e recurso da autora parcialmente provido, V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 22.379)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores EDSON FERREIRA (Presidente) e J. M. RIBEIRO DE PAULA.

São Paulo, 1 de março de 2016.

VENICIO SALLES, Relator

Ementa: Reexame necessário (considerado interposto) e recurso de apelação da autora – ação ordinária indenizatória, reclamando danos morais e materiais;

- servidora pública estadual – aposentadoria por tempo de contribuição e por idade – pretensão ao recebimento de indenização consistente ao valor dos proventos desde a data que deveriam ser concedidos até a data que implantados administrativamente – possibilidade, observada a prescrição quinquenal;

- danos morais – inexistes e abarcados pelos danos materiais;

- sucumbência recíproca – ação julgada parcialmente procedente em 1º grau – sentença parcialmente

Acesso ao Sumário

reformada.

Reexame necessário improvido e recurso da autora parcialmente provido.

VOTO

1. Cuida-se de ação ordinária com pedido de tutela antecipada ajuizada por servidora pública estadual, objetivando a nulidade de **certidão** que deixou de computar os recolhimentos previdenciários de ***23.08.2000 a 31.03.2004***, determinando-se a imediata concessão de sua **aposentadoria** por tempo de contribuição e por idade, posto que possui 60 (sessenta) anos de idade e 32 (trinta e dois) anos de contribuição.

O pedido de tutela antecipada foi indeferido, razão pela qual foi interposto agravo de instrumento que foi improvido.

Foi realizada emenda à petição inicial para constar no pedido **indenização** por **dano material** consistente no pagamento das verbas relativas à aposentadoria desde a data em que deveria ter sido concedida, bem como indenização por **dano moral** no valor de 20 (vinte) vezes o salário bruto mensalmente recebido e corrigido (fls. 177).

A ré contestou a ação aduzindo que no período reclamado as contribuições previdenciárias foram recolhidas a menor.

A r. sentença julgou **parcialmente procedente a ação**, determinando à SPPREV que apostile o tempo de contribuição do período de ***23.08.2000 a 31.03.2004*** e que conceda aposentadoria após a comprovação do recolhimento da diferença de alíquota da respectiva contribuição previdenciária.

Irresignada, a autora interpôs recurso de apelação pugnando pela procedência total da ação.

A Fazenda apresentou contrarrazões.

É o relatório.

1. Inicialmente, há de ser considerado interposto o reexame necessário, nos termos do inciso I, do art. 475, do Código de Processo Civil.

A autora postula a concessão de **aposentadoria**, sustentando e trazendo substancial acervo documental, para provar ter atendido os pressupostos exigidos, seja em relação à idade da servidora, seja em atenção ao tempo de contribuição. Afirma que no período de LICENÇA (***com prejuízo da remuneração***) em que passou a exercer função comissionada junto à Prefeitura de Barretos, providenciou o recolhimento da contribuição previdenciária, conforme lhe franqueiam as regras e normas pertinentes, pois em seu entender, asseguraram a respectiva contagem do prazo para a aposentadoria.

Durante todo este o período de afastamento, que se estendeu do

dia 01.10.1995 ao dia 31.12.2012, a autora, como dito acima, promoveu, mensalmente o recolhimento da contribuição, com o propósito exclusivo de obter a contagem do respectivo tempo.

A Lei Complementar 180/78, vigente à época, impunha genericamente, a retenção ou recolhimento para todos os servidores, do valor correspondente a 6% (seis por cento) dos vencimentos, que seria, em princípio, necessário para custear o pagamento das pensões.

O Tesouro Estadual respondia diretamente por este encargo, empenhando recursos financeiros para arcar com as despesas e custos previdenciários. Assim, o sistema então vigente exigia do servidor, mesmo do licenciado, o pagamento do percentual de 6% que era creditado diretamente ao IPESP. Ao licenciado, as normas permitiam o pagamento para a conquista do direito à contagem do tempo.

Esta sistemática foi quebrada ou alterada com a edição da EC nº 41/2003, posteriormente regulamentada, a nível estadual, pela Lei nº 943/2003.

Esta lei regional foi publicada em 23.06.2003 e passou a produzir efeitos após seu período de 90 (noventa) dias de ***vacatio legis***, que se findou em 21.09.2003.

Observe-se que, desta data em diante, o sistema de previdência e pensões, de certa forma se MORALIZOU, passando a cumprir o princípio atuarial, ao impor recolhimento ou retenção adicional de 5% (cinco por cento).

Assim, em princípio, correto o entendimento apresentado pela digna Magistrada, ao excluir o período anterior a 21.09.2003, posto que a obrigação de retenção com alíquota de 11% (onze por cento), somente passou a ser cobrada posteriormente a esta data.

Portanto, o debate judicial fica restrito ao período de ***21.09.2003 a 01.04.2004***.

Para que as conclusões possam ser sustentadas, relevante considerar que as contribuições para as pensões e para a previdência, não representam segmentos autônomos, pelo contrario, fazem parte do mesmo sistema integrado.

As contribuições de 11% foram estabelecidas para custear os proventos e as pensões, tanto que somente a ré SPPREV, administra os fundos e promovem os créditos mensais de proventos e pensões.

Destarte, a despeito do fracionamento ou da precária separação entre fundos previdenciários e fundos destinados ao pensionamento, na forma tratada pela Lei Complementar 180/78 e legislação anterior, inexiste, em essência, fundamento para o reconhecimento de institutos de natureza jurídica autônomos e desvinculados.

Observe-se que a previdência privada, administrada pelo INSS, não faz

Acesso ao Sumário

separação entre os recursos destinados aos aposentados e aos pensionistas, reafirmando que o calculo atuarial envolve a responsabilidade do pagamento dos proventos e pensões.

Assim, evidente que até ***21.09.2003*** a contribuição da autora era dirigida exclusivamente para os cofres do IPESP, e neste período a autora conquistou direito à contagem de tempo.

A partir dessa data até ***01.04.2004*** a situação se inverteu, pois o pagamento passou a ser feito em montante **insuficiente**, pois, ao invés de 11% (onze por cento), determinado expressamente pela novel lei, o recolhimento continuou a ser efetivado na base de 6%.

Tendo um só destino para os recursos das contribuições, e considerando que estas partilham do mesmo sistema jurídico, evidente que o pagamento parcial não pode ser simplesmente descartado.

Obvio que dois (02) pagamentos mensais de 6%, que totalizam 12%, respondem pelo equivalente a um mês de contribuição, sobrando ainda o percentual de 1%.

No caso houve, aproximadamente, sete (07) meses de recolhimentos de 6% ao invés de 11% e isto corresponde a 3 (três) meses de pagamento integral da contribuição.

Assim quando do pedido de aposentadoria feito em julho de 2011, a autora não tinha os 32 anos de contribuição para atender às exigências legais, mas poderia ter passado para a inatividade remunerada a partir de janeiro de 2012, aproximadamente.

Portanto, não tem a autora direito integral ao que pleiteou. Possui o direito reconhecido na sentença de 1º grau mais três meses (soma de 6% para completar os exigidos 11%).

Assim, é reconhecido o direito à aposentadoria, com a contagem parcial do prazo em que a autora cumpriu cargo comissionado na Prefeitura de Barretos, na forma indicada.

Fará jus a autora à indenização correspondente aos meses trabalhados após ter completado os 32 anos de contribuição, na forma apresentada, não existindo motivo algum para o reconhecimento de indenização de sentido moral.

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.

No mais, não há que se falar em indenização por danos morais, posto que não há fundado ilícito indenizável praticado pela ré que acarretasse dano à moral da autora.

Destarte, deve ser concedida ***a aposentadoria para a autora a partir 04.11.2011***, com o pagamento das parcelas pretéritas, respeitada a prescrição quinquenal.

A sentença na forma em que prolatada condiciona a procedência da ação à análise documental da ré, portanto, deve ser reformada.

Diante da sucumbência recíproca, cada parte deverá arcar com a verba honorária do seu patrono e dividir as despesas processuais.

3. Ante o exposto, nega-se provimento ao reexame necessário e dá-se parcial provimento ao recurso da autora.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1007181-51.2015.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que é apelante UNIVERSIDADE ESTADUAL PAULISTA JÚLIO DE MESQUITA FILHO – UNESP, são apelados EMPRESA FOLHA DA MANHÃ S.A. e MÁRIO CÉSAR CARVALHO.

ACORDAM, em 3ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 9.827)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ANTONIO CARLOS MALHEIROS (Presidente sem voto), JOSÉ LUIZ GAVIÃO DE ALMEIDA e AMORIM CANTUÁRIA.

São Paulo, 16 de fevereiro de 2016.

RONALDO ANDRADE, Relator

Ementa: Apelação cível. Mandado de segurança impetrado por empresa jornalística e profissional jornalista de referido veículo de comunicação por meio do qual objetivam a divulgação da relação de salários mensais dos servidores da UNESP. Sentença concessiva da ordem que há de ser mantida. Administração Pública que se sujeita ao princípio da publicidade, devendo, portanto, divulgar seus gastos, a fim de

Acesso ao Sumário

efetivamente prestar contas à população, incluindo-se, pois, dados relativos aos gastos referentes aos vencimentos que paga aos seus respectivos servidores. Lei Federal 12.527/2011 que assegura o acesso da população à informação. Preceito expresso no Texto Constitucional, nos artigos 5º, inciso XXXIII, artigo 37, §3º, II. A Administração Pública, como gestora de recursos púbicos, deve prestar contas à população, de modo pleno, e sem ressalvas que atentem contra o efetivo acesso à informação. Divulgação almejada pelos impetrantes que atende, ainda, os princípios da transparência, publicidade, moralidade e legalidade. Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho que tem natureza autárquica (de regime especial) criada pela Lei 952, de 30 de janeiro de 1976, estando, pois, subordinada na forma do artigo 1º, parágrafo único, da Lei 12.527/2011, à sistemática constante da Lei de Acesso à Informação. Sentença mantida. Apelo não provido.

VOTO

Trata-se de recurso de apelação interposto em face da sentença de fls. 297/300 e 307 proferida nos autos de mandado de segurança, com pedido liminar, impetrado por Empresa Folha da Manhã S/A e Mário César de Carvalho, jornalista profissional da primeira, por meio do qual objetivam seja a Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho, UNESP, compelida a fornecer "relação de salários mensais de todos os seus profissionais de janeiro a outubro de 2014".

Referida sentença julgou procedente a ação e confirmou a liminar deferida no curso do feito para determinar ao impetrado, reitor da referida Universidade que fornecesse aos impetrantes relação de salários mensais de todos os profissionais da UNESP de janeiro a outubro de 2014, com a relação de nomes de todos os seus servidores, acompanhada da lotação e dos respectivos vencimentos (mês a mês), em relação ao período de janeiro a outubro de 2014, conforme postulado.

Insatisfeita com o resultado do julgado apela a entidade universitária pugnando por sua integral reforma.

Suas razões recursais estão acostadas, às fls. 310/321.

Nestas defende a falta de juridicidade da pretensão estampada na prefacial mandamental, assentando em linhas gerais que a divulgação das informações

Acesso ao Sumário

nos moldes requeridos pelos impetrantes fere princípios da intimidade e vida privada, além de atentar contra a segurança dos servidores públicos da entidade.

Sob esse enfoque, ressalva não desconhecer as disposições da Lei 12.527/2011, que assegura o acesso à informação nos termos previstos nos artigos 5º, XXXIII; 37, §3º, II e 216, todos da Constituição Federal, mas que, no entanto, como já demonstrado administrativamente, quando da análise do recurso administrativo interposto pelos agravados, referida norma infraconstitucional (Lei 12.527/2011), bem como o Decreto Estadual 58.052/2012 - que regulamentou a diretriz traçada na norma em referência, no âmbito do Estado de São Paulo - não explicita em qualquer dos seus dispositivos, a possibilidade de publicização de informações pessoais dos servidores públicos, *lato sensu*.

Assim, pondera que o direito de acesso às informações públicas não se sobrepõe (ao menos aprioristicamente) ao direito à intimidade, privacidade e segurança dos agentes públicos; complementa, mencionando que a própria Lei de Acesso à Informação assegura, em seu artigo 6º, III, a proteção da informação pessoal (aquela relacionada à pessoa natural identificada ou identificável, nos termos do artigo 4º, IV, da Lei n.º 12.527/2011). Em acréscimo, apontou prejuízos que desta poderão advir.

Pede-se, portanto, o conhecimento e provimento recursal para, assim como fez o Órgão Especial desse Colendo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo no julgamento do Mandado de Segurança Coletivo nº 0125727-52.2012.8.26.0000, reformar a decisão de 01ª Instância para o fim de modular os efeitos da ordem de segurança concedida, garantindo que os apelados tenham acesso às informações a respeito dos vencimentos dos servidores da UNESP no período de janeiro a outubro de 2.014, sem que haja a divulgação nominal, mas por meio das matrículas, cargos e lugares de lotação dos servidores.

Tudo isso, consoante aduz, para garantir o acesso à informação e a transparência dos gastos públicos sem, contudo, violar a vida privada, a segurança que é devida a TODOS OS CIDADÃOS, inclusive os servidores da UNESP, para que sejam poupados pelos apelados do suplício de terem suas vidas devastadas por uma eventual e midiática incoerência de se divulgar nominalmente seus salários, como medida de DIREITO e de JUSTIÇA.

O apelo recebeu resposta.

Contrarrazões recursais, às fls. 348/360, nas quais os impetrantes (empresa jornalística Folha da Manhã S/A e jornalista Mário César Carvalho) defendem a ratificação do julgado.

É o relatório.

Bem aplicado o direito na espécie, a sentença não comporta reforma.

A esse propósito, tem-se que a controvérsia fora decidida com a ponderação e razoabilidade necessárias, consoante o arcabouço legal, fático e

Acesso ao Sumário

principiológico ao caso aplicável.

Com efeito, anote-se estar a Administração Pública sujeita ao princípio da publicidade, devendo, portanto, divulgar seus gastos, a fim de efetivamente prestar contas à população, incluindo-se, pois, os dados relativos aos gastos com os vencimentos que paga aos seus respectivos servidores.

Nesta senda, vale pontuar que o *decisum* recorrido encontra-se bem fundamentado, consoante os preceitos trazidos pela Lei Federal 12.527/2011, que assegura o acesso da população à informação preceito expresso no Texto Constitucional, nos artigos 5º, inciso XXXIII, artigo 37, §3º, II além de coadunar com outros valores de obrigatória observância por entes e entidades públicas, como transparência e publicidade.

Ainda, sob essa perspectiva, a Administração Pública, como gestora de recursos púbicos, deve prestar contas à população, de modo pleno, sem ressalvas que atentem contra o efetivo acesso à informação, prestigiando-se, ademais, outros princípios de índole constitucional como a publicidade e a transparência.

Desse modo, como bem observado pelo juízo a divulgação almejada pelos impetrantes além de, também, atender os princípios da moralidade e legalidade, possibilita ampla fiscalização dos gastos públicos.

Anote-se, ainda, que a Lei 12.527/11 garante, em seu artigo 7º, o acesso à informação contida em registros ou documentos, produzidos ou acumulados por seus órgãos ou entidades, recolhidos ou não a arquivos públicos e àquela pertinente à administração do patrimônio público, utilização de recursos públicos, licitação, contratos administrativos.

Tendo o decreto regulamentador da norma em referência (Decreto 7.724/2011) ressalvado expressamente ser "dever dos órgãos e entidades promover, independente de requerimento, a divulgação em seus sítios na Internet de informações de interesse coletivo ou geral por eles produzidas ou custodiadas, observado o disposto nos arts. 7º e 8º da Lei no 12.527, de 2011 .

Estabelecendo-se, ainda, que deverão ser divulgadas, na seção específica informações sobre remuneração e subsídio recebidos por ocupante de cargo, posto, graduação, função e emprego público, incluindo auxílios, ajudas de custo, jetons e quaisquer outras vantagens pecuniárias, bem como proventos de aposentadoria e pensões daqueles que estiverem na ativa, de maneira individualizada.

Oportuno, ainda, trazer ao corpo deste voto, ementa de julgamento do Supremo Tribunal Federal, acerca do tema, ora em debate, *verbis*:

> "SUSPENSÃO DE SEGURANÇA. Acórdãos que impediam a divulgação, em sítio eletrônico oficial, de informações funcionais de servidores públicos, inclusive a respectiva remuneração. Deferimento da medida de suspensão pelo presidente do STF. Agravo Regimental.

Acesso ao Sumário

Conflito aparente de normas constitucionais. Direito à informação de atos estatais, neles embutida a folha de pagamento de órgãos e entidades públicas. Princípio da publicidade administrativa. Não reconhecimento de violação à privacidade, intimidade e segurança de servidor público. Agravos Desprovidos." (Agravo Regimental na Suspensão de Segurança 3.902/SP, Rel. Min. Ayres Brito).

Por fim, não se olvide a Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho, tem natureza autárquica (de regime especial) criada pela Lei 952, de 30 de janeiro de 1976, estando, pois, subordinada na forma do artigo 1º, parágrafo único, da Lei 12.527/2011, à sistemática constante da Lei de Acesso à Informação.

Não, pois, sobre qualquer ângulo que se analise a controvérsia não se vislumbra ensejo ao acolhimento das razões recursais e reforma da sentença recorrida.

Consideram-se prequestionados, para fins de possibilitar a interposição de recurso especial e de recurso extraordinário todos os dispositivos de lei federal e as normas da Constituição Federal mencionadas pelas partes.

Ante os fundamentos aqui expostos, pelo meu voto, nego provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 3002441-55.2013.8.26.0483, da Comarca de Presidente Venceslau, em que é apelante PREFEITURA MUNICIPAL DE PRESIDENTE VENCESLAU, é apelado SERASA S.A.

ACORDAM, em 1ª Câmara Extraordinária de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 14.668)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores EVARISTO DOS SANTOS (Presidente) e LEME DE CAMPOS.

São Paulo, 22 de fevereiro de 2016.

JARBAS GOMES, Relator

Ementa: SERASA – Inscrição de Município. Pretensão ao cancelamento da inscrição, sob o fundamento de que ilegal e implicar coação ilegítima. Descabimento.

Acesso ao Sumário

Hipótese em que há expressa previsão legal para a inscrição dos devedores nos cadastros de proteção ao crédito, inexistindo qualquer restrição no que tange às Fazendas Públicas. Art. 43 do CDC.
RECURSO NÃO PROVIDO.

VOTO

Trata-se de ação cominatória proposta pela *PREFEITURA MUNICIPAL DE PRESIDENTE VENCESLAU* em face de *SERASA S.A.*, visando à determinação do cancelamento de sua inscrição no cadastro de inadimplentes da requerida.

A r. sentença de fls. 55-57, cujo relatório se adota, julgou improcedente o pedido.

Recorre a Municipalidade (fls. 60-68).

Sustenta, em síntese, ser ilegal, abusiva e unilateral a sua inscrição pelo Serasa em seu cadastro de inadimplentes, implicando ilegítima coação ao obstar o recebimento de repasses e convênios, em ofensa ao princípio da supremacia do interesse público sobre o privado.

Alega, ainda, ter sido desrespeitado o seu direito ao devido processo legal, contraditório e ampla defesa.

O apelo foi recebido (fl. 70).

Foram apresentadas contrarrazões (fls. 72-76).

É o breve relato.

O recurso não procede.

Restou incontroverso nos autos figurar a Municipalidade de Presidente Venceslau no polo passivo de ação de execução proposta pelo Ministério Público com fundamento em multa prevista em Termo de Ajustamento de Conduta – TAC e aplicada em razão de seu descumprimento.

Também incontroverso ter sido previamente comunicada pelo Serasa de que a inclusão se daria, tendo-lhe sido concedido prazo de 10 (dez) dias para comprovar a existência de causa suspensiva ou extintiva da exigibilidade do crédito objeto da ação de execução (fl. 14).

A despeito dos argumentos da Municipalidade, a inscrição dos devedores nos cadastros dos órgãos de proteção ao crédito possui amparo legal no artigo 43 do Código de Defesa do Consumidor, inexistindo vedação à inscrição das Fazendas Públicas, até mesmo em respeito ao princípio da publicidade.

Com relação ao devido processo legal, à ampla defesa e ao contraditório, é facultado à Municipalidade opor embargos à execução em face do Ministério Público e neles pleitear a suspensão/extinção da exigibilidade do crédito.

Acesso ao Sumário

Caso seja deferido o pedido, basta a informação do fato ao Serasa para que este deixe de dar publicidade à inscrição ou a exclua.

No que tange à alegação de coação indevida ao pagamento, é de se observar cuidar-se de iniciativa autônoma do Serasa com amparo em disposição legal e sem intervenção do exequente, que dele não faz uso, portanto, para coagir o devedor ao pagamento.

Anote-se, ademais, que à época dos fatos vigia convênio entre o Serasa e a Corregedoria Geral de Justiça para inscrição dos devedores das ações de execução propostas perante a Justiça Estadual, fato que corrobora a sua legitimidade e a sua utilidade em prol do interesse público.

Por esses motivos, resta mantida a r. sentença por seus próprios fundamentos.

Isto posto, nega-se provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0012155-44.2012.8.26.0348, da Comarca de Mauá, em que são apelantes PREFEITURA MUNICIPAL DE MAUÁ, VIAÇÃO ESTRELA DE MAUÁ LTDA. e EMPRESA DE TRANSPORTE TRANSMAUÁ LTDA., é apelado LEBLON TRANSPORTE DE PASSAGEIROS LTDA.

ACORDAM, em 11ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento aos recursos. V.U. Sustentou oralmente, pelo apelante, a Dra. Thais de Almeida Miana (OAB 339200- SP).", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 22.309)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores AROLDO VIOTTI (Presidente sem voto), JARBAS GOMES e OSCILD DE LIMA JÚNIOR.

São Paulo, 1 de março de 2016.

LUIS GANZERLA, Relator

Ementa: MANDADO DE SEGURANÇA – Licitação – Transporte de passageiros – Anulação de atos administrativos praticados na Concorrência Pública nº 08/2004 – Procedimento eivado de vícios – Sentença de concessão da segurança mantida – Recursos não providos.

VOTO

A apelada **Leblon Transporte de Passageiros Ltda**., impetrou mandado de segurança (proc. com numeração inicial n.º 348.01.2012.012155-9/000000-000, 3.ª Vara Cível de Mauá, SP), contra ato do **Prefeito Municipal de Mauá, do Secretário de Mobilidade Urbana e do Presidente da Comissão Permanente de Licitação da Concorrência Pública nº 4/2008**, com intuito de suspender os efeitos da ata da sessão de retomada da Concorrência Pública n.º 04/08, de 06.07.2012, e os atos administrativos de homologação e adjudicação do certame à empresa vencedora, Viação Estrela de Mauá Ltda.; de sua inabilitação; do contrato de concessão firmado com a Viação Estrela de Mauá Ltda., na data de 13.07.12; do ato, de 13.07.12, da Municipalidade, que entendeu como emergencial o contrato de concessão 01/2010, firmado entre ela e o Município de Mauá (Ofício n.º 417/2012, fls. 246), além de eventuais atos que impliquem na retomada da Concorrência Pública 04/2008. Pleiteou a liminar (fls. 4/52).

A liminar, naquela ocasião, foi deferida para suspender os efeitos:

- do ato da Comissão Permanente de Licitação de 06.07.2012, que declarou inabilitada para o lote 02 a empresa Leblon Transporte de Passageiros Ltda. e habilitadas Viação Estrela de Mauá Ltda. e Empresa de Transportes Transmauá Ltda. e vencedora Viação Estrela de Mauá Ltda.;

- do ato do Secretário de Mobilidade Urbana de 11 de julho de 2012, que homologou o procedimento e adjudicou o objeto do certame à Viação Estrela de Mauá Ltda.;

- do contrato de concessão n.º 1/2012, celebrado em 13 de julho de 2012, entre o Município de Mauá e a Viação Estrela de Mauá Ltda.;

- da notificação da Secretaria de Mobilidade Urbana à Leblon Transporte de Passageiros Ltda. de 13 de julho de 2012 que recepcionou o contrato de concessão n.º 1/2012, celebrado em 29.04.2012, entre o Município de Mauá e Leblon Transporte de Passageiros Ltda., como contrato emergencial, com vigência de 180 dias (fls. 565/567).

Na sequência, contra o deferimento da liminar, interpuseram agravos de instrumento a **Viação Estrela de Mauá Ltda**. e a **Prefeitura Municipal de Mauá**, não providos (AI n.º 0182395-43.2012.8.26.0000, DM20.914-AI, j. 03.09.2012 e AI n.º 0186715-39.2012.8.26.0000, DM20.925-AI, j. 03.09.2012, ambos desta relatoria – fls. 689/697 e 698/706).

A empresa-impetrante, ora apelada, **Leblon Transporte de Passageiros Ltda**., informou o descumprimento da liminar concedida no mandado de segurança, pois, apesar das decisões judiciais, a Municipalidade firmou contrato emergencial com a Viação Estrela de Mauá Ltda., motivo pelo qual pleiteou a suspensão dos efeitos de qualquer contratação com objeto de concessão de serviço público de transporte coletivo de passageiros, referente ao lote 02 da

Acesso ao Sumário

Concorrência Pública n.º 0004/2008; a interrupção da execução do contrato emergencial firmado com a Viação Estrela de Mauá Ltda.; apreensão dos veículos da mencionada empresa; aplicação da multa de R$2.000,00 por dia, sem prejuízo de eventual decretação da prisão por descumprimento de ordem judicial (fls. 775/800).

Adveio r. decisão de deferimento dos seguintes pedidos:

a) suspensão dos efeitos dos contratos emergenciais e ordens de serviço que tenham por objeto a concessão de serviço público de transporte coletivo de passageiros do Município de Mauá, no que concerne ao lote 02, objeto de ratificação publicada no diário oficial de fls. 793;

b) intimação das autoridades, Prefeito Municipal de Mauá e Secretário de Mobilidade Urbana, para, imediatamente, interromper a execução do aludido contrato emergencial firmado com a empresa Viação Estrela de Mauá Ltda., para a operação do lote 02, com a retirada de circulação de todos os veículos da empresa, pena de busca e apreensão, e, ainda, aplicação de multa diária fixada em R$5.000,00;

c) intimação da empresa Viação Estrela de Mauá Ltda., para cessar a operação e não disponibilizar veículos para o transporte no lote 02 (fls. 898/901).

A seguir, contra essa decisão, interpôs agravo de instrumento a **Empresa de Transportes Transmauá Ltd**a., como litisconsorte e licitante interessada, na busca de inverter o decidido, para permitir a livre contratação emergencial pela Administração, o qual não foi provido (AI n.º 0129105-79.2013.8.26.0000, DM21.452- AI, j. 12.07.2013, desta relatoria – fls. 1.047/1.050).

Porém, o Presidente deste E. Tribunal de Justiça, nos autos do processo n.º 0165491-11.2013.8.26.0000, em 04.09.2013, deferiu o pedido da Municipalidade de Mauá, decisão esta suspensa, logo a seguir, pelo STJ, em reclamação ajuizada pela ora imperante-apelada, Leblon Transporte de Passageiros Ltda. (Reclamação 14.476-SP, rel. **MIN. HUMBERTO MARTINS**, j. 17.09.2013 (fls. 1.082/1.087, 1.117/1.138 e 1.151/1.157).

Posteriormente, a reclamação, no STJ, restou prejudicada, pois o Presidente deste E. Tribunal, informou ter reconsiderado sua decisão (Reclamação n.º 14.476-SP, **MIN. FELIX FISCHER**, Presidente, j. 22.10.2013 – fls. 1.158/1.159).

Na sequência, o Município de Mauá peticionou e afirmou a perda do objeto do *mandamus*, em razão da conclusão do processo administrativo, ante a apuração de fraude cometida pela impetrante no sistema de bilhetagem eletrônica, o que levou a rescisão do contrato de concessão celebrado (fls. 1.177/1.197).

Sobreveio r. sentença de concessão da segurança, para determinar às autoridades impetradas que se abstenham de praticar quaisquer atos

Acesso ao Sumário

administrativos de retomada da concorrência pública n.º 04/2008, pois o certame já foi encerrado pela homologação e adjudicação do objeto à impetrante em 23.04.2010 e para declarar nulos os seguintes atos administrativos:

a) sessão de licitação realizada em 06.07.2012, que retomou a concorrência pública n.º 04/08;

b) declaração de habilitação das empresas Viação Estrela de Mauá Ltda. e Empresa de Transportes Transmauá Ltda.;

c) declaração de inabilitação da impetrante;

d) julgamento da empresa Viação Estrela de Mauá Ltda. como vencedora do certame;

e) homologação do novo resultado da licitação verificado naquela sessão;

f) adjudicação do objeto da concorrência pública n.º 04/08 à empresa Viação Estrela de Mauá Ltda.;

g) contrato de concessão n.º 01/2012, celebrado com a empresa Viação Estrela de Mauá Ltda.;

h) modificação unilateral do contrato de concessão celebrado com a impetrante, para contrato emergencial com vigência de 180 dias;

i) contrato emergencial celebrado com a empresa Viação Estrela de Mauá em dezembro de 2012, tendo por objeto parte do lote concedido à impetrante para exploração.

As autoridades impetradas foram condenadas no pagamento das custas processuais, sem honorários (fls. 1.198/1.203).

Inconformadas, recorrem:

- **Prefeitura Municipal de Mauá** com preliminar de perda do objeto do mandado de segurança, ante a rescisão do contrato com a empresa-apelada; legalidade dos atos administrativos praticados na concorrência pública n.º 04/2008, pois em atendimento aos princípios da impessoalidade e da moralidade; contrariedade da sentença à decisão proferida na medida cautelar nº 19.664/SP, quanto ao retorno da Concorrência nº 04/2008 ao *status quo* e ausência de vício de motivação do ato administrativo (fls. 1.211/1.224).

- **Viação Estrela de Mauá Ltda.**, a qual alega a perda do objeto do *writ*; ausência de ilegalidade na retomada do procedimento licitatório e legalidade dos atos administrativos (fls. 1.226/1.239).

- **Empresa de Transportes Transmauá Ltda**. afirma inexistir ilegalidade na decisão da Administração Municipal de retomada da licitação, ante a anulação da sentença prolatada no mandado de segurança n.º 348.01.2008.017328.8.26.0348, por v. acórdão desta C. 11ª Câmara, com a revogação da liminar anteriormente concedida, que suspendeu o curso da concorrência pública, nos termos da Súmula 405, do STF; aponta ser nulo o

Acesso ao Sumário

contrato firmado com a impetrante, pois com base em ordem judicial anulada, nos termos do art. 59, da Lei Federal n.º 8.666/93. Por fim, pleiteia a extinção do *mandamus* sem resolução do mérito, pela perda do objeto, em decorrência da rescisão do contrato com a apelada, como noticiado pela Municipalidade (fls. 1.243/1.259).

Contrariado o recurso, com indicação de inexistência de perda de objeto do mandado de segurança, os autos foram remetidos a este E. Tribunal e a Douta Procuradoria Geral de Justiça manifestou-se pelo não provimento dos recursos (fls. 1.288/1.318 e 1.412/1.416).

É o relatório, em acréscimo ao da r. sentença recorrida.

A preliminar levantada pelas apelantes não é de ser acolhida.

Efetivamente, inexiste relação de prejudicialidade entre os atos atacados no mandado de segurança ora julgado e a rescisão contratual determinada pela Municipalidade à impetrante-apelada.

Com propriedade, expôs a respeito a Douta Procuradoria de Justiça, em lúcido parecer do **DR. JOÃO LOPES GUIMARÃES JUNIOR**, que *"[o] presente mandado de segurança não perdeu seu objeto em razão da superveniente rescisão, pela Administração, do contrato com a apelada em razão de suposta fraude no sistema de bilhetagem eletrônica. Isso porque o mérito da decisão relaciona-se à possibilidade de retomada da licitação, repercutindo portanto para além da contratação da apelada, para atingir também a validade da contratação das apelantes Viação Estrela de Mauá Ltda. e Empresa de Transporte Transmauá Ltda. Os seguintes precedentes do STJ demonstram que a questão da validade da contratação basta para manter o interesse no desfecho da ação, com o julgamento do mérito:*

A Corte Especial do STJ já acordou que 'a superveniente adjudicação não importa na perda de objeto do mandado de segurança, pois se o certame está eivado de nulidades, estas também contaminam a adjudicação e posterior celebração do contrato' (AgRg na SS 2.370/PE, Rel. Min. Ari Pargendler, Corte Especial, DJe 23.9.2011).

No mesmo sentido: REsp 1.128.271/AM, Rel. Min. Castro Meira, Segunda Turma, DJe 25.11.2009; e REsp 1.059.501/MG, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 10.9.2009. Rejeitada a preliminar (STJ, MS 12.892/DF, Rel. Min. Humberto Martins, Primeira Seção, 26/02/2014)

O cumprimento integral e o encerramento do contrato celebrado irregularmente com a prefeitura não implica perda de objeto da ação, tendo em vista que, mesmo admitindo-se ter a contratada direito à remuneração pelos serviços prestados, qualquer valor recebido indevidamente a maior, decorrente dos vícios na licitação, deverá ser restituído a título de indenização. (STJ, REsp 986.752/RS), Rel. Min. Castro Meira, Segunda Turma, 27/11/2012)."

No tocante ao mérito, também sem razão as ora recorrentes.

Ao decidir o agravo interno interposto pela Empresa de Transportes

Transmauá Ltda (0129105-79.2013.8.26.0000/50000, Mauá), contra a decisão monocrática que manteve a liminar concedida em primeiro grau neste mandado de segurança, esta C. 11.ª Câmara deixou assentada a seguinte passagem:

> *"Conforme asseverado pelo douto magistrado na R. Decisão agravada, somente a empresa impetrante Leblon Transporte de Passageiros Ltda., pode continuar a prestar os serviços de transporte público municipal, enquanto a licitação está sub judice.*
>
> *Ao contratar, de forma emergencial, a Viação Estrela de Mauá Ltda., a Administração contrariou as decisões proferidas nos agravos de instrumento, desta relatoria, os quais não foram providos, sendo mantida, assim, a liminar concedida em primeiro grau, ao sustar, imediatamente, os efeitos dos atos da Comissão de Licitação e determinar se aguardasse o julgamento do mandado de segurança n. 2.125/08, para a retomada do processo licitatório (AI n. 0182395-43.2012.8.26.0000, Mauá, DM 20.914-AI, j. 03.09.2012 e AI n. 01867515-39.2012.8.26.0000, Mauá, DM20.925-AI, j. 03.09.2012 – fls. 09/106 e 107/114).*
>
> *Outrossim, a empresa Leblon Transporte de Passageiros Ltda., vem prestando os serviços de transporte municipal e, assim, não há justificativa para contratação emergencial ou em razão de calamidade pública.*
>
> *Destarte, agiu corretamente o douto magistrado ao deferir os pedidos e sustar, imediatamente, os efeitos dos contratos emergenciais e ordem de serviço, pois contrariam, repise-se, as decisões judiciais."*

Não opera a argumentação das recorrentes de que haveria a possibilidade de adoção dos atos questionados, em razão de não mais persistir liminar em anterior mandado de segurança, pois, em segunda instância, a sentença, naquele feito, fora anulada (ap. nº 990.10.277369-8, Mauá, rel. **DES. ALIENDE RIBEIRO**, j. 29.11.2010).

É cediço que a anulação repõe a ordem processual no momento anterior da sentença; logo, se havia liminar e a sentença foi anulada, o processo continuou com a medida provisória inicialmente concedida.

Não se aplica, destarte, o disposto na Súmula 405, do STF, assim expressa:

> ***"Denegado o mandado de segurança pela sentença, ou no julgamento do agravo, dela interposto, fica sem efeito a liminar concedida, retroagindo os efeitos da decisão contrária"***

Isto porque referida súmula refere-se à denegação do mandado de segurança e não à anulação, atos processuais bem diversos.

A denegação da segurança afasta pretenso direito do impetrante; a anulação de sentença, como já indicado, afasta apenas a sentença e repõe o processo no estado anterior à prolação.

Resultado, os atos impetrados foram adotados de forma indevida e não podem ser convalidados.

Acesso ao Sumário

Descabida, ainda, a arguida contrariedade da r. sentença à decisão proferida quando da revogação da liminar na Medida Cautelar nº 19.664-SP, pelo STJ. A princípio, inviável se afigura a hipótese, pois a medida visava, apenas, à concessão de efeito suspensivo a recurso especial interposto perante este E. Tribunal, conforme se extrai da seguinte passagem:

> *"Cuida-se de medida cautelar interposta por LEBLON TRANSPORTE DE PASSAGEIROS LTDA. contra a EMPRESA DE TRANSPORTE TRANSMAUÁ LTDA. e OUTROS, com fundamento no art. 798 e seguintes do CPC, cuja finalidade é a de se obter efeito suspensivo a recurso especial interposto no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo cuja admissão ainda não foi realizada." (*MC nº 19.664-SP, rel. **MIN. HUMBERTO MARTINS,** j. 03.09.12)

Claro, portanto, não ter se submetido à apreciação daquela Superior Corte questões atinentes ao mérito da contenda, como indicado pela Prefeitura do Município de Mauá, razão pela qual a r. sentença jamais poderia ter contrariado algo que ali não se decidiu.

Ademais, a menção à restauração do "*status quo ante*", pela r. decisão do STJ, foi utilizada como supedâneo ao indeferimento do efeito suspensivo ao recurso especial, conforme se extrai do excerto:

> *"Não antevejo, num exame perfunctório, próprio das apreciações liminares, o requisito específico da excepcionalidade que motive a atuação desta Corte antes mesmo do pronunciamento do Tribunal de Justiça de São Paulo acerca da admissibilidade do recurso especial interposto pela requerente.*
>
> *Várias razões impulsionam-me a tanto:*
>
> *(a) Primeiro, a única decisão proferida pela instância ordinária que chancelava o direito que a requerente arroga possuir foi originada de um mandado de segurança, cuja ordem foi ao final denegada pela segunda instância jurisdicional, restaurando-se, com isso, em face da sua autoexecutoriedade, a situação jurídica ao status quo ante;"*

E, já debatido anteriormente o alcance da anulação daquela r. sentença, conclui-se pela inexistência de ofensa à decisão proferida pelo STJ.

Por fim, eventual nulidade do contrato firmado com a impetrante-apelada, nos termos indicados pelas apelantes, foge ao âmbito do presente *mandamus*; não obstante, bem ressaltou o C. Juízo de primeiro grau, inexistente decisão judicial a determinar a contratação da impetrante, de molde a carecer de respaldo a alegada contratação com base em decisão judicial anulada.

Ante o exposto, o caso é de não provimento dos recursos interpostos pela **Prefeitura Municipal de Mauá, Viação Estrela de Mauá Ltda.** e **Empresa de Transportes Transmauá Ltda**. nos autos do mandado de segurança impetrado por **Leblon Transporte de Passageiros Ltda**. contra ato do Prefeito

Acesso ao Sumário

do Município de Mauá, Secretário de Mobilidade Urbana de Mauá e Presidente da Comissão Permanente de Licitação da Concorrência Pública nº 08/2004 (proc. nº 0012155-44.2012.8.26.0348 – 3º Ofício Cível de Mauá, SP), mantida a r. sentença recorrida, por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Consigne-se, para fins de prequestionamento, inexistir ofensa aos artigos de lei mencionados, pois debatidos, analisados e decididos, prescindíveis as referências numéricas expressas (cfe. STF, RE 184347-SP, rel. **MIN. MARCO AURÉLIO**, j. 16.12.97; STJ, Edcl no RMS 18.205/SP, j. 18.04.2006, rel. **MIN. FELIX FISCHER** e AgRg no REsp 1066647-SP, rel. **MIN. ADILSON VIEIRA MACABU**, j. 22.02.2011).

As inconformidades, na Câmara, em razão deste julgado estarão sujeitas ao julgamento virtual e eventual discordância deverá ser indicada por ocasião das interposições.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0027120-44.2009.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que são apelantes SONIA MARIA SILVA, LEILA RENTROIA IANONNE e MARILEA NUNES VIANA, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 7ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento aos recursos. V.U. Sustentaram oralmente os Drs. Marcela Cristina Arruda Nunes, Frederico José Ayres de Camargo, Luiz Eduardo Greenhalgh e a Procuradora de Justiça Dra. Maria Fátima Vaquero Ramalho Leyser.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 23.156)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores COIMBRA SCHMIDT (Presidente) e LUIZ SERGIO FERNANDES DE SOUZA.

São Paulo, 15 de fevereiro de 2016.

EDUARDO GOUVÊA, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: APELAÇÕES CÍVEIS – Ação de improbidade administrativa ajuizada pelo Ministério Público julgada procedente pela infração do art. 12, inciso III, da Lei nº 8.492/92 condenando as rés a pagar multa civil equivalente a cinco vezes a remuneração recebida, com atualização monetária –

Contratação direta e sem procedimento licitatório da Universidade de Londres para bolsas de mestrado em curso de educação para professores da rede estadual de ensino – Apelantes que não tinham poder para autorizar a contratação da referida Universidade – Inexistência de dano ao erário – Res que não tiveram proveito econômico – Responsabilidade em tese do Secretário Estadual da Educação à época dos fatos – Não caracterização da improbidade administrativa – Sentença reformada.

Recursos providos.

VOTO

Trata-se de recursos de apelação interpostos por Leila Rentroia Ianonne (fls. 712/759), por Marileia Nunes Vianna (fls. 795/835) e Sonia Maria Silva (fls. 840/862), contra a r. sentença (fls. 688/702) proferida pelo MM Juiz de Direito da 3ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de São Paulo, que em ação civil pública por ato de improbidade administrativa, julgou procedente a demanda ajuizada ante as apelantes, condenando-as ao pagamento de multa civil no valor equivalente a cinco vezes a remuneração recebida, com atualização monetária.

Em síntese, as apelantes requerem em preliminar suas ilegitimidades passivas e no mérito a improcedência da ação alegando cada uma delas a responsabilidade da outra e subsidiariamente a redução da multa civil aplicada.

Apresentadas as contrarrazões (fls. 870/880), a D. Procuradoria de Interesses Difusos e Coletivos opinou pelo improvimento dos recursos (fls. 883/893).

É o relatório.

De rigor a reforma da r. sentença.

A presente ação civil pública por ato de improbidade administrativa foi ajuizada pelo Ministério Público do Estado de São Paulo, em face das rés acima mencionadas, com o intuito de condena-las nos termos do artigo 12, inciso III, da Lei nº 8492/92, pela pratica de ato improbidade administrativa previsto do art. 11, "caput" do mesmo Diploma Legal, por terem firmado "acordo", sem as formalidades legais, com a Universidade de Londres para a concessão de bolsa de mestrado em educação para professores da rede estadual de ensino. O projeto inicial, dentro do "Programa de Formação Continuada" da Secretaria Estadual de Educação, era enviar cerca de 100 (cem) professores da rede estadual para cursar mestrado em educação.

Evidentemente, para cursar o mestrado em Universidade na Inglaterra era necessário o domínio do idioma inglês e, para tanto, foi realizada prova

Acesso ao Sumário

de conhecimento e apenas 7 (sete) professores obtiveram aprovação, o que demandou redução das exigências e, assim, 33 (trinta e três) professores obtiveram media suficiente para a frequência do curso de mestrado.

Segundo o apurado no inquérito civil do Ministério Público, as três rés contribuíram para que as ilegalidades fossem praticadas e contribuíram decisivamente para o ato de improbidade.

Consta ainda dos autos que havia parecer da Consultoria Jurídica da Secretaria de Estado da Educação, apontado irregularidades na minuta do convênio, por não haver convergência de interesses, o que descaracterizaria o convênio, tratando-se, portanto, de mera contratação que não observou os procedimentos legais para sua efetivação. Frise-se que o parecer foi emitido quando os professores já estavam em Londres realizando o curso, sem que contrato ou convênio formal fosse realizado.

Inicialmente, na gestão do Secretário Estadual de Educação Sr. Gabriel Benedito Issac Chalita, o Conselho Estadual de Educação, emitiu parecer favorável a contratação da Universidade de Londres (CEE nº 172/2006 de 26/04/2006) e, após a saída dele, quando a Secretaria Estadual de Educação foi assumida pela Sra. Maria Lucia Marcondes Carvalho Vasconcelos, estranhamente o mesmo Conselho Estadual de Educação por decisão de 06.06.2006, voltou atrás e decidiu não homologar o parecer anterior, o que sem dúvida trás conotação política ao caso.

Frise-se ainda que em seu depoimento em juízo o então Secretário Estadual Educação Sr. Gabriel Chalita, informou que o próprio Governador do Estado, na época, esteve na cerimonia de lançamento do curso de mestrado, o que demonstra que tanto o Secretário Estadual da Educação quanto o Governador do Estado por ocasião do tal "convênio" com a Universidade de Londres, tinham pleno conhecimento dele e poderiam até tê-lo denunciado se assim quisessem.

Após regular instrução onde foram colhidas provas documentais e orais, o MM Juiz monocrático prolatou a r. sentença ora em apelação, julgou procedente a ação e condenou as requeridas ora apelantes, ao pagamento de multa civil no valor equivalente a cinco vezes a remuneração por elas recebida com atualização monetária até a efetiva satisfação do julgado.

Acesso ao Sumário

Entendo que a r. sentença deve ser reformada, pois depreende-se dos autos que as três requeridas, simplesmente operacionalizaram o "convênio" com a Universidade de Londres, cumprindo determinações superiores, pois não tinham poder de decisão para empreitada tão vultosa.

Junte-se o fato de como admitido pelo próprio Ministério Público, não houve prejuízo ao erário, e não houve proveito econômico das requeridas, que tinham bons antecedentes.

Portanto, não podem as requeridas, como se diz atualmente "pagar

o pato", e serem responsabilizadas por cumprir decisões políticas de Entes políticos estaduais.

Entendo que as provas documentais e orais contidas nos autos não são suficientes para condenação das rés nas sanções descritas no art. 11 da Lei n. 8.429/92, de modo que não agiu com acerto o DD. Magistrado de primeiro grau ao julgar procedente a demanda, já que não estão claramente demonstradas a má-fé, e o dolo das servidoras públicas, que apenas cumpriram determinações superiores.

Portanto, não comprovada a improbidade administrativa nem o dolo, culpa ou desvio de poder, de rigor a improcedência da ação.

Ante o exposto, dá-se provimento aos recursos, reformando-se a r. sentença de primeiro grau, julgando-se improcedente a ação.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1021601-95.2014.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que é apelante T4F ENTRETENIMENTO S.A., é apelado PROCON FUNDAÇÃO DE PROTEÇÃO E DEFESA DO CONSUMIDOR.

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 8.445)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores COIMBRA SCHMIDT (Presidente) e MAGALHÃES COELHO.

São Paulo, 22 de fevereiro de 2016.

LUIZ SERGIO FERNANDES DE SOUZA, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: AÇÃO ORDINÁRIA – Empresa atuante no ramo do entretenimento, autuada e multada pelo PROCON-SP por limitar a venda de meia entrada, com esteio na Lei Municipal nº 11.355/93, a 30% do total de ingressos comercializados – Reconhecimento da inconstitucionalidade da referida Lei pelo Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo – Lei Estadual nº 7.844/92, aplicável à espécie, que não estabelece limitações quanto à obrigação da casa de show, de espetáculos ou da empresa de promoção

de eventos artísticos ou culturais, de patrocinar meia entrada – Legalidade da Portaria PROCON nº 26/2006 e do valor da multa aplicada – Recurso improvido.

VOTO

Vistos, etc.

Cuida-se de ação ordinária movida por T4F Entretenimento S/A em face da Fundação de Proteção e Defesa do Consumidor – PROCON, na qual alega a autora, empresa atuante no ramo do entretenimento, que foi autuada por limitar a venda de ingressos sob regime de meia entrada a 30% do total de bilhetes comercializados para evento realizado em outubro de 2010, em suposta afronta à regra do artigo 39, *caput*, do Código de Defesa do Consumidor. Aduz a autora que a limitação adotada pela empresa na oportunidade da venda dos ingressos estava amparada na Lei Municipal nº 11.355, de 05/05/93, vigente na época dos fatos, argumentando, ainda, com a nulidade da decisão administrativa que manteve o auto de infração, porque ausente a fundamentação. Diante disto, busca a declaração de nulidade do procedimento administrativo instaurado pela requerida, ou, subsidiariamente, a redução do valor da multa aplicada.

Em contrarrazões, a requerida argumenta com a Lei Estadual nº 7.844/92, que assegura a todos os estudantes regularmente matriculados em instituição de ensino o pagamento de meia entrada em eventos esportivos, culturais e de lazer no Estado de São Paulo, sem estabelecer qualquer limitação percentual na quantidade de ingressos a serem disponibilizados sob este regime. No mais, defende a regularidade do procedimento administrativo e a legalidade do valor da multa imposta.

O juízo de primeiro grau julgou a ação improcedente, condenando a autora ao pagamento de custas processuais e honorários advocatícios, estes fixados em 10% sobre o valor atualizado da causa.

Em sede de apelação, a *T4F Entretenimento S/A* busca a reforma da r. sentença, repetindo a argumentação inicial, no que diz respeito à legalidade da limitação adotada pela empresa no evento objeto da autuação do PROCON-SP e no que toca à redução do valor da multa.

É o relatório.

O Município de São Paulo editou a Lei nº 11.355/93, que assim dispõe:

Art. 1º. Os estudantes de 1º, 2º e 3º graus regularmente matriculados, em estabelecimentos de ensino públicos ou particulares, oficialmente reconhecidos, terão assegurado o acesso aos cinemas, cineclubes, teatros, espetáculos musicais, circenses e eventos esportivos apresentados no Município de São Paulo.

Acesso ao Sumário

Art. 2º. Os estudantes pagarão o equivalente à metade do preço do ingresso pretendido para qualquer dependência destinada ao público.

Parágrafo Único - ***Fica limitado a trinta por cento o acesso de estudantes, com o desconto previsto neste artigo, aos eventos elencados no artigo 1º desta lei***

(grifo nosso).

Como se vê, a noticiada Lei foi editada para garantir o acesso de estudantes a estabelecimentos de lazer, cultura, entretenimento e esportes, mediante o pagamento de meia entrada, limitando, no entanto, a comercialização dos ingressos sob aquele regime a 30% do total de bilhetes colocados à disposição do público, no caso de eventos realizados no Município de São Paulo.

Ocorre que o Órgão Especial do Tribunal de Justiça, em 14 de fevereiro de 2007, declarou a inconstitucionalidade da Lei Municipal nº 11.355/93 (ADIN nº 0002064-13.2005.8.26.0000), fazendo-o sob fundamento de que o Município não tem competência para legislar sobre educação, cultura, ensino e desporto, diante da regra do artigo 24, IX, da Constituição Federal, que atribuiu à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislarem concorrentemente sobre a matéria.

Declarada a inconstitucionalidade de uma norma, os efeitos da decisão operam retroativamente (*ex tunc*), salvo se o Tribunal vier a restringi-los ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado (art. 226 do RITJSP c.c. art. 27 da Lei Federal nº 9.868/99). A propósito, colhe a lição da doutrina (Alexandre de Moraes, *Direito Constitucional*, Atlas, SP, 24ª ed., 2009, p. 757 a 7655) e da jurisprudência (RTJ 164/506).

Por fim, diga-se que a fixação da pena-base não se fez de maneira arbitrária, observando-se, de outra forma, os parâmetros estabelecidos na Portaria nº 26/2006 do PROCON, no concernente à dosimetria da sanção pecuniária, mais especificamente, quanto aos termos da equação prevista na norma do artigo 29, em consideração à gravidade da infração, à vantagem auferida e à condição econômica do infrator.

E a fórmula acima enunciada atende à regra do artigo 57 da Lei Federal nº 8.078/90, havendo de se acrescentar que a Portaria não institui sanção *ab ovo*, limitando-se a regular o funcionamento do sistema contido no Código de Defesa do Consumidor, não havendo de se falar, portanto, em inconstitucionalidade.

Noutras palavras, a Portaria não tipifica a conduta a que se amoldaram os fatos objeto do Auto de Infração, fazendo-o o próprio Código de Defesa do Consumidor, que estabelece a base e os limites para a aplicação da multa. Diga-se que o ato normativo apenas dá aplicação aos critérios utilizados para a fixação da penalidade, nos termos da Lei nº 8.078/90.

Do que se retira dos autos, a autora foi notificada pelo PROCON para

Acesso ao Sumário

apresentar os valores referentes à receita média mensal, a fim de que se fizesse o cálculo do valor da multa a ser aplicada (fls. 136 e 137). Diante da inércia da empresa, a Diretoria de Fiscalização estimou a receita, nos termos da regra do artigo 32, *caput*, da Portaria PROCON nº 26/2006, havendo de se consignar que o documento de fls. 76 não atende ao disposto nos incisos do § 1º daquele mesmo artigo.

E não caberia ao PROCON sair à cata de balanços e balancetes, tomando o tempo útil de seu corpo técnico, para calcular a receita média mensal, mesmo porque, até mesmo no campo do Direito Tributário, é dado estabelecer a base de cálculo dos impostos, a exemplo do ICMS, com fulcro em estimativa, não ocorrendo que a Suprema Corte, em algum momento, tivesse declarado inconstitucional a Lei Estadual nº 6.374/89 ou respectivo Decreto.

Enfim, a multa, considerado o porte da empresa, compatível com o tipo de atividade que desenvolve – pois "promove e viabiliza para o público brasileiro" o acesso a espetáculos de artistas internacionalmente consagrados, dentre eles, cantor e compositor brasileiro de grande expressão, como noticia logo na inicial –, atende à regra do artigo 111 da Constituição do Estado e às normas infraconstitucionais que regulam a espécie.

Nestes termos, nego provimento ao recurso.

Para fins de acesso aos Egrégios Tribunais Superiores, ficam expressamente pré-questionados todos os artigos legais e constitucionais mencionados pelos litigantes.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1002140-40.2014.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que é impugnante UNIVERSIDADE ESTADUAL PAULISTA "JÚLIO DE MESQUITA FILHO" – UNESP, são impugnados ELAINE TOSCANO MIRANDA, BERENICE HEREDIA ALONSO, EDSON PEREIRA e EUCLIDES RODRIGUES.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 12ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: RECURSO DE APELAÇÃO NÃO PROVIDO. PRESCRIÇÃO DECRETADA DE OFÍCIO. MANUTENÇÃO DA IMPROCEDÊNCIA POR OUTRO FUNDAMENTO, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 26.493)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores EDSON FERREIRA (Presidente) e OSVALDO DE OLIVEIRA.

Acesso ao Sumário

São Paulo, 4 de março de 2016.
JOSÉ LUIZ GERMANO, Relator

Ementa: APELAÇÃO. SERVIDOR PÚBLICO. URV. Pretensão ao reajuste de vencimentos com base no art. 22 da Lei Federal nº 8.880/94. Impossibilidade. Prescrição do fundo de direito. Inaplicabilidade da Súmula nº 85 do C. STJ. Situação diversa. A suposta conversão equivocada se operou em ato único, em 01.03.1994, termo *a quo* do início da fluência do prazo prescricional quinquenal previsto no Decreto nº 20.910/1932. Inexistência de direito imprescritível não fixado pela Constituição Federal. Prevalência do interesse público consubstanciado na segurança jurídica da pacificação da lide em detrimento do direito individual do particular. Precedentes deste E. Tribunal Bandeirante. Sentença de improcedência mantida por outros fundamentos.

RECURSO DE APELAÇÃO NÃO PROVIDO. PRESCRIÇÃO DECRETADA DE OFÍCIO. MANUTENÇÃO DA IMPROCEDÊNCIA POR OUTRO FUNDAMENTO.

VOTO

Trata-se de recurso de apelação interposto pelos autores Elaine Toscano Miranda e outros contra a sentença de fls. 192/197, cujo relatório se adota, que, em ação ajuizada em face da Universidade Estadual Paulista "Júlio de Mesquita Filho" – UNESP, julgou improcedente o pedido, com fundamento no art. 269, incisos I e IV, do CPC, ao argumento de que deveria haver a cessão do índice URV quando a carreira passasse por reestruturação remuneratória, o que ocorreu no caso concreto por força da Resolução UNESP 37/1998. Foram fixadas custas e despesas na forma da lei e honorários advocatícios calculados em 10% sobre o valor da causa, salvo gratuidade.

Apelam os autores alegando, em síntese, necessidade de aplicação da súmula nº 85 do STJ e afirmação de que a correção salarial posterior não compensaria a conversão a menor da moeda em URV.

O recurso de apelação foi recebido em ambos os efeitos e devidamente processado.

Contrarrazões apresentadas.

Acesso ao Sumário

As partes não se opuseram ao julgamento virtual.

É o relatório.

Os autores, funcionários da UNESP, pretendem receber diferenças por supostas falhas na conversão da unidade real de valor – URV, nos termos da Lei 8.880/1994.

A pretensão é singela: o reconhecimento do direito à conversão da URV, para que possa pleitear as parcelas devidas.

Consigno já haver decidido de forma favorável à tese autoral quando integrava a C. 2ª Câmara de Direito Público, ao argumento de que a prescrição seria meramente parcelar e incidente sobre direito de ação relativa às prestações não reclamadas no quinquênio que antecedeu a propositura da ação, alicerçado na Súmula nº 85 do STJ, sempre com a ressalva de necessidade de comprovação do efetivo prejuízo no caso concreto.

Até mesmo esta C. 12ª Câmara adotava o entendimento Pretoriano cristalizado na súmula acima citada. A propósito: AC nº 0015303-08.2009.8.26.0562, Rel. Osvaldo de Oliveira, j. 22.09.2010; AC nº 0011375-87.2010.8.26.0053, Rel. Venicio Salles, j. 28.11.2012; AC nº 0016966-30.2010.8.26.0053, Rel. Edson Ferreira, j. 05.09.2012; e AC nº 0003248-92.2012.8.26.0053, Rel. Isabel Cogan, j. 28.11.2012.

Entretanto, melhor refletindo sobre a questão, passo a adotar a tese atual comungada pelos demais pares desta C. 12ª Câmara, no sentido de que a pretensão firmada está atingida pela prescrição do próprio fundo de direito.

A fundamentação que adota a tese em referência está calcada em dois pilares: inexistência de direito imprescritível – que não fixado pela Carta Magna – aliado à prevalência da segurança jurídica em detrimento do direito indefinido à revisão de valores oriundos de conversão da moeda operados em meados de 1994.

De antemão, oportuno recordar o voto do Ministro Moreira Alves, do egrégio Supremo Tribunal Federal, no RE 110.419, ao tratar do tema da prescrição do fundo do direito (rel. Ministro Octavio Gallotti):

> "Fundo de direito é a expressão utilizada para significar que o direito de ser funcionário (situação jurídica fundamental) ou os direitos a modificações que se admitem com relação a esta situação jurídica fundamental, como reclassificações, reenquadramentos, direito a adicionais por tempo de serviço, direito a gratificação por prestação de serviço especial, etc. A pretensão do fundo de direito prescreve, em direito administrativo, em cinco anos a partir da data da violação dele, pelo seu não reconhecimento inequívoco."

A pretensão firmada pela parte autora reflete direito à modificação da situação jurídica fundamental do servidor, qual seja o direito à correta conversão

Acesso ao Sumário

da URV em 1994, refletindo em seus vencimentos.

Não obstante, como o próprio conceito de fundo de direito prevê, **tal pretensão prescreve**, em direito administrativo, em **cinco anos** a partir da **data da violação** dele.

Para a correta contagem do início do prazo prescricional, indispensável o escólio de Yussef Said Cahali:

> "havendo necessidade de se reconhecer um direito através de uma ação, para só então se reconhecer, as prestações vencidas, a **prescrição se inicia da data em que o mesmo direito deixa de ser observado**, de modo que, ao revés, apenas se configura a prescrição das prestações de trato sucessivo, quando as parcelas em débito decorrem de um direto já reconhecido" (g.n. - "Prescrição e decadência", RT, pág. 304). **(g.n)**

A **violação do direito**, refletida na suposta conversão errônea dos salários para URV, efetuou-se por **ato único**, a partir de **1.03.1994**, momento em que se **iniciou a fluência do prazo** quinquenal previsto no Decreto nº 20.910/1932.

Nesse sentido, inaplicável a Súmula nº 85 do STJ, visto não se tratar de relação de trato sucessivo e prescrição parcelar, mas sim do próprio fundo do direito, pois o ato nasceu de uma conversão inadequada em meados de 1994, nos termos da Lei Federal nº 8.880.

Em outras palavras: o ato é único no tempo, apesar de seus reflexos negativos se perpetrarem ao longo dos anos, sendo que tal situação em nada altera o início da fluência do prazo prescricional para que o servidor prejudicado se insurgisse à época contra a violação de seu legítimo direito.

Entendimento diverso dá ensejo à situação calamitosa vista hodiernamente pelos Tribunais Estaduais e Superiores de direito imprescritível não fixado pela Constituição Federal, mas sob o alicerce de entendimento Pretoriano, o que não se pode aceitar.

Vale lembrar também o antigo adágio latino de que *o direito não socorre aos que dormem*: como sustentar a situação em que a parte autora ajuíza demanda mais de 20 anos após a violação de seu direito?

Acerca do tema, primorosas são as ponderações do Rel. Des. Ricardo Dip, perante a 11ª Câmara de Direito Público, nos autos da Apelação Cível nº 0025351-61.2011.8.26.0269, julgado em 03.12.2012:

> "Se se rende a rediscutir os critérios frontais do ato conversor, não haverá limite algum, em boa lógica, para que se rediscutam indicativos antecedentes.
>
> É caricatural, mas, coerentemente, seria então possível discutir sobre os critérios usados para calcular nossos reais convertidos em cruzeiros, no ano de 1942, ou o corte de centavos, em 1964, a passagem a cruzeiros novos (1965), o regresso a cruzeiros (em 1970), a nova supressão de centavos (em 1984), a chegada dos cruzados (1986), que se mudara, em

Acesso ao Sumário

> novos (1989), tornaram a ser cruzeiros (1990), fizeram-se cruzeiros reais (1993, até chegarem à versada conversão em reais (1994).
>
> De fato, se não houve prescrição do fundo de direito quanto à conversão dos cruzeiros em reais, por que haveríamos de reconhecer símile prescrição nas demais conversões? Já nos veríamos a discutir se as velhas patacas, na primeira metade do nosso século XX, foram bem convertidas em cruzeiros"

Não se escusa salientar também que, no julgamento do REsp nº 1.101.726/SP, o E. STJ não analisou a prescrição do fundo de direito, mas tão somente o tema relativo à obrigatoriedade de conversão pelos Estados e Municípios, de acordo com os critérios da Lei Federal nº 8.880/94.

Por fim, a pretensão imprescritível da parte autora colide frontalmente com a segurança jurídica e pacificação das relações sociais.

Nesse embate entre o direito privado do servidor, surgido há mais de 20 anos, e o interesse público calcado na ordem e paz social, conferidos pela jurisdição após a pacificação da lide, deve prevalecer esta última, a fim de evitar a eternização de litígios.

Há precedentes deste E. Tribunal de Justiça, adotando entendimento idêntico:

> Recálculo de vencimentos - URV - Servidores Públicos Estaduais - Pedido de reajuste de vencimentos - Lei nº. 8.880/94 - O termo inicial do prazo prescricional é advento da lei que determinou a conversão - Prescrição do fundo de direito - Recurso especial repetitivo que analisou apenas tema de fundo - Prescrição do fundo de direito que não foi analisada em recurso especial repetitivo - Não se trata de retratação, nos termos do § 7° do artigo 543-C do Código de Processo Civil." (Apelação Cível nº 0020104-39.2009.8.26.0053, 11ª Câmara de Direito Público, Rel. Maria Laura Tavares, j. 26.02.2013)
>
> Servidora pública estadual. Recálculo de vencimentos. Alegação de não observância ou aplicação equivocada dos critérios da Lei nº 8.880/94. Conversão salarial pela URV de março de 1994. Prescrição do fundo do direito. Ato concreto da Administração, ao proceder à conversão dos salários ou complementação dos proventos. Decurso de prazo muito superior aos cinco anos previstos para a prescrição do fundo do Direito. Recurso dos autores desprovido" (Apelação Cível n° 0034690-13.2011.8.26.0053, 13ª Câmara de Direito Público, Rel. Luciana Bresciani, j. 27.2.2013)

Em suma, deve ser negado provimento ao recurso de apelação, mantendo-se a sentença de improcedência agora por outros fundamentos, para julgar extinta a ação, nos termos do art. 269, IV, do CPC, por força do reconhecimento da prescrição do próprio fundo de direito.

Mantida a sucumbência tal qual lançada na r. sentença recorrida.

Acesso ao Sumário

Para fins de prequestionamento, observo que a solução da lide não passa necessariamente pela restante legislação invocada e não declinada. Equivale a dizer que se entende estar dando a adequada interpretação à legislação invocada pelas partes. Não se faz necessária a menção explícita de dispositivos, consoante entendimento consagrado no e. Superior Tribunal de Justiça.

Ante o exposto, é **negado provimento** ao recurso de apelação, mas agora mantendo-se a improcedência do pedido por outros fundamentos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0008625-28.2009.8.26.0157, da Comarca de Cubatão, em que é apelante FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO, são apelados GUSTAVO CLETO MARSIGLIA e MARCELO PEREIRA QUINTAES.

ACORDAM, em 10ª 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 1.732/15)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PAULO GALIZIA (Presidente sem voto), ANTONIO CELSO AGUILAR CORTEZ e TORRES DE CARVALHO.

São Paulo, 14 de março de 2016.

ANTONIO CARLOS VILLEN, Relator

Ementa: EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. Responsabilidade tributária. Ex-diretores. Legitimidade para figurar no polo passivo da execução fiscal. Questão que foi objeto de decisão no julgamento de exceção de pré-executividade. Coisa julgada. Não reconhecimento. Acórdão que, ao deixar clara a necessidade de dilação probatória, não resolveu a questão definitivamente. Elementos dos autos que demonstram a retirada dos diretores antes da ocorrência dos fatos geradores. Dissolução da sociedade ocorrida muito tempo depois da saída. Responsabilização por fatos geradores posteriores à retirada. Inadmissibilidade. Precedentes do STJ. Sentença de procedência. Recursos oficial, que se

Acesso ao Sumário

considera interposto, e voluntário não providos.

VOTO

A sentença julgou procedentes embargos à execução fiscal por ICMS, para afastar a responsabilidade dos embargantes quanto aos créditos tributários exequendos e excluí-los do polo passivo da execução fiscal.

A embargada apelou. Afirma que a tese da ilegitimidade passiva dos embargantes já foi rejeitada por este Tribunal em sede de agravo de instrumento interposto no bojo de exceção de pré-executividade. Alega que os embargantes podem ser responsabilizados pelos débitos porque se retiraram da executada, Benzoato do Brasil Ltda., depois da ocorrência dos respectivos fatos geradores, conforme ficha cadastral da JUCESP constante dos autos. Acrescenta que a executada foi dissolvida irregularmente, nos termos da Súmula 435 do STJ, e que isso caracteriza a prática, pelos embargantes, de ato previsto no art. 135 do CTN.

Pede o provimento do recurso para que os embargantes sejam mantidos no polo passivo da execução fiscal.

Recurso tempestivo e respondido.

É O RELATÓRIO.

A sentença está sujeita a reexame necessário, tendo em vista o valor do direito controvertido (R$ 765.015,55 – fl. 13) e o disposto no artigo 475, *caput*, II, e § 2º, do Código de Processo Civil.

Os recursos oficial e voluntário não merecem provimento.

Não há que falar em coisa julgada no tocante à questão da legitimidade passiva dos embargantes. O acórdão que julgou o Agravo de Instrumento nº 990.10.101655-9, interposto contra a decisão que rejeitou a exceção de pré-executividade apresentada pelos ora embargantes, consignou o seguinte:

> *"No caso concreto, embora os agravantes aleguem a alienação das cotas da executada em agosto de 2001, eles nada esclarecem quanto ao fato de seus nomes constarem como titulares, sócios e diretores na ficha cadastral da empresa na JUCESP até novembro de 2007, conforme aludido pela Fazenda do Estado (fl. 110 destes autos). Cabia a eles infirmar esse dado, mas disso não se desincumbiram.* ***Não há elementos que, de plano, permitam concluir pela alegada ilegitimidade.***
>
> ***Saliente-se que a via estreita da exceção de pré-executividade é incompatível com a dilação probatória. A sede adequada para tanto são os embargos à execução****."* (fls. 225 do primeiro apenso) (**g.n.**)

Como se vê, o acórdão deixou claro que a questão não foi resolvida de maneira definitiva, dada a necessidade de dilação probatória.

Acesso ao Sumário

Quanto ao mérito, de acordo com cópia enviada pela JUCESP (fls. 114/135), o instrumento de constituição da executada, Benzoato do Brasil Ltda., prevê o seguinte: **(i)** o quadro de sócios é composto, única e exclusivamente, por Liquid Química S/A e Liquid Carbonic Indústrias S/A, as quais foram representadas, no ato de constituição, pelos ora embargantes; **(ii)** a administração e gerência da executada foram atribuídas à sócia Liquid Química S/A, que, por sua vez, delegou esses poderes de administração e gerência a quatro (04) diretores, dentre eles os embargantes.

Não se pode dizer, portanto, como quer fazer crer a apelante, que os embargantes eram, à época da constituição da executada, sócios desta, pois o art. 1.313 do Código Civil de 1916, então vigente, dispunha: "*Ainda que o mandatário contrarie as instruções do mandante, se não excedeu os limites do mandato,* ***ficará o mandante obrigado para com aqueles, com quem o seu procurador contratou****; mas terá contra esta ação pelas perdas e danos resultantes da inobservância das instruções*" (g.n.). E o art. 116 do Código Civil de 2002 ratifica: "***A manifestação de vontade pelo representante****, nos limites de seus poderes,* ***produz efeitos em relação ao representado***" (g.n.). O que se pode dizer é que os embargantes eram representantes legais e diretores tanto das sócias da executada como da própria.

Dessas considerações decorre a conclusão no sentido de que, para que os embargantes pudessem ser considerados sócios da executada em algum período, seria necessária a existência de um registro posterior, na respectiva ficha cadastral da JUCESP, de alteração contratual que lhes atribuísse a condição de sócio. Ocorre que não existe, nas fichas cadastrais constantes destes autos (fls. 56/59, 73/76 e 107/113), registro posterior com esse conteúdo, o que significa dizer que os embargantes jamais foram sócios da executada.

Por outro lado, essas fichas cadastrais indicam que em 22.08.2001 foi registrado, sob o número 173.244/01-4, um documento que alterava o contrato social da executada, de modo que suas sócias originárias (Liquid Química S/A e Liquid Carbonic Indústrias S/A) se retiravam do quadro societário para a entrada de novos sócios (fl. 57). Sucede que esse número de registro é o mesmo que consta da certidão de registro aposta pela JUCESP no documento de fls. 34/40 destes autos, o qual consubstancia a alteração contratual por último referida e mais uma outra, da maior importância para o caso: a partir do registro desse documento, a administração e gerência da executada passavam para as mãos dos novos sócios, "*ROMEU MAIO DE ARAÚJO COSTA, MARCOS ANTONIO VENDRAMINI JUNIOR e MILTON KAERIYAMA, sempre em conjunto de dois, que se incumbirão de todas as operações e representarão a Sociedade ativa, passiva, judicial e extrajudicialmente*" (fl. 36).

Diante desses elementos de convicção, é lícito concluir que, a partir de 22.08.2001, os embargantes deixaram de ser diretores e representantes legais da

executada.

Ora, se, a partir de referida data, os embargantes deixaram de ser diretores e representantes legais da executada e, por outro lado, nunca foram sócios dela, como se viu acima, é ininteligível a anotação feita pela JUCESP em 23.08.2001, segundo a qual os embargantes são qualificados como "*REMANESCENTE [....] REPRESENTANDO LIQUID QUIMICA S.A. E LIQUID CARBONIC INDUSTRIAS S.A., OCUPANDO O CARGO DE DIRETOR, ASSINANDO PELA EMPRESA*" (fl. 57). Tanto é ininteligível que o juízo *a quo* oficiou à JUCESP solicitando explicações a respeito do assunto (fl. 87), a qual, todavia, limitou-se a enviar cópias do ato constitutivo e da ficha cadastral da executada (fls. 106/135).

A embargada, por sua vez, não se deu ao trabalho de procurar esclarecer essa questão, limitando-se a pedir o julgamento antecipado da lide tendo em vista o que consta no quadro "*TITULAR/SOCIOS/DIRETORIA*" da ficha cadastral da executada (fl. 70). Acontece que esse quadro registra "*A SITUAÇÃO DA EMPRESA NO MOMENTO DE SUA CONSTITUIÇÃO OU AO SEU PRIMEIRO REGISTRO CADASTRADO NO SISTEMA INFORMATIZADO*", conforme informa a própria ficha (fls. 56 e 107), circunstância despercebida quando do julgamento do agravo de instrumento supramencionado.

Tudo leva a crer, portanto, que houve falha da JUCESP ao anotar, em 23.08.2001, a condição dos embargantes de "*REMANESCENTE...*", o que significa dizer que prevalece a conclusão alcançada a partir dos demais elementos de informação, isto é: além de nunca terem sido sócios da executada, a partir de 22.08.2001 eles deixaram de ser, inclusive para terceiros (arts. 1º, I, 32, II, e 36 da Lei 8.934/1994 e 1057, parágrafo único, do Código Civil de 2002), representantes legais e diretores dela.

Corolário disso tudo é que eles não podem responder pelos fatos geradores que ocorreram após tal data, como no caso, em que o primeiro fato gerador ocorreu em outubro de 2001.

Anoto que não há que falar em responsabilidade dos embargantes pela dissolução irregular da sociedade. Eles se retiraram da sociedade executada em 22.08.2001, enquanto a dissolução só foi constatada em 02.08.2006 (fl. 13/verso do primeiro apenso), e não há prova de que eles tenham praticado qualquer ato após essa retirada. Ressalte-se que a embargada manifestou desinteresse pela dilação probatória (fl. 70).

Acesso ao Sumário

Em consonância com o entendimento ora acolhido, vale mencionar a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

> *"TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO FISCAL. DISSOLUÇÃO IRREGULAR. REDIRECIONAMENTO A SÓCIO QUE NÃO FAZIA*

PARTE DO QUADRO SOCIETÁRIO DA EMPRESA. IMPOSSIBILIDADE. INCIDÊNCIA DO TEOR DA SÚMULA 7/STJ.

1. 'A presunção de dissolução irregular da sociedade empresária, conquanto fato autorizador do redirecionamento da execução fiscal à luz do preceitua a Súmula n. 435 do STJ, não serve para alcançar ex-sócios, que não mais compunham o quadro social à época da dissolução irregular e que não constam como co-responsáveis da certidão de dívida ativa, salvo se comprovada sua responsabilidade, à época do fato gerador do débito exequendo, decorrente de excesso de poderes, infração à lei ou contra o estatuto, conforme dispõe o art. 135 do CTN. Precedentes: EREsp 100.739/SP, Rel. Ministro José Delgado, Primeira Seção, DJ 28/02/2000; EAg 1.105.993/RJ, Rel. Ministro Hamilton Carvalhido, Primeira Seção, DJe 01/02/2011; REsp 824.503/RS, Rel. Min. Eliana Calmon, Segunda Turma, DJe de 13.8.2008; REsp 728.461/SP, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, DJ 19/12/2005' (AgRg no Ag 1.346.462/RJ, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe 24/05/2011).

2. No caso concreto, o Tribunal de origem consignou de forma expressa que não restou provado que à época da dissolução irregular da sociedade os sócios exerciam a gerência da empresa.

3. Para rever as razões de decidir do Tribunal a quo é necessário o reexame do conjunto fático-probatório, o que, à luz do entendimento sedimentado na Súmula n. 7 desta Corte, não é possível em sede de recurso especial.

4. Agravo regimental não provido."

(AgRg no AREsp 220.735/RS, Rel. Min. Benedito Gonçalves, 1ª Turma, DJe 16.10.2012)

Cumpre consignar, por fim, que, diferentemente do que alega a apelante, os nomes dos embargantes não constam da CDA como corresponsáveis (fl. 04 do primeiro apenso).

Pelo meu voto, nego provimento aos recursos oficial, que considero interposto, e voluntário.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0040792-85.2010.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que é apelante FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO, são apelados J.D.O.S. (JUSTIÇA GRATUITA) e J.C.O.S. (JUSTIÇA GRATUITA).

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 DOS AUTORES E DERAM PARCIAL PROVIMENTO AOS RECURSOS OFICIAL E VOLUNTÁRIO DA FAZENDA DO ESTADO E JULGARAM PREJUDICADO O RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 1.923)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores VERA ANGRISANI (Presidente) e CLAUDIO AUGUSTO PEDRASSI.

São Paulo, 9 de março de 2016.

CARLOS VIOLANTE, Relator

Ementa: Ação ordinária. Indenização por danos materiais e morais. Suicídio de preso em Delegacia de Polícia. Responsabilidade civil objetiva do Poder Público. Indenização devida. Dano moral decorrente da dor psicológica sofrida pelos autores. Nexo de causalidade entre a conduta omissiva e o dano. Pensionamento indevido. Não demonstrada ocupação lícita da vítima e contribuição para o sustento da prole. Sentença de parcial procedência. Recursos oficial e voluntário da Fazenda do Estado parcialmente providos. Recurso dos autores não provido, prejudicado o recurso do Ministério Público.

VOTO

Trata-se de apelações interpostas contra r. sentença de lavra da eminente Magistrada **Dra. Liliane Keyko Hioki**, que julgou parcialmente procedente a ação para condenar a Fazenda do Estado ao pagamento de indenização por danos morais no valor de R$ 72.400,00 a cada autor, corrigidos a partir da r. sentença (Súmula 362 do STJ) e juros de mora de 0,5% ao mês desde a citação; condenar a ré ao pagamento de pensão mensal aos autores, no valor de 2/3 do salário mínimo nacional, vigente à época do pagamento, desde a data do evento danoso até que o autor J. atinja a maioridade civil, ou até os 24 anos, caso comprovada a frequência em ensino superior e ao autor J. enquanto perdurar a incapacidade civil, ambos sem direito a 13º salário e férias, sem direito a acréscimo da pensão percebida por J., quando da sua extinção, devendo ser os autores incluídos em folha de pagamento. Condenou, ainda, a ré ao pagamento dos atrasados em parcela única, com base no valor do salário mínimo à época da liquidação, acrescido de juros de mora desde o evento danoso (Súmula 54

Acesso ao Sumário

do STJ e art. 398 do CC), afastada a aplicação da Lei nº 11.960/09. Condenou a ré, por fim, ao pagamento das custas e despesas processuais e honorários advocatícios de R$ 4.000,00.

Apela a Fazenda do Estado, pugnando pela total improcedência da ação e, subsidiariamente, para reduzir o valor da indenização por danos morais e honorários advocatícios, bem como para aplicação da Lei nº 11.960/09 e para o afastamento da condenação no pensionamento dos autores e afastamento do salário mínimo como índice de reajuste, por afronta à Súmula Vinculante 4.

Apela o Ministério Público, pretendendo a reforma da r. sentença com relação ao direito de acrescer dos autores, referente ao pensionamento, de modo que a cessação em relação a um, reverta em benefício do outro.

Apelam adesivamente os autores, pleiteando a reforma do julgado em relação ao direito de acrescer o pensionamento, em caso de cessação de pagamento a um dos autores, bem como a majoração dos honorários advocatícios de sucumbência.

Foram apresentadas contrarrazões.

Subiram os autos também para o necessário reexame da matéria.

O parecer da D. Procuradoria de Justiça é no sentido de reconhecer-se o direito de acrescer entre os autores em relação ao pensionamento (fls. 430/434).

As partes foram consultadas e não se opuseram ao julgamento virtual (fls. 436/438).

É o Relatório.

Nos termos do art. 475, II, § 2º, do CPC, recebo o recurso oficial.

Narram os autores que seu genitor foi preso em flagrante delito em 04/02/2010, sendo encaminhado ao 3º Distrito Policial da Capital, onde ficou custodiado e que no dia seguinte, em 05/02/2010 cometeu suicídio, enforcando-se com um cadarço na grade de ventilação da cela em que se encontrava detido.

A r. sentença julgou parcialmente procedente a ação, condenando a Fazenda do Estado ao pagamento de indenização por danos morais e pensionamento aos autores.

Pois bem, o art. 37, § 6º, da CF adotou a responsabilidade patrimonial objetiva do Estado, sendo necessário que o dano tenha sido provocado por agente público, sem qualquer mensuração de dolo ou culpa (teoria do risco administrativo), em que a indenização decorre tão somente do nexo causal e do dano.

> "O exame desse dispositivo revela que o constituinte estabeleceu para todas as entidades estatais e seus desmembramentos administrativos a obrigação de indenizar o dano causado a terceiros por seus servidores, independentemente da prova de culpa no cometimento da lesão. Firmou,

Acesso ao Sumário

assim, o princípio objetivo da responsabilidade sem culpa pela atuação lesiva dos agentes públicos e seus delegados". (*in* Direito Administrativo Brasileiro, Hely Lopes Meirelles, 36ª edição, pg. 686).

No caso em testilha, a discussão cinge-se à omissão do Estado no dever de vigilância do detento sob custódia em razão de prisão em flagrante delito, culminando em suicídio.

No que se refere à morte de preso sob custódia do Estado, a responsabilidade civil do ente público é objetiva.

É o que a doutrina chama de omissão específica do Estado, que ocorre nas chamadas relações de custódia de coisas e pessoas. Com base em tal teoria, define-se que o Estado tem o dever objetivo de zelar pela integridade física e moral do preso sob sua custódia, atraindo, então, a responsabilidade civil objetiva, em razão de sua conduta omissiva.

Pelo que consta dos autos, o pai dos autores estava sozinho na cela quando foi encontrado sem vida, enforcado com um cadarço preto.

Ele havia sido preso na noite do dia 04/02/2010 por suposta prática de roubo, sendo então conduzido à Delegacia de Polícia, lavrado o auto de prisão em flagrante delito e encaminhado para a carceragem. Ali o preso teria sido visto com vida até por volta das 07:00 horas, quando foi colhida sua assinatura nos documentos relacionados com o auto de prisão em flagrante. Foi encontrado morto por volta das 08:20 horas, pela equipe que estava assumindo o plantão do dia 05/02/2010.

Era dever do Estado preservar a vida e integridade física do custodiado posto sob sua guarda, conforme determina o art. 5º, XLIX da CF, estando claro o nexo causal entre a conduta (omissão) e o dano, ausente qualquer causa excludente de responsabilidade.

Decorre daí o dever do Estado em indenizar os autores, na medida que a falta de vigilância culminou com a morte do pai dos autores.

Nesse sentido, a jurisprudência:

Recurso extraordinário. Constitucional. Responsabilidade civil do estado. Morte de preso sob custódia do estado. Conduta omissiva. Responsabilidade objetiva. Agravo regimental ao qual se nega provimento (STF – 1ª T. – AgRg no RE 594.902 – Rel. Cármen Lúcia – j. 02.12.2010).

1. Agravo regimental em recurso extraordinário. 2. Morte de preso no interior de estabelecimento prisional. 3. Indenização por danos morais e materiais. Cabimento. 4. Responsabilidade objetiva do Estado. Art. 37, §6º, da Constituição Federal. Teoria do risco administrativo. Missão do Estado de zelar pela integridade física do preso. 5. Agravo regimental a que se nega provimento (STF – 2ª T. – AgRg no RE 418.566 – Rel. Gilmar Mendes – j. 28.03.2008).

Acesso ao Sumário

Responsabilidade civil. Indenização por dano moral. Suicídio de preso em cela de Delegacia de Polícia. Responsabilidade objetiva do Estado. Nexo de causalidade presente. Estado que é responsável pela incolumidade física de seus custodiados. Dever de indenizar caracterizado. Circunstâncias dos fatos e grau de culpa por omissão estatal que recomendam o arbitramento da indenização em R$ 20.000,00. Recurso da autora provido (TJSP – 2ª C. Dir. Público – Ap 0004207- 92.2014.8.26.0344 – Rel. Luciana Almeida Prado Bresciani – j. 01.09.2015).

Responsabilidade Civil. Indenização por morte de pai detento. Responsabilidade do Estado de assegurar a integridade física dos presos. Indenização por danos morais devida. Adequação do valor fixado a título de danos morais. Sentença mantida. Recurso não provido (TJSP – 4ª C. Dir. Público – Ap/RN 0001982-33.2002.8.26.0114 – Rel. Aliende Ribeiro – j. 10.08.2015).

Responsabilidade Civil do Estado. Morte de detento em Penitenciária. Obrigação do Estado pela incolumidade dos presos. Indenização por dano moral. Cabimento. Reexame necessário e recursos da ré e da autora desprovidos. Responsabilidade Civil do Estado. Indenização por danos materiais. Absoluta falta de provas do desenvolvimento de atividade remunerada pelo extinto. Reexame necessário e recurso da ré providos, prejudicado o da autora. Processo civil. Pleito da autora de majoração dos honorários advocatícios. Recurso prejudicado (TJSP – 1ª C. Ext. Dir. Público – Ap 0061094-88.2006.8.26.0114 – Rel. Borelli Thomaz – j. 23.06.2015).

A indenização por danos morais, no caso, é admitida como forma de atenuar a dor experimentada pelos filhos da vítima, ora autores, bem como impor ao responsável uma reparação pelo evento danoso. À evidência que a dor pela perda do pai não se quantifica, possuindo a indenização uma forma de compensação de ordem material, de modo a abrandar o sofrimento. O sofrimento e, em consequência, o dano decorrente da morte de uma pessoa ligada a outra por vínculo afetivo é presumido.

Assim, considerando que o 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 a gravidade do resultado, que foi a morte do preso, considerando ainda, nas circunstâncias em que ocorreu o suicídio, ausência de falta grave dos agentes do Estado, razoável a redução da indenização, em decorrência da morte do pai dos autores, para R$ 70.000,00 no total, a ser rateado entre os autores.

Com relação ao pensionamento pretendido pelos autores, não há prova

Acesso ao Sumário

nos autos que o falecido contribuía com o sustento dos filhos, nem mesmo que tivesse ocupação lícita, indevida a condenação do Estado ao pagamento de pensão mensal.

Na inicial, a vítima é qualificada como mecânico (fls. 02) e, a seguir, como pedreiro (fls. 09). Já na certidão de óbito (fls. 19), é declarada profissão de ajudante de pedreiro.

Declarou seu endereço (...) (fls. 77), diferente do endereço dos autores (...) (fls. 11/14).

O depoimento da testemunha Edna de Jesus Lima Barros (fls. 295), no sentido de que o *de cujus* contribuía para o sustento da família e que trabalhava como pedreiro, na construção de uma escola, é prova isolada nos autos.

Em conclusão, não há prova de que o falecido exercesse ocupação lícita, nem mesmo que coabitasse ou colaborasse com o sustento dos filhos, sendo, portanto, indevido o pensionamento pleiteado.

A pretensão recursal de majoração da verba honorária sucumbencial não comporta acolhimento, pois fixada em quantia razoável, segundo os critérios da equidade, nos termos do art. 20, §§ 3º e 4º do CPC, aplicável quando vencida a Fazenda Pública.

No tocante à correção monetária e juros de mora aplicam-se os critérios da Lei 11.960/09, a partir de sua vigência, observando-se o que for decidido pela Suprema Corte quanto à Repercussão Geral (Tema nº 810) no RE 870.947 (STF – Plenário – Rel. Luiz Fux – j. 16.04.2015):

> 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.
>
> (...)
>
> "Destarte, a decisão do Supremo Tribunal Federal foi clara no sentido de que o art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, com a redação dada pela Lei nº 11.960/09, não foi declarado inconstitucional por completo.
>
> (...)
>
> Quanto aos juros moratórios incidentes sobre condenações oriundas de relação jurídico-tributária, devem ser aplicados os mesmos juros de mora pelos quais a Fazenda Pública remunera seu crédito tributário;
>
> Quanto aos juros moratórios incidentes sobre condenações oriundas de relação jurídica não-tributária, devem ser observados os critérios fixados pela legislação infraconstitucional, notadamente os índices oficiais de remuneração básica e juros aplicados à caderneta de poupança, conforme

Acesso ao Sumário

dispõe o art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, com a redação dada pela Lei nº 11.960/09.

(...)

Pois bem. O Supremo Tribunal Federal, ao julgar as ADIs nº 4.357 e 4.425, declarou a inconstitucionalidade da correção monetária pela TR apenas quanto ao segundo período, isto é, quanto ao intervalo de tempo compreendido entre a inscrição do crédito em precatório e o efetivo pagamento. Isso porque a norma constitucional impugnada nas ADIs (art. 100, §12, da CRFB, incluído pela EC nº 62/09) referia-se apenas à atualização do precatório e não à atualização da condenação ao concluir-se a fase de conhecimento.

(...)

Daí por que o STF, ao julgar as ADIs nº 4.357 e 4.425, teve de declarar a inconstitucionalidade por arrastamento do art. 1º-F da Lei nº 9.494/97. Essa declaração, porém, teve alcance limitado e abarcou apenas a parte em que o texto legal estava logicamente vinculado no art. 100, §12, da CRFB, incluído pela EC nº 62/09, o qual se refere tão somente à atualização de valores de requisitórios.

Na parte em que rege a atualização monetária das condenações impostas à Fazenda Pública até a expedição do requisitório (i.e., entre o dano efetivo/ajuizamento da demanda e a condenação), o art. 1º-F da Lei nº 9.494/97 ainda não foi objeto de pronunciamento expresso do Supremo Tribunal Federal quanto à sua constitucionalidade e, portanto, continua em pleno vigor".

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 dos autores e DOU PARCIAL PROVIMENTO aos recursos oficial e voluntário da Fazenda do Estado, PREJUDICADO o recurso do Ministério Público, condenando a ré ao pagamento de indenização pelos danos morais, no valor total de R$ 70.000,00 (setenta mil reais), a ser rateado entre os autores, com incidência de correção monetária, a contar da publicação do v. acórdão (Súmula 362 do STJ) pelos critérios da Lei 11.960/09, e juros de mora pelos índices de juros aplicados à caderneta de poupança (art. 1º-F, da Lei 9.494/97, com a redação da Lei 11.960/09), observando-se o que for decidido pelo STF quanto à Repercussão Geral (Tema nº 810) no RE 870.947, afastando a condenação da Fazenda do Estado ao pensionamento dos autores.

Fica mantida, no mais, a r. sentença.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0025180-82.2009.8.26.0590, da Comarca de São Vicente, em que é apelante FERNANDO BISPO DA SILVA, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 1ª Câmara Extraordinária de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "1. Afastaram a matéria preliminar. 2. Deram provimento, em parte, ao recurso. V.U., sustentou oralmente o Dr. Daniel da Silva Oliveira.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 31.211)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores EVARISTO DOS SANTOS (Presidente sem voto), SIDNEY ROMANO DOS REIS e JARBAS GOMES.

São Paulo, 14 de março de 2016.

COIMBRA SCHMIDT, Relator

Ementa: IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. Uso de bem público no interesse de candidato em campanha eleitoral. Ilegitimidade da Câmara Municipal para atuar em questão com repercussão patrimonial, porquanto detentora somente de personalidade judiciária, não se inserindo a matéria no rol de suas prerrogativas. Reconhecimento da materialidade do fato pela Justiça Eleitoral, que o sancionou. Prova emprestada legitimamente admitida, a tornar desnecessária a abertura de dilação probatória para sua renovação. Subjacente improbidade administrativa *ex vi legis*. Recurso parcialmente provido para adequação do enquadramento legal e da penalidade aplicável ao caso.

Acesso ao Sumário

VOTO

A sentença acolheu parcialmente imputação de improbidade administrativa feita ao apelante (art. 73, I, § 7º, da Lei nº 9.504/97 c/c 10, XIII, e 11, I, da Lei nº 8.429/92) e, por haver utilizado aparelho de *fac símile* da Câmara Municipal de São Vicente em campanha reeleitoral, aplicou-lhe todas as sanções do art. 12, I, II e III, arbitrada a multa no triplo do valor do dano.

Apela o réu, tempestivamente, em busca de inversão de êxito. Argui

duas nulidades: desrespeito ao litisconsórcio passivo necessário com a Câmara Municipal de São Vicente e carência fundamentação, pois não analisou a tese de inexistência da prova da materialidade do ato. No mérito diz inexistente tal prova ou do dolo necessário à tipificação do fato como ímprobo, quer no aspecto eleitoral, quer no patrimonial. Alega, por fim, desproporcionalidade da sanção.

Contrarrazões a f. 362/87.

Propugnou a Procuradoria Geral de Justiça confirmação da sentença (f. 400/6).

É o relatório.

As preliminares são inconsistentes.

A uma por não haver legitimidade *ad causam* da Câmara Municipal para atuar na lide em defesa de seu patrimônio. E assim é por deter somente personalidade judiciária, isto é, *capacidade processual, ativa e passiva, para defesa de suas prerrogativas institucionais, como órgãos autônomos da Administração*, consoante afirmado no Recurso Especial nº 23.926-0, em que foi relator o Ministro Pádua Ribeiro, cuja ementa foi publicada na página 8.475 do Diário da Justiça da União de 18 e abril de 1994.

Colhem-se inúmeros precedentes a esse respeito, exemplificados nas apelações cíveis nºs 29.607-5 (relator Desembargador Sérgio Pitombo), 144.025-1 (relator Desembargador Vasconcellos Pereira), 180.114-1 (relator Desembargador Euclides de Oliveira), 195.793-1 (relator Desembargador Silveira Paulilo), 224.156-1 (relator Desembargador Ivan Sartori), 262.452.1 (relator Desembargador Lineu Peinado), 253.790-1 (relator Desembargador Oliveira Santos), 193.846-5 (relator Desembargador Christiano Kuntz), 103.807-5/2, 108.648-5/2, 9174211-62.2000.8.26.0000, 0000130-55.2012.8.26.0588 e 0001425-14.2015.8.26.0430; estes de minha relatoria.

A ação de improbidade movida contra vereador, obviamente, não viola prerrogativa alguma da Câmara Municipal, de modo a não haver que se cogitar do lobrigado litisconsórcio unitário.

A duas porque a sentença analisou adequadamente a prova, apontando os motivos em virtude dos quais optou pelo acolhimento da pretensão. E se o fez, obviamente, repeliu a tese dita omitida, frontalmente contrária à da sentença justamente porque, caso não estivesse comprovada a materialidade do fato, outro haveria de ser o desate.

O mais é mérito. E, ao contrário do que afirma o apelante, há prova, sim, da materialidade do ato de improbidade, forte a ponto de lhe ter valido condenação pela Justiça Eleitoral (f. 81/7 e 118/22), transitada em julgado (f. 124), ao pagamento de multa.

A prova, emprestada, é perfeitamente válida e admissível, na medida em que constituída de ecas de procedimento que tramitou na Justiça Eleitoral com

Acesso ao Sumário

ativa participação do apelante.

Com a percuciência habitual, a questão processual foi bem analisada pelo I. Des. Moacir Peres ao relatar a Apelação nº 058031-82.2010.8.26.0577:

Releva notar, neste passo, que a "prova emprestada pode referir-se a documentos, testemunhos, perícia, ou qualquer outra prova. [...] segundo a doutrina, a prova emprestada tem o mesmo valor da prova produzida por meio de carta precatória, desde que atendidos os seguintes requisitos: que tenha sido colhida em processo entre as mesmas partes; que tenham sido, na produção da prova, no processo anterior, observadas as formalidades legais; que o fato probando seja idêntico." (Elpídio Donizetti. Curso didático de direito processual civil. 11. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2/009. p. 354).

Sobre o tema, já decidiu este E. Tribunal de Justiça:

"A partir de um mesmo fato é possível extrair consequências diversas com a aplicação de sanções de âmbito criminal, administrativo e o previsto na Lei nº 8.429/92.

"A respeito da prova emprestada ensina ROGÉRIO PACHECO ALVES:

'De início, cabe conceituar prova emprestada como aquela que se transpõe documentalmente de um processo a outro, geralmente através de certidões ou cópias autenticadas, o que se verifica relativamente a processos da mesma natureza (v.g.: dois processos por improbidade administrativa) ou de natureza diversa (v.g.: dois processos, um criminal e outro por improbidade administrativa, relativamente ao mesmo fato). Assim, quanto à essência, a prova emprestada guardará a mesma natureza com a qual produziu-se no processo de origem (a prova testemunhal, por exemplo, manterá tal natureza também no processo para o qual é transportada), sendo certo, contudo, que quanto à forma a prova emprestada será sempre documental.

'Não só motivos de economia processual, mas sobretudo a busca da verdade conduzem a doutrina, atendidos os requisitos que a seguir serão vistos, à admissão da prova emprestada, não se tendo dúvida de que mesmo que diversas as naturezas e consequências materiais e processuais onde o fato se veja discutido, o objetivo do Poder Judiciário sempre será a composição do conflito (ou pretensão, se preferido) de forma justa, o que, por óbvio, pressupõe a maior aproximação possível da verdade fática.' (Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves, Improbidade Administrativa, 8ª ed., Ed. Saraiva, p. 1.020)

"Quanto à possibilidade da utilização da prova por Juízos distintos, continua o Autor:

'As provas levadas em conta para a solução da lide devem ser apenas aquelas produzidas pelo próprio Juízo da causa, em contraditório perante ele verificado? Muito embora alguns se inclinem pela admissibilidade da prova emprestada apenas entre processos da competência do mesmo Juízo, o fato é

Acesso ao Sumário

que nada impede o transporte de elementos entre processos cuja competência seja diversa. No particular, soa irrespondível o argumento no sentido de que "... não é certo nem indispensável que todas as provas precisem ser colhidas pelo juiz que as avalia. Há as que, mesmo no correr do feito, fogem a essa regra, como as provas de 'fora da terra', as quais são colhidas pelo juiz deprecado ou rogado, sem contudo perderem a eficiência que lhes for própria.

Ademais, os juízes de segunda instância conhecem e julgam de provas que por eles não foram colhidas". (ob. cit., p. 1.022).

O que seja: há prova suficiente, robusta, insofismável, da materialidade do fato e da própria autoria.

Não cabe analisar, aqui, a questão relativa à obtenção de dividendos eleitorais com o uso, em campanha, de bem pertencente à Fazenda Pública. Tal é da competência da Justiça Eleitoral, que já se pronunciou sobre a matéria. E o fez para reconhecer que o apelante, em campanha eleitoral, violou o art. 73, I, da Lei nº 9.504, de 1997, bem imóvel pertencente à Administração direta do Município. Fosse tal de responsabilidade do partido político ou da coligação, evidentemente a penalidade não teria sido aplicada à pessoa do candidato.

E o § 7º do dispositivo afirma, textualmente, que *as condutas enumeradas no caput caracterizam, ainda, atos de improbidade administrativa, a que se refere o art. 11, inciso I, da Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992 e sujeitam-se às disposições daquele legal, em especial às cominações do art. 12, inciso III.*

Ora a lei eleitoral é clara: a infração praticada é a tipificada no art. 11, I. Pela especialidade, não cabe invocar o art. 10, XIII, que, ao dispor sobre atos de improbidade administrativa que causam prejuízo ao erário, bem circunscreve seu campo de atuação no respectivo cabeçalho: *qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º desta lei.* No caso a sentença comparou o dispêndio com desprezível consumo de energia ou suprimento de papel a fatos de grande repercussão e expressivo prejuízo, o que não se mostra razoável.

Assim circunscrita a hipótese à remissão contida na lei eleitoral, em seu âmbito é que o fato há de ser tratado.

O prejuízo é passível de quantificação: havendo a obrigatoriedade de indicação de contato por *fax*, no mínimo o correspondente à locação de equipamento dessa natureza durante o período pelo qual perdurou o ilícito. A liquidação, todavia, haverá de se operar em execução, quando determinado, quando a questão haverá de ser aferida em todas as suas vertentes.

A multa, ainda que se lobrigue de pequena expressão, é devida: trata-se de sanção básica em casos que tais.

Todavia, impor perda de cargo, suspensão de direitos políticos e proibir

Acesso ao Sumário

a contratação ou a recepção de benefícios fiscais dos poder público mostra-se desarrazoado, pela simples razão de se fazer ausente a figura do desvio.

Frente ao exposto, dou provimento parcial ao recurso. Afastada a matéria preliminar, tipifico o fato, exclusivamente, no art. 11, I, da Lei nº 8.429/92 e, como tal, ratifico somente as imposições de ressarcimento e multa, elididas as outras sanções pela sentença aplicadas ao apelante.

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.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1011072-30.2014.8.26.0566, da Comarca de São Carlos, em que é apelante CRISTIANE DE SOUZA ODA FRANÇA, é apelado MUNICÍPIO DE SÃO CARLOS.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 14ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Deram provimento ao recurso. V. U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 8.283)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores OCTAVIO MACHADO DE BARROS (Presidente), HENRIQUE HARRIS JÚNIOR e MÔNICA SERRANO.

São Paulo, 16 de março de 2016.

OCTAVIO MACHADO DE BARROS, Relator

Ementa: APELAÇÃO – AÇÃO DE REPETIÇÃO DE INDÉBITO – ITBI – Unidade habitacional do Programa Minha Casa, Minha Vida – Art. 3º, inc. V, da Lei Municipal nº 10.086/89, com redação dada pela Lei Municipal nº 13.711/05 – Isenção tributária reconhecida – Edificações habitacionais que não abrangem as áreas externas ou comuns – Recurso provido.

Acesso ao Sumário

VOTO

Apelação em face da sentença que julgou improcedente a ação condenatória à restituição de valor pago[1], a título de ITBI, porque não caracterizada a isenção

1 Valor da causa: R$ 1.792,60 em 20/11/2014.

prevista no artigo 3º, inciso V, da Lei Municipal nº 10.086/89, com redação dada pela Lei Municipal nº 13.711/05, condenando a autora no pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios em R$ 788,00.

Recorre a autora argumentando que a área da unidade, integrante do conhecido programa habitacional *Minha Casa Minha Vida*, não ultrapassa 70,00 m², excluída a área destinada ao convívio social, suscitando, ainda, incidente de uniformização jurisprudencial.

Recurso devidamente processado e respondido.

Relatado.

O recurso merece ser provido.

Com efeito. O artigo 3º, inciso V, da Lei Municipal nº 10.086/1989, com a redação dada pela Lei Municipal nº 13.711/2005, exclui a incidência do ITBI sobre transmissões de unidades habitacionais, cujas áreas não ultrapassem a 70,00 m², incluindo os respectivos terrenos, desde que vinculadas a programas oficiais de habitação.

Assim, a boa hermenêutica desautoriza a interpretação de forma geral e abrangente, como preconiza o Fisco Municipal, dada a prevalência do princípio da estrita legalidade e tipicidade em matéria tributária, não ampliando nem restringindo o alcance do ato normativo que onera o fato típico.

Quanto ao limite máximo de 70,00 m², previsto na legislação invocada, de rigor observar que a unidade habitacional da autora contém 51,00 m², descontadas as áreas externas ou comuns, dentro, portanto, do limite legal.

Ademais, a Lei Municipal nº 10.086/89, que prevê a isenção tributária, cinge-se aos requisitos do artigo 3º, inciso V, sem fazer qualquer distinção o especificação a respeito da área, do local ou da finalidade do empreendimento imobiliário, enquanto que a Lei Municipal nº 14.986/09, que trata dos empreendimentos habitacionais de interesse social e o Plano Diretor da cidade, também não restringem a eficácia e aplicação do artigo 3º, inciso V, da Lei nº 10.086/89.

Já a pretendida instauração de procedimento de uniformização de jurisprudência não merece acolhimento, uma vez que ausentes os requisitos de conveniência e oportunidade da medida, em face do tema recursal ora suscitado. Com efeito, estabelece o art. 476, do CPC, cuidar-se de ato facultativo do relator, quando verificado entendimento dissonante em face de "**relevante questão de direito, que faça conveniente prevenir ou compor divergência entre câmaras ou turmas do tribunal**", propondo o julgamento do recurso "**pelo órgão colegiado que o regimento indicar**" (art. 555, par. 1º, do CPC).

Contudo, não é o caso dos autos, pois o entendimento aqui adotado está em consonância com as demais Câmaras Especializadas desta Corte, a dispensar a instauração do procedimento de uniformização.

Acesso ao Sumário

Daí porque, **dá-se provimento ao recurso**, com inversão do ônus da sucumbência e o indeferimento do pretendido procedimento de uniformização de jurisprudência.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0017292-68.2011.8.26.0048, da Comarca de Atibaia, em que é apelante PREFEITURA MUNICIPAL DE ATIBAIA, é apelado CRISTIANO SOUSA DO NASCIMENTO (JUSTIÇA GRATUITA).

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 5ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Deram provimento ao recurso. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 28.559)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores MARIA LAURA TAVARES (Presidente) e MARCELO BERTHE.

São Paulo, 11 de março de 2016.

NOGUEIRA DIEFENTHALER, Relator

Ementa: INDENIZAÇÃO – DANOS MORAIS – CHUVAS EXTRAORDINARIAS. Autor que obteve provimento de pretensão ajuizada em face de danos morais experimentados em virtude de inundações e cheias do Rio Atibaia. Lesão patrimonial excluída no r. Juízo de origem – Dano moral reconhecido. APELAÇÃO – Municipalidade arguiu defesa consistente na extraordinariedade da precipitação pluvial no período. Autor que não demonstra como, quando, a omissão do Estado gerou-lhe o dano moral. Não estabelecido do nexo de causalidade – A falta de um dos elementos da culpabilidade ao longo do debate contraditório, descrê o dever de indenizar. Apelação provida.

Acesso ao Sumário

VOTO

Vistos.

Estamos a tratar de apelação interposta pela Municipalidade de Atibaia em desfavor da respeitável sentença proferida a fls. 816/824 cujo desate deu-

se no sentido do acolhimento parcial da ação proposta por Cristiano Sousa do Nascimento contra a apelante (bem como contra a SABESP). Do julgado em referência adveio preceito condenatório relativamente ao pagamento de indenização por danos morais (vide referida sentença, depois ligeiramente modificada pelos embargos declaratórios opostos pela parte vencida – fls. 827/30), orçados em R$ 20.000,00 (vinte mil reais) – condenação imposta apenas à Municipalidade, de vez que o r. Juízo afastou a SABESP da lide. O digno julgador não conheceu a demanda no tocante aos danos materiais e fixou condenação atribuível ao autor por que sucumbente no tocante à demanda que formulou contra a litisconsorte mencionada acima.

A demanda foi proposta colimando o adimplemento dos prejuízos resultantes das cheias que atingiram o município de Atibaia nos fins do ano de 2010 e meados de 2012, porquanto o autor da ação – que, por sinal, formulou também pedido cautelar antecipatório, perdeu móveis e eletrodomésticos em razão das chuvas. Eis as razões do pedido condenatório ao qual se agregou a postulação por reparação em razão de danos morais que, conforme aduziu, advieram por força do evento natural.

O recurso interposto entre as folhas 833 e seguintes, esteia-se, em resumo, no argumento segundo o qual, não há elementos para inferir o dado que identifica a responsabilidade do Poder Público, e da indenização fixada no decisório recorrido, aliás, provida unicamente em relação aos danos morais.

As contrarrazões foram opostas entre as fls. 855 e seguintes.

São estas as principais etapas do processo no que atine ao debate recursal.

É o relatório. Passo ao voto.

Decerto que ao Estado, ou como mais usualmente diz-se, ao Poder Público, impende a carga de responsabilizar-se por danos morais ou materiais sofridos por alguém, desde que para tanto concorra ação ou omissão antijurídica imputável ao Estado, que haja um nexo de causalidade entre o "eventus damni" e que no caso suceda alguma omissão ou ação – ainda que incipiente ou insuficiente, a ele conferida.

Pois bem;

Há que se definir a extensão e o modo da culpa do Estado no evento gerador dos danos.

A petição inicial em momento algum descreve o itinerário da ação ou omissão do Estado relativamente ao caso concreto, qual seja, o das enchentes que atingiram a cidade. Trouxe apenas alusões ligeiras "en passant" dadas no sentido de que ao Poder Público atine o dever de limpar e desobstruir calhas de córregos, ribeiros e rios. Ora, isso é evidente e indiscutível, mas não é suficiente para destravar a chave da responsabilidade civil do Estado. Quer dizer, o interessado deve demonstrar como, onde e que omissões, ações, atos, etc. geraram o dano,

Acesso ao Sumário

pois o dever de indenizar requer a "demonstratio" da conduta culposa, ilícita – uma vez que a responsabilidade objetiva não quadra ao caso que concretamente é examinado. A referência genérica e abrangente não supre o ônus de promover adequada concertação indenizatória. E o autor não circundou a cadeia de fatos que produziram os danos cuja reparação requer; fala em contenção das águas da represa de Nazaré Paulista, não realizada pela SABESP. Todavia, esta empresa não figura mais na lide. Sustenta que a Municipalidade aprovou loteamentos urbanos sem critério algum. Ora, nem lá nem cá demonstrou qual terá sido o fator desencadeante do evento – a exemplificar: "as bocas de lobo da rua tal, encheram-se tanto que extravasaram e com isso o caudal de água invadiu meu imóvel, e a Municipalidade tem o dever de prover manutenção", sobremodo por que, é bastante vaga a ideia de que loteamentos aprovados sem critérios devidos, concausaram os fatos; – há que prová-los. A par disso, não define sequer a data da enchente que teria causado os danos; Diz residir no imóvel em 4 de janeiro de 2011, mas as chuvas intensas dos fins de 2010 e começos de 2011 enfim, fizeram-no perder os bens relacionados. Ora, muita coisa pode ter acontecido neste interregno – inclusive, omissões próprias do autor da demanda. Em que data perdeu os objetos, os bens? Importa-nos com efeito a resposta, pois, ainda que não seja o caso de dano material, apenas moral, foram os desaires provocados pela cheia que atiçaram a pretensão indenizatória e, para isso impõe-se a definição temporal do evento.

O fato de as chuvas serem mais intensas nos fins de dezembro, janeiro, fevereiro e assim por diante, não obriga apenas ao Poder Público, mas ao particular também que, como qualquer cidadão, deve por prudência, precaver-se. Vale dizer, sem a comprovação do nexo causal pouco se aproveita para a responsabilização do Estado, pois que, sem dados concretos para resenhar-se ao menos um pouco, a conduta omissiva do Poder Público, a inculpação do Estado padece por falta de higidez. Como indenizar, reitero, se não ficou definida a data do evento?

Há mais:

O autor sequer produziu a prova pericial (nem mesmo a emprestada) que o digno Juízo, por sua vez, concedeu. Poderia entranhá-la, integralmente ou fazê-lo apenas com o suporte das conclusões técnicas. Ademais, ainda que o fenômeno pluvial em Atibaia houvesse potenciado enorme repercussão econômica, social e pessoal, instava inaugurar a fase processual do contraditório – isto é, o debate e o encarte de provas, as técnicas, as testemunhais que supririam a tempo e modo, algumas lacunas, vencendo-se assim a pouquidade de dados no tocante à conduta omissiva ou comissiva da Municipalidade. E, neste passo, incontroverso o argumento segundo o qual a precipitação pluvial daquele trecho de tempo foi de tal ordem extraordinária que mereceu registros específicos de se acharem além das expectativas técnicas para a época então estimadas.

A Municipalidade contrastou a exangue imputação que lhe foi dirigida com substanciosas provas – por exemplo, a fls. 386/582 apresentou ordens de serviço para a varrição de ruas, praças e córregos e limpeza de bueiros (fls.697) e deu a conhecer de um plano (Lei) de drenagem hidráulica sob seu encargo.

A petição inicial não faz referência às sucessivas e continuadas inundações. Não faz menção a recorrentes cheias a lesar seu imóvel e o entorno. Se ao menos argumento deste matiz se apresentasse, o elemento da culpabilidade estatal quiçá apresentasse alguma evidência.

Diante disso, respeitada a convicção do douto prolator da r. sentença recorrida, creio proceder o recurso da apelante.

Isso posto, pelo meu voto, ***dou provimento*** à apelação oposta pela Municipalidade de Atibaia, de sorte a julgar improcedente a demanda, invertendo-se os ônus sucumbenciais, mantida a gratuidade deferida pelo r. Juízo "a quo" – "*rebus sic stantibus*".

É como voto;

Anote-se, ademais, que recursos eventualmente manejados em face deste julgado sujeitar-se-ão a julgamento virtual, nos termos do art. 1º da Resolução 549/2011, do Órgão Especial deste Tribunal, em vigor desde 26 de setembro de 2011. No caso de discordância, esta deverá ser manifestada no momento da apresentação de referidos recursos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0037095-24.1997.8.26.0114, da Comarca de Campinas, em que é apelante FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO, é apelado BOMCAR AUTOMÓVEIS E PEÇAS LTDA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 9ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Negaram provimento ao recurso. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 21.113)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores REBOUÇAS DE CARVALHO (Presidente sem voto), OSWALDO LUIZ PALU e MOREIRA DE CARVALHO.

São Paulo, 14 de março de 2016.

DÉCIO NOTARANGELI, Relator

Ementa: TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL

Acesso ao Sumário

– ICMS – EXECUÇÃO FISCAL – CRÉDITO TRIBUTÁRIO – PRESCRIÇÃO.

Em matéria de decadência e prescrição, o Código Tributário Nacional estabelece três fases inconfundíveis para caracterização de cada uma dessas causas extintivas do crédito tributário. A primeira que vai até a notificação do lançamento ao sujeito passivo, na qual corre o prazo de decadência (art. 173, I, CTN). A segunda se estende da notificação do lançamento ao sujeito passivo até a solução do processo administrativo, em que não correm os prazos de decadência nem de prescrição por estar suspensa a exigibilidade do crédito tributário (art. 151, III, CTN). Finalmente, a que começa na data da solução final do processo administrativo, quando corre o prazo de prescrição da ação judicial da Fazenda (art. 174, CTN). Prescrição consumada. Recurso desprovido.

VOTO

A r. sentença de fls. 45/47, aclarada a fls. 64, cujo relatório se adota, acolheu exceção de pré-executividade, reconheceu a decadência do crédito tributário e extinguiu a execução fiscal.

Inconformada apela a vencida objetivando a reforma do julgado. Para tanto, sustenta que a exigibilidade do tributo ficou suspensa até o julgamento dos recursos administrativos.

Recurso recebido e processado, com contrarrazões.

É o relatório.

A hipótese é de manutenção da sentença extintiva da execução fiscal, porém por outros fundamentos.

Acesso ao Sumário

Em matéria de decadência e prescrição, o Código Tributário Nacional estabelece três fases inconfundíveis para caracterização de cada uma dessas causas extintivas do crédito tributário. A primeira que vai até a notificação do lançamento ao sujeito passivo, na qual corre o prazo de decadência (art. 173, I, CTN). A segunda se estende da notificação do lançamento ao sujeito passivo até a solução do processo administrativo, em que não correm os prazos de decadência nem de prescrição por estar suspensa a exigibilidade do crédito tributário (art. 151, III, CTN). Finalmente, a que começa na data da solução final do processo administrativo, quando corre o prazo de prescrição da ação judicial da Fazenda (art. 174, CTN).

No caso *sub judice* o crédito tributário foi constituído por AIIM lavrado

em 29 de agosto de 1989 (fls. 03). Como não se sabe a data do fato gerador, uma vez que o AIIM nº 060952 não foi juntado aos autos, mostra-se inviável o reconhecimento da decadência.

Todavia, a execução fiscal só foi ajuizada em setembro de 1997 (fls. 02), quando há muito transcorrido de forma ininterrupta o prazo prescricional.

Muito embora a apelante mencione a existência de recurso administrativo, não há nos autos prova de seu manejo.

Por essas razões, nega-se provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0004236-62.2009.8.26.0104, da Comarca de Cafelândia, em que é apelante PREFEITURA MUNICIPAL DE GUARANTÃ, é apelado IRACEMA PEREIRA DE ANDRADE CALLEJON.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 14ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Deram provimento ao recurso. Por maioria de votos. Acórdão com o 2º juiz, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 6.879)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores HENRIQUE HARRIS JÚNIOR, vencedor, OCTAVIO MACHADO DE BARROS (Presidente), vencido, e MÔNICA SERRANO.

São Paulo, 22 de março de 2016.

HENRIQUE HARRIS JÚNIOR, Relator Designado

Ementa: APELAÇÃO – EXECUÇÃO FISCAL – NULIDADE DA CDA – INOCORRÊNCIA – AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO LEGAL – ERRO FORMAL PASSÍVEL DE EMENDA OU SUBSTITUIÇÃO – ARTS. 203 DO CTN E 2º, §8º, DA LEF – SÚMULA Nº 392 DO STJ – SENTENÇA ANULADA – RECURSO PROVIDO.

VOTO

Trata-se de recurso de apelação interposto pela Municipalidade de Guarantã contra a R. Sentença de fls. 70/71v, que extinguiu a execução fiscal movida contra Iracema Pereira de Andrade Callejon, em razão da nulidade da CDA, omissa quanto ao dispositivo legal que fundamenta a cobrança.

Acesso ao Sumário

Inconformada, requer a Municipalidade a reforma do julgado, alegando, em síntese, a possibilidade de emenda ou substituição da CDA, para a correção de erros formais ou materiais.

O recurso foi recebido em seus regulares efeitos (fl. 88).

Não foram ofertadas contrarrazões pela apelada.

É o relatório.

De rigor o provimento do recurso.

Embora as CDAs sejam omissas quanto ao fundamento legal da cobrança, é viável a emenda ou substituição dos títulos executivos, por se tratar de mero erro formal, devolvendo-se, de toda forma, o prazo para a oposição de embargos do devedor.

No que tange à possibilidade de emenda da CDA, assiste ao Fisco o direito de emendá-la ou substituí-la até a sentença de embargos, a teor do que dispõem os arts. 203 do CTN ("*A omissão de quaisquer dos requisitos previstos no artigo anterior, ou o erro a eles relativo, são causas de nulidade da inscrição e do processo de cobrança dela decorrente, mas a nulidade poderá ser sanada até a decisão de primeira instância, mediante substituição da certidão nula, devolvido ao sujeito passivo, acusado ou interessado o prazo para defesa, que somente poderá versar sobre a parte modificada*."), e 2º, § 8º, da LEF ("*Até a decisão de primeira instância a Certidão de Dívida Ativa poderá ser emendada ou substituída, assegurada ao executado a devolução do prazo para embargos*.").

Cumpre observar, a respeito, o que dispõe a Súmula nº 392 do STJ: "***A Fazenda Pública pode substituir a certidão de dívida ativa (CDA) até a prolação da sentença de embargos, quando se tratar de correção de erro material ou formal, vedada a modificação do sujeito passivo da execução.***" (grifei).

E, nesse sentido, a mais abalizada jurisprudência:

"A Fazenda Pública, como é cediço, pode substituir ou emendar a Certidão de Dívida Ativa até a prolação da sentença, ante o teor do artigo 2º, § 8º, da Lei 6.830/80, não sendo possível o indeferimento liminar da inicial do processo executivo, por nulidade da CDA, antes de se possibilitar à exequente a supressão do defeito detectado no título executivo. (Precedentes do STJ: AgRg nos EDcl no Ag 911.736/RS, Rel. Ministra Denise Arruda, Primeira Turma, DJ de 31.03.2008; e REsp 837.250/RS, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, DJ de 14.03.2007), sendo certo que não é essa a hipótese dos autos."

(STJ, REsp nº 855.917/RS, Rel. Min. LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, J. em 18/11/2008, DJe de 15/12/2008).

Aliás, esse também tem sido o entendimento desta C. Seção de Direito

Acesso ao Sumário

Público:

> APELAÇÃO - Execução fiscal. Imposto predial e territorial urbano. Exercícios de 2003 e 2004. Reconhecimento de nulidade das certidões de dívida ativa. Extinção do processo com fundamento no artigo 267, VI, do Código de Processo Civil. Inadmissibilidade. Títulos executivos a mencionar, por equívoco, fundamentação legal referente a outro tributo. Erro formal passível de emenda. Possibilidade de substituição da certidão. Inteligência do artigo 2º, § 8º, da Lei 6.830/80. Sentença anulada. Recurso provido.
>
> (TJSP, AC nº 0506898.2006, Rel Des. GERALDO XAVIER, J. em 11/04/2013).
>
> APELAÇÃO CÍVEL - Execução fiscal. IPTU dos exercícios de 2001 a 2004. Reconhecimento de ofício da nulidade das CDAs. Possibilidade de substituição da CDA. Extinção de ofício. Ausência de oportunidade à exequente para substituição do título. Sentença anulada. Recurso provido.
>
> (TJSP, AC nº 0505483-87.2006, Rel. Des. EUTÁLIO PORTO, J. em 16/05/2013).
>
> APELAÇÃO - Execução fiscal. IPTU exercícios de 2001 a 2004. Ação extinta, sem resolução de mérito. Títulos executivos que contém erro na fundamentação legal do tributo. Erro formal passível de emenda e substituição, nos termos do artigo 2°, § 8°, da Lei 6.830/80. Descabimento da extinção da ação. Sentença anulada. Recurso provido. (TJSP, AC nº 0503070-04.2006, Rel. Des. JOÃO ALBERTO PEZARINI, J. em 14/05/2014).

Dessa forma, havendo existência de erro ou formal ou material, evidenciado no equívoco ou omissão do fundamento legal do título, forçoso aplicar-se a norma permissiva de substituição da Certidão de Dívida Ativa.

Ante o exposto, **DÁ-SE PROVIMENTO ao recurso**, anulando-se a R. Sentença de primeiro grau, devendo ser oportunizada à Municipalidade a possibilidade de substituição ou emenda da CDA, para que sejam sanados os vícios apontados, prosseguindo-se, após, a execução fiscal, em seus ulteriores termos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0132650-85.2012.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante IPIRANGA PRODUTOS DE PETRÓLEO S.A., é apelado EDSON G. CIA LTDA.

ACORDAM, em 1ª Câmara Reservada ao Meio Ambiente do Tribunal

de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Por unanimidade, deram provimento parcial ao agravo retido e provimento a apelação, ressalvado o posicionamento diverso do 3º Juiz quanto à extensão da solidariedade. Sustentou oralmente o Dr. Felipe da Cunha Paolillo.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº AC-17.099/16)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores MARCELO BERTHE (Presidente sem voto), RUY ALBERTO LEME CAVALHEIRO e MOREIRA VIEGAS.

São Paulo, 3 de março de 2016.

TORRES DE CARVALHO, Relator

Ementa: AÇÃO DE COBRANÇA. Vazamento de combustível. Contaminação do solo. Ressarcimento de valores gastos com readequação de estabelecimento comercial às exigências ambientais. – 1. Agravo retido. Valor da causa. Ainda que o pedido feito seja ilíquido a princípio, certo é que os recibos juntados aos autos indicam que o valor de R$-10.000,00 reais atribuído à causa não corresponde ao proveito econômico pretendido pelo autor. Agravo retido provido. Valor da causa alterado para R$-118.000,00, devendo o autor recolher as custas acrescidas. – 2. Ilegitimidade passiva e ausência de interesse processual. A condição se afere pelo que a inicial contém, abstraída a razão ou a veracidade do alegado; a existência ou não da responsabilidade e a propriedade dos tanques de combustível por ocasião dos vazamentos são questões de mérito que serão analisadas no momento oportuno. Preliminares rejeitadas. – 3. Prescrição. Em se tratando de ação de cobrança, o prazo prescricional é o previsto no art. 205, *caput* do Código Civil e o termo inicial para contagem é a data do pagamento cuja cota parte ora se exige. Ação ajuizada em 2012. Prescrição não ocorrida. – 4. Licenciamento ambiental. Responsabilidade. Cabe ao empreendedor, no caso o comerciante que explora a atividade, o licenciamento do empreendimento, que inclui o custeio dos procedimentos técnicos necessários ao licenciamento ambiental. – 5. Solidariedade. O art. 14 § 1º da LF nº 6.938/81, o art. 225 § 3º da Constituição Federal, o

Acesso ao Sumário

art. 18 § 1º da LF nº 9.847/99 e o art. 8º da Resolução CONAMA nº 273/00 estabelecem a obrigação solidária dos infratores e poluidores (devedores) de reparar o dano ambiental em favor da sociedade (a credora, o terceiro em relação aos devedores); não cuida nem disciplina a relação legal ou contratual que possa haver entre os devedores solidários, durante ou depois de reparado o dano, a ser resolvida segundo a lei ou o contrato em cada caso. A responsabilidade solidária perante o terceiro prejudicado não se estende à relação entre os devedores, que segue a regra própria de cada caso; não se trata mais de responsabilidade ambiental, mas de responsabilidade contratual ou legal de direito privado ou público, segundo o seu mérito. Afastamento da responsabilidade da ré, por esse fundamento. – 6. Solidariedade. Dano ambiental. Responsabilidade. A ré forneceu os tanques, de que o autor se apropriou, e o combustível até 11-5-2006, quando extinto o contrato; cabia ao autor a operação e a manutenção dos tanques e bombas até então. Não há prova ou indício de que o vazamento ocorrido em 2002, de extensão e gravidade ignorada e não mencionado na inicial, seja causa da contaminação do solo verificada anos depois; do mesmo modo, inexiste igual prova ou indício em relação ao vazamento de 2008, quando o contrato de comodato firmado com a ré havia sido denunciado pela autora e os tanques se encontravam em sua posse e propriedade exclusiva. Não se estabeleceu o nexo entre o vazamento de 2002, na vigência do comodato, ou de 2008, de que nenhuma responsabilidade tem a ré, e a contaminação descrita no auto de infração e advertência lavrado pela CETESB e no trabalho pericial mandado fazer pela autora. Inexistência de contrato de fornecimento vigente entre as partes à data da convocação para licenciamento. – Parcial procedência. Agravo retido provido para alterar o valor da causa. Recurso de apelação provido para julgar a ação improcedente.

VOTO

1. A sentença de fls. 533/537, vol. 3, declarada a fls. 558, vol. 3 julgou

Acesso ao Sumário

parcialmente procedente a ação para declarar a responsabilidade solidária das partes na investigação e eliminação integral do passivo ambiental e para condenar a ré a ressarcir ao autor a metade dos valores gastos para adaptação do estabelecimento à legislação ambiental. Custas e despesas processuais pela ré, além de honorários advocatícios fixados em 10% do valor da condenação.

Apela o réu (fls. 561/593, vol. 3); preliminarmente, requer o julgamento do agravo retido interposto contra a decisão que julgou improcedente a impugnação ao valor da causa, na qual alega que o valor atribuído é muito inferior ao proveito econômico da causa e que não é caso de apuração de valores em sede de liquidação; alega ainda ilegitimidade passiva e ausência de interesse processual. No mérito, afirma estar a pretensão prescrita; afirma que o autor mantinha a posse de seus equipamentos de forma ilegal à data dos fatos e que há muito já não lhe fornecia combustível; a responsabilidade por eventuais danos ambientais é da autora, por disposição contratual e a responsabilidade pelo licenciamento do estabelecimento comercial é de quem pratica a atividade econômica; a Resolução CONAMA 237 estabelece que cabe ao empreendedor da atividade manter e obter suas licenças ambientais. Pede o provimento do recurso.

Contrarrazões a fls. 604/613. A 30ª Câmara de Direito Privado, 20-5-2015, Rel. Maria Lúcia Pizzotti, não conheceu do recurso e determinou a sua redistribuição à Câmara Reservada ao Meio Ambiente (fls. 628/631, vol. 4).

É o relatório.

2. O autor firmou com a Texaco do Brasil, sucedida pela ré Ipiranga Produtos de Petróleo, contrato de fornecimento e comodato com garantia fidejussória e, simultaneamente, contrato de sublocação de posto de serviços; o objeto dos contratos se resumia à aquisição e revenda exclusiva de combustíveis e lubrificantes distribuídos pela Texaco, ostentando sua imagem e utilizando seus equipamentos, tais como bombas e tanques de armazenagem, cedidos em empréstimo. Os contratos foram firmados em maio de 1995 e tinham prazo de 10 anos a partir de sua assinatura (fls. 29/35, 43/51 e 36/42); em 17-5-2004 o autor notificou o réu do desinteresse em renovar o contrato que venceria em um ano (fls. 58/60), indicando que os equipamentos cedidos em comodato estariam à disposição do réu para retirada, salvo os tanques subterrâneos, pelos quais se reservou o notificante o direito de doação, assumindo a responsabilidade pelos testes de estanqueidade e demais regularizações e licenças junto à CETESB. A controvérsia sobre os tanques desaguou em 2012 em uma ação de consignação em pagamento ajuizada pelo autor (visando à aquisição dos tanques), onde as partes firmaram acordo, no qual ficou estabelecida a venda dos tanques pelo réu ao autor e onde o autor apresentou atestados de estanqueidade demonstrando o bom estado do equipamento (fls. 312/314).

Acesso ao Sumário

Em 10-11-2008 o autor contratou a empresa CMA Engenharia Ambiental por R$-6.700,00 para a elaboração de laudo do passivo ambiental (fls. 99/109); em 18-5-2010 contratou a mesma empresa por R$-19.700,00 para promover investigação detalhada e o plano de intervenção (fls. 110/135); em 16-3-2011 contratou-a novamente por R$-84.000,00 para promover a remediação ambiental e relatórios respectivos (fls. 136/167, vol. 1). A licença de operação pedida em 3-6-2009 (fls. 85) foi expedida em 19-7-2015 (Licença de Operação nº 7003443 da CETESB, fls. 521/523, vol. 3).

O autor foi notificado pela CETESB para promover as adequações necessárias ao licenciamento previsto na Resolução CONAMA nº 237/00 (AIIPA nº 07002661 de 16-3-2010, fls. 69/70). Em 6-4-2010 notificou a Ipiranga de Petróleo (fls. 65/70) de que o único vazamento conhecido havia ocorrido em 2002, proveniente do cano de retorno do filtro de óleo diesel, e de que a empresa respondia solidariamente pelo passivo ambiental por ser proprietária dos tanques, inclusive multas e indenizações, de acordo com a legislação em vigor. A ré respondeu em 26-402010 (fls. 71/74), negando a responsabilidade. Em 22-7-2011 o autor notificou a ré (fls. 75/77) para reembolso das despesas vencidas e vincendas do licenciamento ambiental e manifestou interesse na aquisição dos tanques e das bombas de combustível. Em 3-4-2012 foi proposta esta ação visando ao reconhecimento da responsabilidade solidária da ré pela investigação e eliminação do passivo ambiental.

3. Agravo retido. Impugnação ao valor da causa. O autor requer a condenação do réu ao ressarcimento total das importâncias gastas com a reforma, equipamentos e total adaptação do estabelecimento à legislação das normas ambientais e relega à fase de liquidação de sentença a apuração exata dos valores devidos. Ainda que o pedido feito seja ilíquido a princípio, certo é que os recibos juntados a fls. 99 e seguintes indicam que o valor de R$-10.000,00 reais atribuído à causa não corresponde ao proveito econômico pretendido pelo autor. Como bem pontuado pelo réu em sua impugnação, a soma dos valores expressos nos recibos gira em torno de R$-118.000,00. O réu tem razão; o valor da causa fica alterado para R$-118.000,00, devendo o autor recolher as custas acrescidas.

Ilegitimidade passiva. As condições da ação se aferem pelo que a inicial contém, abstraída a razão ou a veracidade do alegado. O autor afirma corresponsabilidade do réu, com quem manteve acordo de fornecimento de combustível e comodato por mais de 10 anos; a existência ou não da responsabilidade e a propriedade dos tanques de combustível por ocasião dos vazamentos são questões de mérito que serão analisadas no momento oportuno. Rejeito a preliminar.

4. Prescrição. A definição acerca do prazo prescricional aplicável na hipótese dos autos é tarefa que depende da caracterização da natureza da

Acesso ao Sumário

ação que foi proposta. O autor invoca na inicial a solidariedade do réu pelos gastos inerentes ao licenciamento do estabelecimento e ao passivo ambiental decorrente da atividade exercida, fundamentando seu pedido em normas e nos contratos que foram celebrados ente as partes.

O réu afirma em seu apelo que a pretensão do autor é a de reparação civil, a atrair o prazo prescricional trienal previsto no art. 206, § 3º, V, CC; sem razão, contudo. A reparação civil se verifica nos termos descritos nos artigos 186 e 187 do CC; no caso dos autos, conforme já dito, o autor se coloca na qualidade de credor do réu por ter arcado (e estar prestes a arcar) com gastos relativos ao licenciamento do posto de gasolina e regularização de situação passível de causar dano ambiental; o autor não fundamenta sua pretensão em ato ilícito praticado pelo réu contra si, mas sim em suposta obrigação legal e contratual. Afasta-se, portanto, a aplicação do prazo trienal.

Se conferirmos à ação a natureza de cobrança, cabe ver se se aplica o prazo decenal previsto no artigo 205, *caput*, CC ou o prazo quinquenal previsto no art. 206, § 5º, I, CC. Este último não é aplicável *in casu*; tal dispositivo faz menção à pretensão de cobrança de dívidas líquidas constantes de instrumento público ou particular, aqui inexistente, posto que a cobrança decorre de alegada obrigação solidária do réu em arcar com o passivo ambiental da área, por força de lei; o contrato celebrado seria responsável, apenas, por apontar a propriedade dos equipamentos utilizados no estabelecimento. A diferença pode parecer sutil, mas não é. Considera-se líquida a obrigação certa quanto a sua existência e determinada quanto ao seu objeto; o valor ou a obrigação deve vir descrita no instrumento, de que se extraia a sua liquidez. A situação do processo é outra; o valor, além de não ser líquido, é resultado de alegada obrigação solidária prevista em lei, negada pela ré e que depende de reconhecimento em juízo. Os conceitos não se confundem.

O mais adequado é tomar a ação como sendo de cobrança contra devedor solidário, com prazo prescricional de 10 anos, conforme previsto no art. 205 *caput* do Código Civil. O termo inicial é a data dos pagamentos feitos pela autora, a partir dos quais nasce o direito (em tese) de cobrança ora exercido. A ação foi proposta em 2012, de modo que a pretensão não está prescrita.

Acesso ao Sumário

5. Ante a conclusão constante no tópico anterior, resta prejudicada a análise da questão atinente à interrupção do prazo prescricional pela notificação extrajudicial feita pelo autor ao réu em 2011; não obstante, diante da relevância do assunto, faço breves apontamentos acerca do tema.

O art. 202 do CC trata das causas que interrompem a prescrição; os incisos II (protesto judicial) e V (qualquer ato judicial que constitua em mora o devedor) não se aplicam à hipótese dos autos, pois com eles não se confunde a notificação extrajudicial feita pelo autor. A única que se cogitaria aplicar seria

a expressa no inciso VI (qualquer ato inequívoco, ainda que extrajudicial, que importe reconhecimento do direito pelo devedor); mas diversamente do previsto, o réu negou a responsabilidade pelo pagamento pretendido pelo autor. Em assim sendo, não houve interrupção da prescrição, conforme afirmado pelo juiz *a quo*. O Superior Tribunal de Justiça corrobora com o entendimento exposto, conforme os precedentes:

> AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE COBRANÇA. PRESCRIÇÃO. NOTIFICAÇÃO EXTRAJUDICIAL. INTERRUPÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA. REVISÃO DA CONCLUSÃO DA CORTE ESTADUAL. REEXAME DE FATOS E PROVAS. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. - (AgRg no AREsp 273.751/RS, Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, julgado em 20/02/2014, DJe 10/03/2014) ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. CONTRATO ADMINISTRATIVO. AÇÃO DE COBRANÇA. PRESTAÇÃO DE SERVIÇO. NOTIFICAÇÃO EXTRAJUDICIAL. PRESCRIÇÃO. SUSPENSÃO INOCORRENTE. 1. A notificação extrajudicial levada a efeito pelo recorrente não pode ser acolhida como causa suspensiva da prescrição, com fulcro no artigo 4º do Decreto 20.910/32, já que a hipótese que se cogita no referido dispositivo é aquela em que o próprio credor formula pedido, junto à Administração Pública, de apreciação de seu direito de receber quantia devida, o que não ocorreu no caso dos autos. 2. Agravo regimental não provido. - (AgRg no REsp 1245120/RS, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 08/05/2014, DJe 16/05/2014)

6. Responsabilidade. Licenciamento ambiental. Cabe a quem a explora o licenciamento ambiental da atividade comercial; são de sua responsabilidade o custeio das taxas, estudos e laudos necessários à demonstração da adequação do estabelecimento às normas ambientais aplicáveis. As taxas e despesas ligadas ao procedimento administrativo são de responsabilidade exclusiva do autor; é de sua responsabilidade o custeio do estudo do passivo ambiental (contrato de 10-11-2008) e da investigação detalhada e da proposta de intervenção (contrato de 18-5-2010), pois passos do licenciamento ambiental em curso e fase anterior à eventual responsabilidade da ré.

7. Passivo ambiental. Responsabilidade. Solidariedade. Há solidariedade quando na mesma obrigação concorre mais de um credor, ou mais de um devedor, cada um com direito, ou obrigado, à dívida toda; a solidariedade não se presume; resulta da lei ou da vontade das partes (Código Civil, art. 264 e 265). Na solidariedade ativa, o pagamento feito a qualquer credor extingue a dívida até o montante pago (art. 269); na solidariedade passiva, caso dos autos, o credor pode exigir de qualquer dos devedores, parcial ou totalmente, a dívida comum (art. 275). O credor é sempre um terceiro em relação aos devedores

Acesso ao Sumário

solidários; no caso da responsabilidade ambiental, caso concreto, o credor ou terceiro é a agência ambiental ou quem possa exigir dos devedores solidários o cumprimento da obrigação ambiental, como o Ministério Público; em outras palavras, o credor é sempre a sociedade representada por um ou mais órgãos. Assim, o art. 14 § 1º da LF nº 6.938/81, o art. 225 § 3º da Constituição Federal, o art. 18 § 1º da LF nº 9.847/99 e o art. 8º da Resolução CONAMA nº 273/00 estabelecem a obrigação solidária dos infratores e poluidores (devedores) de reparar o dano ambiental em favor da sociedade (a credora, o terceiro em relação aos devedores); não cuida nem disciplina a relação legal ou contratual que possa haver entre os devedores solidários, durante ou depois de reparado o dano, a ser resolvida segundo a lei ou o contrato em cada caso.

São duas relações jurídicas que não se confundem nem se podem confundir, como faz o autor e parte da jurisprudência: uma, a relação que se estabelece entre os devedores solidários (o posto de serviços e o dono dos equipamentos/fornecedor do combustível) e o credor (a sociedade, representada pela agência ambiental ou pelo Ministério Público). Outra, exaurida aquela e num segundo momento, a relação que se estabelece entre os devedores solidários e a responsabilidade de cada um pela obrigação adimplida, a ser definida segundo a lei e ou o contrato entre eles existente. A relação entre os devedores não segue as regras da solidariedade que beneficiou o credor, mas as regras próprias que possam existir entre os devedores.

8. Se perante o credor os devedores solidários respondem pela dívida toda, entre si cada um responde pela parte que lhe cabe, que podem não ser iguais ou mesmo ser integral de um deles, em uma relação de subsidiariedade; são casos em que um devedor paga a dívida e pode recuperar do outro (o devedor principal) o todo, não apenas uma cota parte; ou não recuperar nada, se o pagamento foi feito pelo próprio devedor principal. Um exemplo típico é a fiança, que estabelece a solidariedade de fiador e afiançado perante o credor, mas permite ao fiador recuperar do afiançado o que pagou (Código Civil, art. 831), ou a contratação de serviços de terceiros, em que a empresa responde solidariamente perante o prejudicado pelo contratado, mas pode recuperar a integralidade do causador do dano. Assim, a relação existente entre o autor e réu, devedores solidários perante a sociedade, será dirimida pelas regras próprias entre eles existentes e não pelas regras que beneficiam a sociedade.

A responsabilidade do posto de serviços e do proprietário dos tanques/fornecedor do combustível perante o passivo ambiental, em sua relação interna, deve ser analisada segundo seu próprio mérito. Não há lei que a discipline (a legislação citada pelo autor se refere à solidariedade perante terceiros, que não é o caso dos autos); deve então ser analisada segundo o contrato que vincula as partes. O contrato de 11-5-1995 (fls. 43/51) estabelece a entrega em comodato de quatro bombas Wayne, dois tanques de combustível de 30.000 litros e um

Acesso ao Sumário

tanque de 15.000 litros, cabendo ao comodatário (cláusula III) manter os bens em perfeito estado de conservação e funcionamento, devolvê-los em perfeito estado ao final do contrato, operar de forma adequada os equipamentos e comunicar à comodante e à empresa por esta indicada para a manutenção dos equipamentos, por escrito, pelo meio mais rápido de que disponha, qualquer irregularidade; cabe-lhe ainda a responsabilidade pela fiel observância das normas de manuseio de estocagem de produtos inflamáveis e das normas existentes com relação à preservação do meio ambiente, e ainda cumprir todas as normas legais que tenham aplicação sobre tais bens.

9. Propriedade. Os tanques foram dados em comodato por contrato de 11-5-1995 (fls. 43/54) com prazo de dez anos, a serem devolvidos em caso de término da relação contratual. Em 17-5-2004 o autor notificou a ré de seu desinteresse na renovação da avença a partir de 11-5-2006 (fls. 58/62), colocando à disposição da comodante todos os equipamentos dados em comodato "com exceção dos tanques subterrâneos que em face do tempo de uso, risco e custo que a remoção dos mesmos representa, e também em razão das leis ambientais vigentes, ressalva-se a notificante o direito de doação, correndo por conta da mesma os testes de estanqueidade e demais regularizações e licenças junto à CETESB". Em decorrência, o autor apropriou-se dos tanques, não mais como comodatário, mas como possuidor e proprietário (em decorrência desse estranho 'direito de doação'); não os devolveu e em 2012, na ação de consignação, acabou por pagar o seu valor à ré, regularizando a propriedade. É induvidoso que o réu assumiu a posse própria, a manutenção dos equipamentos e a integral responsabilidade por sua integridade física e funcional e pela regularização junto ao órgão ambiental; abstraída a responsabilidade contratual do autor pela manutenção dos tanques e bombas, nenhuma responsabilidade pode exigir da ré a partir de 11-5-2006. Observo que os tanques estavam em perfeitas condições, conforme os testes de estanqueidade apresentados à CETESB em 2008 e à ré por ocasião do acordo na ação consignatória em 2012.

Fornecimento. Do mesmo modo, a ré forneceu combustível ao autor até 11-5-2006, e nunca mais; a responsabilidade da ré se limita a acidentes ou vazamentos ocorridos até a data em que cessado o fornecimento. No entanto, a responsabilidade pelo fornecimento (que beneficia o terceiro, como visto acima) não tem relevo na relação entre autor e ré; pois a à falta de defeito de fabricação ou da inadequada acomodação no solo (se de responsabilidade da comodante), a contaminação decorre de vazamento do combustível no solo, sempre causada pela deficiente manutenção dos tanques e bombas ou pela inadequada operação dos equipamentos.

10. O autor é considerado pela lei o infrator ou poluidor principal, pois de sua atividade decorre a contaminação; poderá recuperar o que gastou, no todo ou em parte, se provada a culpa da ré por vazamento ocorrido até 11-5-2006.

Acesso ao Sumário

Assentada a responsabilidade contratual da ré pela manutenção e conservação do equipamento, a responsabilidade da ré decorreria de defeito no equipamento ou de má execução do serviço pela empresa por ela indicada no período indicado, e nada disso é alegado na inicial ou ficou demonstrado nos autos.

O autor menciona um único vazamento em 2002 (notificação de 6-4-2010, fls. 65/70, item iii: 'o único vazamento experimentado pela notificante [o autor] até os dias atuais, e que pode ter eventualmente ocasionado a contaminação do solo e das águas subterrâneas, ocorreu em novembro de 2002 e foi proveniente do cano de retorno do filtro de óleo diesel [...] instalado pela Texaco em 1999' e substituído pela própria Texaco em 2002; mas não há descrição do vazamento, causa ou extensão, e não há prova ou indício de que dele decorra a contaminação do solo. A inicial 'esquece' esse 'único vazamento', que por isso não pode ser considerado a causa de pedir, para indicar outro ocorrido em 25-11-2008, solucionado (segundo ela) por um preposto da ré; mas nessa data nenhuma responsabilidade tinha a Ipiranga pela conservação e manutenção dos tanques e bombas e a ré nega que a empresa LCF Manutenção e Instalação (fls. 64) seja sua preposta, sem contra prova do autor, em afirmação corroborada pela extinção do contrato anterior. O combustível que então possa ter vazado não havia sido fornecido pela ré.

Não há prova de defeito de fabricação nos tanques, que em 2008 e 2012 foram aprovados no teste de estanqueidade encomendado pelo autor; não há menção de outro vazamento no período contratual além daquele de 2002, de extensão ignorada e não mencionado na inicial, sem prova ou indício de que seja causa da contaminação; a ré não responde pelas consequências do vazamento de 2008, quando exaurido o contrato, caso seja o responsável pela contaminação do solo. Afastada a solidariedade descrita na inicial, a falta de demonstração da culpa da ré pela contaminação impede seja condenada por uma solidariedade inexistente por uma contaminação que, à falta de prova, não lhe pode ser imputada. A ação é improcedente.

O voto **é pelo provimento do agravo retido** para estabelecer o valor da causa em R$-118.000,00, devendo o autor recolher a diferença da taxa judiciária pelo processamento em primeiro e segundo grau; **e pelo provimento do recurso do réu**, para julgar a ação improcedente. O autor responde pelas despesas do processo e por honorários advocatícios do vencedor fixados em 10% do valor da causa corrigido.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1017299-

42.2014.8.26.0564, da Comarca de São Bernardo do Campo, em que é apelante ALEXIS KLESTOFF, é apelado INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL – INSS.

ACORDAM, em 16ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 20.761)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores VALDECIR JOSÉ DO NASCIMENTO (Presidente) e LUIZ FELIPE NOGUEIRA.

São Paulo, 8 de março de 2016.

JOÃO NEGRINI FILHO, Relator

Ementa: ACIDENTE DO TRABALHO – EMBARGOS À EXECUÇÃO – AUXÍLIO-ACIDENTE – CONTA DE LIQUIDAÇÃO – ÍNDICE DE ATUALIZAÇÃO – INCONSTITUCIONALIDADE DA TR (EC 62/09 E LEI 11.960/09) RECONHECIDA NO JULGAMENTO DA ADI 4357 – REFAZIMENTO DA CONTA – NECESSIDADE.

Recurso provido.

VOTO

Trata-se de apelação digital interposta contra a sentença de fls. 60, que julgou procedentes os embargos opostos pelo INSS, acolhendo os seus cálculos no valor de R$ 162.408,82. O obreiro deixou de ser condenado ao pagamento de custas e honorários advocatícios.

Apela o exequente alegando incorreção no cálculo apresentado pelo INSS com relação à renda mensal inicial. Por outro lado, sustenta a inaplicabilidade da Lei 11.960/09, uma vez que o C. STF reconheceu sua inconstitucionalidade (fls. 67/71).

O recurso foi recebido e não foi respondido (fls. 75 – certidão). A Procuradoria de Justiça não ofereceu parecer sobre o mérito recursal.

É o relatório.

Trata-se de embargos à execução opostos pelo INSS, sob o fundamento de excesso de execução no valor de R$ 47.269,90, pelo cálculo inadequado da RMI e pela aplicação incorreta dos índices de correção monetária e dos juros. A autarquia embargante apresenta o valor de R$ 162.408,82 como sendo o correto.

Observo, inicialmente, que não existe divergência quanto ao percentual

Acesso ao Sumário

dos juros de mora – tanto o autor como a autarquia computaram o percentual de 1% ao mês até 30/06/2009 e, a partir daí, o de 0,5% ao mês, conforme estabelece a Lei 11.960/09.

Quanto à RMI, com efeito, o auxílio-acidente deveria ter sido apurado com base no salário-de-benefício devidamente reajustado pelos índices previdenciários de reajuste. Observa-se que a autarquia não empregou o valor reajustado que ela própria apurou para abril de 2007, utilizando-se de valor apurado para 2005 (fls. 37), o que acarretou indevida redução da renda mensal do auxílio-acidente.

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 em 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 quanto explanado acima, correto o obreiro exequente, devendo ser reformada a r. sentença que homologou a conta de

liquidação ofertada pelo INSS, ratificada pela contadoria judicial. De outro lado, embora se reconheça que o autor tem razão, a homologação de sua conta mostra-se prematura, sendo mais prudente a sua apreciação pelo setor contábil que assessora o i. Magistrado *a quo*, para que se confirme o atendimento aos critérios de atualização monetária, além das considerações feitas acima.

Diante da inversão da sucumbência, deverá o INSS arcar com os honorários advocatícios que fixo em 10% do valor atualizado da causa (art. 20, §3º, do CPC).

De todo o exposto, **DÁ-SE PROVIMENTO** ao recurso, nos termos supra.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0005601-21.2011.8.26.0642, da Comarca de Ubatuba, em que é apelante ANDERSON GOMES DE OLIVEIRA (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL – INSS.

ACORDAM, em 16ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Não conheceram da apelação do autor; reformaram a sentença em sede do reexame necessário. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 25.811)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores VALDECIR JOSÉ DO NASCIMENTO (Presidente) e JOÃO NEGRINI FILHO.

São Paulo, 8 de março de 2016.

LUIZ DE LORENZI, Relator

Ementa: REVISÃO DE BENEFÍCIO – SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA EM PARTE – APELAÇÃO COM PEDIDO DIVERSO DA PRETENSÃO DEDUZIDA NA INICIAL – NÃO CONHECIMENTO.

"Não comporta admissibilidade, à luz da regra processual, a apelação que postula reforma de sentença com o propósito de ver acolhida pretensão não deduzida na inicial da demanda".

REVISÃO DE BENEFÍCIO – AUXÍLIO-SUPLEMENTAR DE 20% CONCEDIDO SOB A ÉGIDE DA LEI 6.367/76 – SUBSTITUIÇÃO PARA AUXÍLIO-ACIDENTE DE 50%

Acesso ao Sumário

COM FUNDAMENTO EXCLUSIVO NA SUPERVENIÊNCIA DE LEI MAIS BENÉFICA – INADMISSIBILIDADE.

"Não se admite a pretendida substituição do auxílio-suplementar de 20% para auxílio-acidente de 50%, com base na mera superveniência da Lei 9.032/95, seja porque o percentual concedido ao segurado o foi com base na legislação vigente à época do surgimento da incapacidade, seja porque se estaria desrespeitando a regra constitucional que dispõe sobre a necessidade da correspondente fonte de custeio para justificar tal alteração".

Apelação do autor não conhecida; sentença reformada em sede do reexame necessário.

VOTO

Anderson Gomes de Oliveira move a presente ação contra o INSS objetivando a revisão do auxílio-suplementar, que recebe desde março de 1989, nos seguintes pontos: a) atualização dos 36 seis salários-de-contribuição (o que não ocorreu em relação aos 12 mais recentes); b) efetivação do primeiro reajuste nos termos da Súmula 260 do Tribunal Federal de Recursos; c) adequação da renda mensal do benefício ao salário mínimo; d) equiparação do auxílio-suplementar ao auxílio-acidente de 50%.

Citado, o INSS ofertou contestação aduzindo, em suma, inexistir previsão legal para transformação do auxílio-suplementar em auxílio-acidente (fls. 46/50).

Sobreveio a r. sentença que julgou procedente em parte o pedido inicial para condenar o INSS a converter o auxílio-suplementar do autor em auxílio-acidente de 50% do auxílio-doença recebido, pagando, por consequência as diferenças resultantes com correção monetária e juros de mora, além de custas, despesas processuais e honorários advocatícios fixados em R$500,00 (fls. 62/64).

Inconformado, apela o autor pugnando pela parcial reforma do julgado. Pleiteia, em suma, a concessão de auxílio-doença ou aposentadoria por invalidez em valor não inferior a um salário mínimo, nos termos do artigo 29, § 5º, da Lei nº 8.213/91 e artigo 201 da Constituição Federal (fls. 67/72).

O INSS não apresentou resposta.

É o relatório, adotado no mais o da r. sentença.

Conquanto não determinado pelo Juízo monocrático, considero cabível o reexame necessário por força da interpretação conferida ao artigo 475, I, do

Acesso ao Sumário

Código de Processo Civil, com a redação dada pela Lei nº 10.352/2001.

Nesse diapasão, considerados o recurso voluntário e o reexame necessário, passo a decidir.

1) Da apelação do autor.

A apelação não comporta conhecimento.

A razão é simples.

Extrai-se, de modo inequívoco, da inicial que o autor postulou a revisão do auxílio-suplementar que recebe nos seguintes postos: a) atualização de todos os 36 salários-de-contribuição (o que não ocorreu em relação aos 12 mais recentes); b) efetivação do primeiro reajuste nos termos da Súmula 260 do TFR; c) adequação da renda mensal do benefício ao salário mínimo; d) equiparação do auxílio suplementar ao auxílio-acidente de 50%.

Proferiu-se a r. sentença que acolheu parcialmente o pedido para substituir o auxílio-suplementar por auxílio-acidente de 50% em razão da superveniência de lei mais benéfica (ver fls. 62/64).

Não obstante, no inconformismo manifestado nas razões da apelação interposta, o autor pretende a concessão de auxílio-doença ou aposentadoria por invalidez em valor não inferior ao um salário mínimo, pretensão essa, como se vê, não formulada na petição inicial, obviamente não abordada no contexto da r. sentença prolatada.

Se assim foi, tenho por descumprido o requisito inserto no artigo 514, II, do Código de Processo Civil a obstar o conhecimento do recurso.

2) Do reexame necessário.

Impõe-se, em sede do reexame necessário, a inversão do julgado para o decreto de improcedência do feito.

A despeito do enfoque esposado pela r. sentença, descabe no caso concreto a substituição do auxílio-suplementar de 20%, que vem o autor recebendo desde março de 1989 (ver fls. 27), por auxílio-acidente de 50%, com base na redação dada à Lei 8.213/91 pela Lei 9.032/95.

A razão é simples.

Primeiro, está claro nos autos que o benefício acidentário que o autor vem recebendo é o auxílio-suplementar de 20% do salário-de-contribuição, que, evidentemente, lhe foi concedido com base na Lei 6.367/76 que o previu.

Logo, admitir a aplicação da Lei 9.032/95 tão-só para alterar o percentual do benefício implicaria, além de fazê-la incidir de forma retroativa para alcançar situação há muito consolidada sob a égide de lei anterior, desvirtuar a base de cálculo do benefício já que a nova legislação, ao definir o patamar de 50% para o auxílio-acidente (benefício esse diverso do auxílio-suplementar), também modificou a forma de apuração da prestação mensal determinando a incidência

Acesso ao Sumário

da alíquota exclusivamente sobre o salário-de-benefício.

Registre-se, por oportuno, que salário-de-contribuição (base de cálculo dos benefícios previsto pela Lei 6.367/76) e salário-de-benefício (base de cálculo dos benefícios previsto pela Lei 8.213/91 com a redação que lhe foi dada pela Lei 9.032/95) não se confundem e, por óbvio, têm formas diversas de apuração.

Depois, é evidente que cada lei ao dispor no seu bojo sobre a concessão do benefício no âmbito da Previdência leva em conta a correspondente fonte de custeio (por ela especificada), conforme estabelece o artigo 195, parágrafo 5º, da Constituição Federal.

Assim, também por esse ângulo, a majoração do benefício não pode ser admitida, porquanto as fontes de custeio que integram o espírito da Lei 9.032/95, necessariamente, abrangem apenas os benefícios concedidos já na sua vigência, nada dispondo sobre aqueles deferidos por legislação anterior que, a toda evidência, não foram por ela abarcados.

Nesse contexto, à luz do consolidado entendimento aqui perfilhado, a revisão do benefício concedido na vigência de legislação anterior só seria possível, em tese, se tivesse havido agravamento do quadro incapacitante (o que implicaria substituição do benefício por outro previsto na legislação pertinente). Essa hipótese, entretanto, não foi em nenhum momento aventada.

Em suma, se o auxílio-suplementar pago ao autor teve a sua previsão na Lei 6.367/76, não vejo razão para singelamente transmudá-lo para auxílio-acidente com base em legislação posterior que, assim, não disciplinou.

Destarte, o posicionamento aqui esposado está em consonância com o entendimento jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal que, ao tratar o tema em questão de ordem, com caráter de repercussão geral e reafirmando sua jurisprudência, decidiu que não se aplicam as regras da Lei 9.032/95 aos benefícios da Previdência Social que têm preenchidos os requisitos necessários à sua concessão em data anterior à vigência desta norma, o que faria com que sua incidência imediata em casos como o presente, ainda que sob o fundamento da isonomia, implicasse violação dos artigos 5°, inciso XXXVI, e 195, parágrafo 5°, da Constituição Federal *(Recurso Extraordinário n° 597.389-1/SP, Relator Ministro Gilmar Mendes, j. 22.04.2009).*

Impõe-se, pois, a reforma da r. sentença com o consequente decreto de improcedência do pedido inicial.

Ante o exposto, pelo meu voto, não conheço do recurso do autor e, em sede do reexame necessário, reformo a r. sentença para julgar improcedente o pedido inicial. Sem imposição dos ônus da sucumbência por força de disposição legal (artigo 129, parágrafo único, da Lei 8.213/91).

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1033671-13.2015.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que é apelante D-LINK BRASIL LTDA., é apelado DELEGADO REGIONAL TRIBUTÁRIO DA CAPITAL – DRTCII.

ACORDAM, em 6ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Afastaram as preliminares. Deram provimento em parte ao apelo de D-Link Brasil Ltda. para se adentrar no mérito da impetração, mas mantida a denegação da segurança, por fundamento diverso, ausência de direito liquido e certo. V.U. Sustentou oralmente a Dra. Lygia Bojikian Canedo.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 26.238)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores EVARISTO DOS SANTOS (Presidente sem voto), REINALDO MILUZZI e MARIA OLÍVIA ALVES.

São Paulo, 21 de março de 2016.

SIDNEY ROMANO DOS REIS, Relator

Ementa: Apelação Cível – Tributário – Mandado de Segurança impetrado por empresa contra o Delegado Regional Tributário de São Paulo em razão de Auto de Infração relativo a débitos de ICMS em razão de importação de mercadorias – Sentença que denega a segurança porque demandaria dilação probatória – Recurso da empresa impetrante – Provimento parcial de rigor, mas mantida a denegação por fundamento diverso.

1. Mandado de segurança – Via adequada para discussão do pleito – Cerne da questão que constitui matéria de direito – Direito subjetivo da impetrante, que busca afastar justo receio de violação a direito líquido e certo.

2. Desnecessidade de dilação probatória ante o farto acervo colacionado com a inicial restando apreciar matéria essencialmente de direito – Julgamento que se impõe em atenção ao disposto no art. 515, § 3º, do CPC.

3. Do Mérito – Não comprovada ofensa a direito líquido e certo – Tributo devido ao Estado de São Paulo, onde

Acesso ao Sumário

está situado o estabelecimento destinatário do bem – Observância do artigo 155, § 2º, IX, letra "a", da CF – Importação por conta e ordem de terceiro – O adquirente é o real destinatário da mercadoria – Falta de recolhimento do imposto aos cofres do Estado de São Paulo no momento do desembaraço aduaneiro – Creditamento indevido – Precedentes.

Sentença reformada em parte – Apelação provida em parte, porém mantida a denegação da ordem.

VOTO

1. Por r. Sentença de fls. 2.111/2.112, cujo relatório ora se adota, a MM. Juíza de Direito da 6ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de São Paulo, nos autos de **Mandado de Segurança** impetrado por **D-Link Brasil Ltda**. contra ato tido por coator do senhor **Delegado Regional Tributário da Capital – DRTCII**, denegou a segurança.

Opostos **Embargos de Declaração** foram os mesmos rejeitados, fls. 2.121.

Não conformada apela a impetrante **D-Link Brasil Ltda**. com razões de fls. 2.126/2.153.

Pretende a reforma da r. Sentença no sentido da concessão da segurança para o fim de ver reconhecida a nulidade do auto de infração nº 3.164.248-2. Para tanto, em resumo, diz desnecessária a produção de prova pericial porque a questão seria puramente de direito e os fatos alegados estão comprovados pela cópia integral do auto de infração e, assim, entende que demonstrado categoricamente o direito liquido e certo de adquirir produtos nacionalizados em qualquer parte do território nacional e formar crédito de ICMS decorrente de operações interestaduais. Aduz que incorreta a caracterização dos sujeitos ativo e passivo do ICMS – importação no auto de infração porque não atendido ao disposto na a alínea "d" do inciso XII do § 2º do art. 155 da Constituição Federal c/c a alínea "d" do inciso I do art. 11 da Lei Complementar nº 87/96 (imposto devido no estabelecimento em que se deu a entrada física das mercadorias), salientando que o fato gerador se verifica no momento do desembaraço aduaneiro, no caso, no Estado de Santa Catarina (inciso IX do art. 12 da Lei Complementar nº 87/96) sendo o sujeito passivo o importador, no caso, as tradings de Santa Catarina (art. 4º, I, da Lei Complementar n° 87/96) conforme julgados que colaciona. Alega, ainda, que não pode o Fisco paulista deslocar o sujeito passivo do tributo sob a justificativa de que a operação de importação foi realizada mediante contrato de importação por conta e ordem de terceiros porque demonstrado por notas fiscais que emitida pelas tradings atestando que

Acesso ao Sumário

as operações de importação se deram em Santa Catarina e por encomenda da impetrante, na forma assim disposto no art. 11, da Lei nº 11.281/2006. Diz que ocorreram duas operações, uma de importação pelas tradings e outra de revenda para a impetrante conforme julgado do C. STJ. Aduz, também, que a apuração da ocorrência do fato gerador do ICMS independe do negócio jurídico praticado (o § 2° do art. 2° da Lei Complementar n° 87/96). Por fim, diz que legítimo o crédito de ICMS decorrente da importação nos termos do art. 52 do RICMS/SP, lastreada em documentação fiscal idônea com alíquota de 12%.

Recebido o apelo (fls. 2.156), com contrarrazões (fls. 2.160/2.170) e manifestação da I. Promotoria de Justiça (fls. 2.174/2.175), subindo os autos.

A D. e I. Procuradoria de Justiça, fls. 2.180, deixou de ofertar Parecer por entender descabido na espécie.

2. Das preliminares.

Primo icto oculi, não há que se falar em descabimento do *mandamus* no presente caso, tendo em vista que os elementos probatórios colacionados aos autos permitiriam a apreciação do mérito da ação.

Deveras, não se vislumbra na hipótese a alegada necessidade de dilação probatória, porquanto todos os documentos que eram necessários à solução da lide foram trazidos quando da propositura da ação.

No mais, envolve matéria essencialmente de direito.

Rejeita-se, assim a preliminar arguida de inadequação da via eleita bem como se afasta a denegação da segurança por suposta necessidade de dilação probatória.

Desse modo, ainda que de rigor a reforma da r. decisão, não há porque determinar seu retorno à Vara de origem na medida em que, nos termos do art. 515, § 3º, do Código de Processo Civil, pode o Tribunal julgar desde logo a lide, por ser a matéria exclusivamente de direito.

Confira-se à respeito:

> ***RECURSO. APELAÇÃO. EFEITOS. SENTENÇA NULA. INTELIGÊNCIA DO ART. 515, §§ 1º E 3º, DO CPC. HIPÓTESE EM QUE É A INTERPOSIÇÃO VÁLIDA DO RECURSO QUE DEVOLVE O CONHECIMENTO DA MATÉRIA DE MÉRITO AO TRIBUNAL. QUESTÃO EXCLUSIVAMENTE DE DIREITO. PROSSEGUIMENTO DO JULGAMENTO DE MÉRITO.*** (Apelação Com Revisão 6725344800, Relator(a): Vito Guglielmi, Comarca: Mogi-Guaçu, Órgão julgador: 6ª Câmara de Direito Privado, Data do julgamento: 01/10/2009).
>
> ***Ação de cobrança - Decisão "extra petita" e "citra petita" - Reconhecimento - Sentença anulada - Prolação de novo julgamento,***

Acesso ao Sumário

aplicando-se, por analogia, o art. 515, § 3º, do Código de Processo Civil. (TJSP, Apelação 92090617419 (1267222100), Relator(a): Cristiano Ferreira Leite, Comarca: São Paulo, Órgão julgador: 33ª Câmara de Direito Privado, Data do julgamento: 14/09/2009).

RECURSO - Apelação - Ilegitimidade "ad causam" - Ajuizamento de cobrança contra a cooperativa e a municipalidade de São Paulo - Fornecimento de gases medicinais e outros, para hospitais municipais - Ilegitimidade de parte da municipalidade afirmada na sentença, sendo parte excluída da lide - Invalidade - Cooperativas que configuravam simples atuação "longa manus" do município, pois não dispondo de patrimônio próprio, dependiam inteiramente dos repasses de verba municipal - Possibilidade da análise do mérito da ação - Artigo 515, § 3º do Código de Processo Civil - Recurso da Cooperativa e da autora provido para este fim. (TJSP, Apelação Cível n. 308.384-5/5 São Paulo - 10ª Câmara de Direito Público - Relator: Torres de Carvalho - 08/10/07 - VU - voto n. AC-1.554/07).

RECURSO - Apelação - Sentença anulada - Questão eminentemente de direito - Lide em condições de julgamento imediato - Julgamento do mérito - Possibilidade, prestigiando-se os princípios da instrumentalidade, da celeridade e economia processual, dando-se efetividade ao art. 5º, LXXVIII, da CF/88 - Aplicação da Teoria da Causa Madura, como assim edificado, analogicamente, pela norma do art. 515, § 3º, do CPC - Recurso parcialmente provido (TJSP, Apelação Cível n. 946.859-0/0 - São Paulo - 35ª Câmara de Direito Privado - Relator: Egidio Giacoia - 18.06.07 - v.u. - voto n. 5015).

Deste maneira, de rigor se adentrar na questão de fundo da impetração a saber se legítimo o débito fiscal amparado por Auto de Infração em relação ao qual a impetrante questiona sua legitimidade por entender ser indevida sob o argumento principal de que não foi a importadora das mercadoria, mas sim empresas de Tradings que efetuaram o desembaraço aduaneiro no Estado de Santa Catarina, onde o imposto já teria sido recolhido, o que autorizava o creditamento de ICMS no Estado de São Paulo.

Pese embora o elogiável esforço defensivo e inconteste erudição dos subscritores das razões de apelação ofertada, reputo não configurado o direito líquido e certo aventado.

O artigo 155, § 2º, inciso IX, alínea 'a', da Constituição Federal, preconiza que o ICMS incidente sobre a importação caberá ao Estado onde estiver situado o domicílio ou o estabelecimento do destinatário da mercadoria, bem ou serviço.

Esse entendimento foi compartilhado pelo C. Supremo Tribunal Federal, consoante o voto da lavra do eminente Ministro Joaquim Barbosa, cuja ementa

Acesso ao Sumário

adiante se transcreve:

> *"TRIBUTÁRIO. IMPOSTO SOBRE OPERAÇÃO DE CIRCULAÇÃO DE MERCADORIAS E PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. ICMS. IMPORTAÇÃO. SUJEIÇÃO ATIVA. ESTADO EM QUE LOCALIZADO O DESTINATÁRIO JURÍDICO DAS MERCADORIAS.*
>
> *1. Segundo orientação firmada por esta Corte, nas operações das quais resultem a importação de bem do exterior, o Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços - ICMS é devido ao estado onde estiver situado o domicílio ou o estabelecimento do destinatário jurídico do bem, pouco importando se o desembaraço ocorreu por meio de ente federativo diverso.*
>
> *2. A pesquisa sobre o 'destinatário jurídico' não se esgota no exame formal da estrutura ou do modelo de importação ou de negócios adotado. Outros dados, como a utilização a ser dada ao bem e posteriores operações de circulação, tributadas ou não, são relevantes para desate da controvérsia. No caso em exame, a própria empresa- agravante reconhece que o destinatário dos bens, entidade que iria dar-lhes função econômica, estava localizado em Taubaté/SP. Nesse sentido, competia à parte-agravante indicar a legitimidade do estabelecimento formalmente apontado como importador, fosse ela econômica, de propósito negocial ou jurídica. Agravo regimental ao qual se nega provimento."* (RE 600559 - AgR, Relator: Min. JOAQUIM BARBOSA, Segunda Turma, julgado em 14/09/2010).

No caso dos autos, apesar de as importações terem sido realizadas pelas Tradings situadas no Estado de Santa Catarina, estas se deram, inegavelmente, por conta e ordem da empresa impetrante – localizada no Estado de São Paulo – a quem se destinavam, desde o início das operações, as mercadorias importadas.

Neste particular, basta a leitura do extenso rol de documentos apresentados para se constatar a realidade fática das operações havidas.

Em linhas gerais as importações se davam da seguinte forma: o vendedor no Exterior era a empresa matriz D-Link Latin America Co. Ltd (situada nos Estados Unidos), o Fabricante era a D-Link Corporation (situado na República Popular da China) e a importadora a ora impetrante **D-Link Brasil Ltda**. que figurava como **encomendante** servindo, então, claramente as empresas de **Tradings** como meras intermediárias das negociações globais da empresa transnacional.

Em suma, a impetrante fazia o pedido das mercadorias a fornecedores no exterior, os quais, na modalidade de importação por conta e ordem, eram entregues à citada empresa importadora no Estado de Santa Catarina.

Evidente que as tradings apenas prestavam serviços para a adequada

Acesso ao Sumário

nacionalização das mercadorias, para posterior remessa à legítima proprietária, a contratante paulista, restando evidente a existência de prévia destinação a outro estabelecimento.

Tratou-se, em verdade, da chamada importação indireta, realizada pela empresa de São Paulo, real destinatária dos produtos que adentraram o território brasileiro, mediante a intermediária, localizada em Santa Catarina.

Em outras palavras, embora a empresa intermediária tenha realizado o desembaraço aduaneiro das mercadorias, a importação em apreço se deu em virtude de pedido formulado por outrem, que se responsabilizou por manter contato com os fornecedores, ajustar preços diretamente com estes, delimitar a forma de pagamento e todas as demais condições para efetivação da compra.

Diante disso, considerada a empresa postulante como efetiva destinatária das mercadorias importadas, vale dizer, verdadeira importadora, o sujeito ativo do ICMS-importação é o Estado de São Paulo, a despeito de ter sido estas desembaraçadas por estabelecimento intermediário sediado em outra Unidade da Federação.

No mesmo sentido, precedentes deste Eg. Tribunal de Justiça:

"APELAÇÃO CÍVEL. ANULATÓRIA. ICMS. Importação por conta e ordem de terceiro (importação indireta). Mercadorias que se destinavam, desde o início da operação, à empresa localizada no Estado de São Paulo. Autora que figurou como intermediária na operação em apreço. Imposto devido no Estado de São Paulo, a despeito de ter sido esta desembaraçada por estabelecimento intermediário sediado em outra Unidade da Federação. Interesse comum da autora na situação que constitui fato gerador da obrigação principal evidenciado pelo próprio ajuste firmado. Participação na realização do fato gerador do ICMS incidente sobre a importação. Solidariedade no pagamento do tributo e da multa configurada. Recurso desprovido." (AC nº 0001574-84.2012.8.26.0407, 12ª Câmara de Direito Público – rel. Des. Osvaldo de Oliveira – j. de 24.09.2014)

"APELAÇÃO. AÇÃO ANULATÓRIA. ICMS. Importação. Entrada de mercadorias pelo Estado de Santa Catarina. Tributo devido ao Estado de São Paulo, onde está situado o estabelecimento do destinatário do bem. Observância do artigo 155, § 2º, IX, letra "a", da CF e do art. 11 da LC 87/96. Destinatário jurídico na importação por conta e ordem de terceiro não é a empresa importadora, mas o adquirente, real destinatário da mercadoria. Falta de recolhimento do imposto aos cofres do Estado de São Paulo no momento do desembaraço aduaneiro. Creditamento indevido. Autuações legítimas. Precedentes. RECURSO NÃO PROVIDO." (AC nº 0034683-84.2012.8.26.0053, 2ª Câmara de Direito Público – rel. Des. José Luiz Germano – j. de 11.03.2014)

"APELAÇÃO CÍVEL - ICMS IMPORTAÇÃO - AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITO FISCAL - IMPORTAÇÃO POR CONTA

Acesso ao Sumário

DE TERCEIRO - Entrada da mercadoria no Estado de Santa Catarina, sendo naquele estado recolhido o tributo - Autuação pelo fisco de São Paulo - Sentença de improcedência - Apelação - A empresa de trading situada em Santa Catarina não passa de mera intermediária, visto não se tratar da efetiva destinatária da mercadoria - Por força do artigo 155, § 2º, IX, alínea 'a' da Carta da República a unidade da Federação a quem cabe o ICMS cobrado em caso de importação é a do efetivo destinatário, pois é este quem dá causa à operação de importação - Recurso improvido." (AC nº 0038639-79.2010.8.26.0053, 3ª Câmara de Direito Público, rel. Des. José Luiz Gavião de Almeida – j. de 18.02.2014)

E não diverge esta 6ª Câmara de Direito Público:

> "APELAÇÃO. Mandado de segurança preventivo. ICMS. Importação por conta e ordem de terceiro. Pretensão de compelir a autoridade coatora a se abster de inscrever em dívida ativa débitos tributários constantes do AIIM's. Segurança denegada. Nulidade de sentença. Inocorrência. Decisão devidamente motivada. Exame de todos os pontos controvertidos e exposição dos fundamentos do resultado do julgamento. Pretensão de inversão do julgamento. Impossibilidade. Tributo devido no Estado em que localizado o destinatário jurídico da operação, ainda que o desembaraço tenha ocorrido por meio de ente federativo diverso. Ato administrativo que goza de presunção de legalidade e veracidade. Ausência, na hipótese, de direito líquido e certo. Precedentes. Rejeição da matéria preliminar. Não provimento da apelação." (AC nº 1006920-23.2014.8.26.0053, rel. Des. Maria Olívia Alves – j. de 18.05.2015)

Em sendo assim, descaracterizada a existência de direito líquido e certo, pressuposto fundamental do remédio heroico, não permitindo, assim, a solução do presente conflito por meio do mandado de segurança.

Como se sabe, *direito líquido e certo é aquele que se apresenta manifesto na sua existência, delimitado na sua extensão e apto a ser exercitado no momento da impetração. Por outras palavras, o direito invocável, para ser amparável por mandado de segurança, há de vir expresso em norma legal e trazer em si todos os requisitos e condições de sua aplicação ao impetrante: se sua existência for duvidosa; se sua extensão ainda não estiver delimitada; se seu exercício depender de situações e fatos ainda indeterminados, não rende ensejo à segurança, embora possa ser defendido por outros meios processuais.*

Quando a lei alude a direito líquido e certo, exige que esse direito se apresente com todos os requisitos para seu conhecimento e exercício no momento da impetração. Em última análise, direito líquido e certo é direito comprovado de plano. Se depender de comprovação posterior, não é líquido nem certo, para fins de segurança **(Hely Lopes Meirelles, Mandado de Segurança, 30**

Acesso ao Sumário

edição, atualizada por Arnold Wald e Gilmar Ferreira Mendes, São Paulo: Malheiros, p. 38).

No caso concreto, não logrou demonstrar a impetrante, de plano, ter direito líquido e certo a não sofrer a imposição da multa. Pelo contrário, o conjunto probatório colacionado indica estarem presentes os pressupostos de legitimidade e legalidade do ato administrativo atacado no presente *mandamus*.

Finalmente, há que se ressaltar também que não pode a Administração Pública ser obrigada a emprestar licitude ao que é intrinsecamente ilícito, conforme pacífica jurisprudência do **Colendo Superior Tribunal de Justiça**. Confira-se:

> ***ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. MANDADO DE SEGURANÇA. ADULTERAÇÃO DO CHASSI. REGRAVAÇÃO. ART. 141, § 2º, DO CNT. DIREITO LÍQUIDO E CERTO. INEXISTÊNCIA.***
>
> ***1. Os atos administrativos sujeitam-se à estrita legalidade.***
>
> ***2. Inexiste direito líquido e certo à regravação do chassi quando sua numeração original foi adulterada e impossível de ser vislumbrada.***
>
> ***3. A administração não pode ser obrigada a emprestar licitude ao que é intrinsecamente ilícito.***
>
> ***Recurso especial conhecido e provido.***
>
> (REsp 276768/SP, Recurso Especial 2000/0091624-2, T 2 – Segunda Turma, Relator Ministro Francisco Peçanha Martins (1094), j. 06.11.2003, DJ 15/12/2003, p. 250, RSTJ vol. 175 p. 261).

Dai porque alternativa não há senão a denegação da segurança porque ausente direito liquido e certo alegado.

Os ônus de sucumbência devem ser mantidos porque mantida a denegação da segurança.

Por fim, importa registrar que a presente decisão apreciou todas as questões postas no recurso sem violar a Constituição Federal ou qualquer lei infraconstitucional, restando expressamente prequestionados todos os artigos implícita e explicitamente mencionados.

3. Ante todo o exposto, pelo meu voto, dou provimento em parte ao apelo de **D-Link Brasil Ltda**. para se adentrar no mérito da impetração, mas mantida a denegação da segurança, por fundamento diverso, ausência de direito liquido e certo.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1004635-

81.2015.8.26.0066, da Comarca de São Paulo, em que é apelada JANAINA PEREIRA DE LIMA (JUSTIÇA GRATUITA), é apelante FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL SECRETARIA DE EDUCAÇÃO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 9ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Não conheceram do recurso voluntário da Fazenda do Estado e negaram provimento ao reexame necessário, v.u., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 20.243)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores REBOUÇAS DE CARVALHO (Presidente), DÉCIO NOTARANGELI e OSWALDO LUIZ PALU.

São Paulo, 29 de março de 2016.

REBOUÇAS DE CARVALHO, Relator

Ementa: MANDADO DE SEGURANÇA – CONCURSO PÚBLICO – Candidata aprovada nas primeiras fases do certame e declarada inapta na perícia médica de admissão, por apresentar IMC de 50.2, apesar de possuir bom estado geral de saúde, de acordo com o mesmo laudo médico – Ausência de motivação do ato administrativo, mostrando-se, além disso, desproporcional e desarrazoado – Precedente desta C. 9ª Câmara de Direito Público – Sentença mantida – Recurso voluntário da Fazenda Pública não conhecido e reexame necessário não provido.

VOTO

Trata-se de mandado de segurança com pedido de liminar impetrado por Janaína Pereira de Lima contra ato do Secretário de Educação do Estado de São Paulo e outros, consistente na sua exclusão do concurso público para o provimento de cargos de Agente de Organização Escolar sob o fundamento de que apresenta Obesidade Exógena Mórbida, com IMC de 50,2. Requer a concessão da segurança para o fim de lhe ser permitida a posse e início de exercício no cargo de Agente de Organização Escolar junto à E.E. Aymoré do Brasil, no Município de Barretos.

A liminar foi deferida (fl. 72).

A r. sentença de fls. 133/134, cujo relatório adoto, concedeu a segurança, confirmando a liminar anteriormente deferida, impondo-se a anulação do ato administrativo que determinou a exclusão da impetrante do certame. A ré

Acesso ao Sumário

foi condenada a arcar com as custas processuais. Não houve condenação em honorários advocatícios.

Inconformada, apela a Fazenda do Estado alegando, em síntese, que o Departamento de Perícias Médicas do Estado de São Paulo é o órgão competente para a realização de perícias para fins de aposentadoria, licenças médicas e readaptação. Aduz, ainda, que cabe exclusivamente ao médico perito decisão final quanto à concessão ou não de licença médica (fls. 137/152).

Recurso recebido, isento de preparo e com contrarrazões (fls. 155/161).

O órgão do Ministério Público oficiante em primeiro grau reiterou manifestação anterior, em que opinou pela concessão da segurança (fls. 166/167 e 127/132).

Acerca do despacho de fl. 169, as partes não se manifestaram (fl. 171).

É o relatório.

Inicialmente considero interposto o reexame necessário, por força do artigo 14, § 1º, da Lei nº 12.016/09, visto ser inaplicável o § 2º, do artigo 475, do Código de Processo Civil, ao mandado de segurança.

Não conheço do recurso de apelação voluntário da Fazenda do Estado, uma vez que completamente dissociado dos termos da r. sentença e da matéria discutida na exordial.

Da análise da peça inaugural, verifica-se que o pedido é restrito à readmissão da impetrante no concurso público para o cargo de Agente de Organização Escolar, junto à E.E. Aymoré do Brasil, no Município de Barretos, em razão de ter sido considerada inapta na perícia médica, por possuir IMC de 50,2.

Contudo, no recurso voluntário da Fazenda Pública Estadual discute-se a competência do Departamento de Perícias Médicas do Estado de São Paulo para a realização de perícias para fins de aposentadoria, licenças médicas e readaptação, alegando-se que cabe exclusivamente ao médico perito a decisão final quanto à concessão ou não de licença médica (fls. 137/152).

Logo, notória a dissociação do teor da apelação com os termos da r. sentença e da matéria contida na inicial.

Desta forma, o apelante carece de interesse recursal tendo em vista a ausência dos requisitos de admissibilidade do apelo, pois, conforme lição de Humberto Theodoro Júnior[1]:

> "no juízo da admissibilidade resolvem-se as preliminares relativas ao cabimento, ou não, do recurso interposto. Verifica-se se o recorrente tem legitimidade para recorrer, se o recurso é previsto em lei e se é adequado ao ato atacado [...]"

1 *in* Curso de Direito Processual Civil Volume I. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 560.

Nesse sentido, há precedente do C. Superior Tribunal de Justiça:

"ADMINISTRATIVO. FGTS. CONTAS VINCULADAS. CORREÇÃO MONETÁRIA. APRESENTAÇÃO DOS EXTRATOS ANTERIORES A 1992. RESPONSABILIDADE. RAZÕES DISSOCIADAS DO ACÓRDÃO RECORRIDO. SÚMULA N. 284 DO STF.

1. Revela-se deficiente a fundamentação do recurso quando as razões expostas pelo recorrente estão dissociadas dos fundamentos da decisão impugnada. Inteligência da Súmula n. 284 do STF. 2. Recurso especial não-conhecido." (REsp n. 632515/CE, rel. Min. João Otávio de Noronha, j. 17/04/2007).

Theotonio Negrão e José Roberto F. Gouvêa[2] observam, ainda, que "é dominante a jurisprudência de que não se deve conhecer da apelação: [...] em que as razões são inteiramente dissociadas do que a sentença decidiu".

No mais, o caso é de manutenção da decisão recorrida.

Conquanto a Administração Pública tenha total legitimidade para apurar, na fase de exame médico, quais candidatos estejam de fato aptos ou não ao desempenho da função de Agente de Organização Escolar, deve-se considerar que esta discricionariedade não pode se convolar em arbitrariedade, desclassificando candidatos sem qualquer motivação técnica de seus atos, e em afronta à proporcionalidade e razoabilidade que se exigem os atos administrativos.

Ainda que a autora tenha sido aprovada nas primeiras fases do concurso público e mesmo possuindo "bom estado geral" quando da perícia médica de ingresso (fl. 55), foi declarada "inapta para ingresso no serviço público" por apresentar "Obesidade Exógena mórbida com IMC=50.2" (fl. 57).

Sabido que a Administração atua direcionada à consecução do interesse público, com atuação por meio de atos indisponíveis e submetidos ao princípio da legalidade, de sorte que, neste sentido, necessária a existência de pressupostos de existência e validade que, uma vez ausentes, redundam na inevitável nulidade do ato administrativo.

Nos dizeres sempre precisos de HELY LOPES MEIRELLES:

"O *motivo* ou *causa* é a situação de direito ou de fato que determina ou autoriza a realização do ato administrativo. O motivo, como elemento integrante da perfeição do ato, pode vir expresso em lei como pode ser deixado ao critério do administrador. No primeiro caso será um elemento vinculado; no segundo, discricionário, quanto à sua existência e valoração. ("Direito Administrativo Brasileiro", 37ª edição, 2011, Malheiros, p. 158).

Assim, na legítima apreciação dos atos administrativos praticados pela

Acesso ao Sumário

2 *in* Código de Processo Civil e legislação processual em vigor. São Paulo: Editora Saraiva, 2007, p. 663.

Administração quando da submissão da autora a laudos médicos periciais, sem qualquer motivo, no exame de mera legalidade de tais atos, cumpre ao Poder Judiciário anulá-los, pois ausente pressuposto de existência e validade que o dão sustentação.

Assevera Celso Antônio Bandeira de Mello o seguinte:

"Os poderes administrativos são irrogados para que, em face de determinadas situações, o agente atue com vistas ao escopo legal. Donde, o *motivo* é a demarcação dos *pressupostos fáticos* cuja ocorrência faz deflagar *in concreto* a competência que o agente dispõe em abstrato.

[...]

Evidentemente, para validade do ato, impende que haja perfeita subsunção do motivo de fato ao motivo de direito; vale dizer, cumpre que a situação do mundo fático, tomada como base de ato, corresponda com exatidão ao motivo legal.

[...]

Isto posto, não há fugir à conclusão de que o controle dos atos administrativos se estende, inevitavelmente, ao exame dos motivos. A ser de outra sorte, não haveria como garantir- se a legitimidade dos atos administrativos. Daí que a doutrina não apresenta qualquer hesitação em sufragar o entendimento exposto". ("Discricionariedade e Controle Jurisdicional", 2ª edição, 7ª Tiragem, 2006, Malheiros Editores, pg. 86/88)

Ainda que expressa distinção entre motivo e motivação, por terem conteúdo jurídico distintos, é de se convir que a motivação é "a exposição ou a indicação por escrito dos fatos e dos fundamentos jurídicos do ato" (ob. e at. cit, p. 158).

Assim, por analogia legal do que contido no art. 50, "caput", da Lei nº 9.784/99, que trata do processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, deve-se atentar para o fato de que: "Os atos administrativos **deverão ser motivados**, com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídico, quando: I – neguem, limitem ou afetem direito ou interesses" (art. 50).

Esta mesma legislação federal também deixa claro que "A motivação deve ser explícita, clara e congruente, podendo consistir em declaração de concordância com fundamentos de anteriores pareceres, informações, decisões ou propostas, que neste caso, serão parte integrante do ato" (par. 1º, do art. 50).

Mesmo que a Fazenda do Estado tenha encampado a motivação da inaptidão da autora, no caso a sua obesidade, ao que parece, é de se convir que tal procedimento é extremamente abusivo e atentatório a dignidade da pessoa humana, até porque na própria perícia médica que a considerou "inapta", consta que a impetrante tem bom estado geral de saúde, apresentando resultado "normal" em todos os demais exames realizados (fls. 53/63).

Este comportamento contraditório da Administração que declara inapta servidora que possui "bom estado geral", aliado à falta de motivação do ato administrativo, demonstra a necessidade de sua anulação.

Dito pelo STJ que:

> **É incabível a eliminação de candidato considerado inapto em exame médico em concurso público por motivo de ordens abstrata e genérica, situadas no campo da probabilidade. Impõe-se que o laudo pericial discorra especificamente sobre a incompatibilidade da patologia constatada com as atribuições do cargo público pretendido.** (RMS 26.101)

Aliás, o ato administrativo de inaptidão da autora se mostrou desproporcional, sem qualquer sustentação ou motivação, fugindo-se a razoabilidade que se exige num caso como este, que não poderá reputar inapta pessoa que tenha o seu IMC acima do padrão, e o que é pior, a própria Administração declara categoricamente que a autora possui "bom estado geral". Ora, se possui bom estado geral de saúde, porque a Administração a considerou inapta para ingresso no serviço Público? Não há resposta para tal indagação, diante da ausência de fundamentação do ato ora guerreado.

Como bem enfatizado pelo MM. Juiz de Direito sentenciante:

> "o IMC é teste que indica obesidade. Não é, como se sabe, um critério absoluto, apresentando algumas falhas. Mas não é esse o problema principal. O problema é que, no caso dos autos, todos os exames médicos exigidos da impetrante foram feitos, apresentados e tiveram resultado normal. Para que fosse possível a desclassificação apenas com fundamento em um exame indicativo, deveria haver motivação muito mais elaborada, indicando porque, apesar dos demais indicativos de saúde normal, deveria prevalecer esse solitário e normalmente impreciso resultado."

Ressalte-se, ainda, na lição de INGO WOLFGANG SARLET, o seguinte:

> "o principio da proporcionalidade quer significar que o Estado não deve agir com demasia, tampouco de modo insuficiente na consecução de seus objetivos. Exageros, para mais (excessos) ou para menos (deficiência), configuram irretorquíveis violações ao principio" ("Constituição e Proporcionalidade", Revista de Estudos Criminais, vol. 3, nº 12, Porto Alegre, 2003, p. 111).

Enfim, o caso é de manter a concessão da segurança pleiteada, tal como decidido pelo MM. Juiz de Direito de primeiro grau.

Esta C. 9ª Câmara de Direito Público, já decidiu no mesmo sentido:

> "PROCESSUAL CIVIL – Concedida a segurança, a sentença estará sujeita obrigatoriamente ao duplo grau de jurisdição – Artigo 14, parágrafo 1º, da Lei nº 12.016/2009. MANDADO DE SEGURANÇA – Concurso Público

Acesso ao Sumário

– Cargo de Auxiliar de Saúde – Exclusão do certame por ser considerada inapta no exame de saúde – Obesidade mórbida – Apresentação de bom estado geral físico, sem notícia de patologias – Não demonstrada incompatibilidade com as atribuições do cargo a ser exercido – Ausência de razoabilidade do ato e de motivação – Precedentes desta C. Corte – R. Sentença mantida. Recurso oficial, considerado interposto, e voluntário improvidos." (Relator(a): Carlos Eduardo Pachi; Comarca: São Paulo; Órgão julgador: 9ª Câmara de Direito Público; Data do julgamento: 04/11/2015; Data de registro: 05/11/2015)

Diante do exposto, não se conhece do recurso voluntário da Fazenda do Estado e nega-se provimento ao reexame necessário.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1002669-63.2015.8.26.0590, da Comarca de São Vicente, em que é apelante DANIELLE APARECIDA MENDES SANTOS DA SILVA, 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 25.327)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores CYRO BONILHA (Presidente), JOÃO NEGRINI FILHO e VALDECIR JOSÉ DO NASCIMENTO.

São Paulo, 22 de março de 2016.

CYRO BONILHA, Relator

Ementa: ACIDENTÁRIA – Concessão de auxílio-acidente – Ausência de prévio requerimento administrativo – Extinção do feito sem julgamento do mérito – Cabimento da exigência, diante da recente orientação do STF a respeito da matéria – Recurso desprovido.

VOTO

A r. sentença de fls. 41/42, cujo relatório se adota, indeferiu liminarmente petição inicial de ação acidentária, à consideração de não ter a obreira

comprovado a existência de requerimento administrativo, bem como se houve ou não efetivo pronunciamento da autarquia quanto ao referido pedido, julgando extinto o processo sem pronunciamento de mérito, por carência da ação e falta de interesse de agir, com fundamento nos arts. 267, inciso I, e 295, inciso III, do CPC.

Inconformada, apela a autora buscando o afastamento da decisão extintiva. Sustenta que o direito de ação não está condicionado ao prévio esgotamento da via administrativa, invocando o disposto no art. 5º, inciso XXXV, da CF. Alega, ainda, que "*o decisório que serviu de parâmetro para a decisão monocrática (fls. 43) REsp 1.310.042-PR trata da concessão ou revisão de benefício previdenciário, entretanto, a espécie dos autos cuida de concessão de benefício acidentário*" (fls. 47). Requer a anulação da sentença e o retorno dos autos ao juízo de origem para regular prosseguimento do feito.

O INSS ainda não integra a relação processual.

A Procuradoria Geral de Justiça não mais se manifesta em ações acidentárias.

É o relatório.

Pretende a autora a concessão de benefício acidentário sob o fundamento de que teve reduzida sua capacidade laborativa em decorrência de sequela resultante de acidente sofrido no exercício da função de operadora de crediário, quando, ao retornar de pesquisa de preços realizada em mercado concorrente, veio a ser agarrada por um indivíduo na via pública, o que lhe causou transtornos psiquiátricos.

Ao avaliar a inicial, o juízo de primeiro grau determinou que a obreira comprovasse no prazo de cinco dias a formulação de pedido administrativo para a obtenção do benefício pleiteado, bem como demonstrasse se houve ou não efetivo pronunciamento da autarquia quanto ao aludido requerimento, sob pena de indeferimento da inicial (fls. 27/28).

Sobreveio, então, a petição de fls. 35/36, através da qual a autora sustentou não ser o requerimento administrativo requisito indispensável para a propositura da ação.

O magistrado manteve a decisão, concedendo mais dez dias para o seu cumprimento (fls. 37), mas a obreira quedou-se inerte.

Não atendida a determinação judicial (fls. 40), foi então proferida a sentença extintiva do processo, nos termos dos arts. 267, inciso I, e 295, inciso III, ambos do CPC.

Embora este Relator viesse admitindo a tese de que não constitui pressuposto do ajuizamento da ação acidentária o esgotamento ou mesmo o simples protocolo do requerimento do benefício na esfera administrativa, curvou-se à orientação do STF contida no julgamento do Recurso Extraordinário

Acesso ao Sumário

nº 631.240/MG, realizado em 27/08/2014, com repercussão geral reconhecida.

Com efeito, ficou estabelecido que a exigência não fere a garantia de livre acesso ao Judiciário, prevista no art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, observado que, sem pedido administrativo anterior, não fica caracterizada lesão ou ameaça de direito.

Considerou-se não haver interesse de agir do segurado que não tenha inicialmente protocolado seu requerimento junto ao INSS, pois a obtenção de um benefício depende de uma postulação ativa.

Dentro desse quadro, merece ser mantida a r. sentença extintiva.

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

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0003220-56.2014.8.26.0344, da Comarca de Marília, em que é apelante PREFEITURA MUNICIPAL DE MARÍLIA, é apelado CONDOMÍNIO EDIFÍCIO MARÍLIA E DIRCEU.

ACORDAM, em 18ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 21.674)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores BEATRIZ BRAGA (Presidente sem voto), BURZA NETO e FRANCISCO OLAVO.

São Paulo, 3 de março de 2016.

WANDERLEY JOSÉ FEDERIGHI, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: APELAÇÃO – AÇÃO ANULATÓRIA DE DÉBITO FISCAL C/C PEDIDO DE REPETIÇÃO DE INDÉBITO – Demanda visando à anulação do IPTU dos exercícios de 2009 a 2014, bem como à restituição das quantias pagas a tal título, em razão da duplicidade da cobrança – Cabimento – Legitimidade ativa do condomínio constatada – Exegese do artigo 1.348, inciso II, do Código Civil – Duplicidade da cobrança tributária verificada – Município que lançou e cobrou o IPTU em face do condomínio e dos condôminos proprietários – O condomínio não se enquadra em nenhuma das modalidades de sujeição

passiva indireta, não sendo, portanto, o sujeito passivo da obrigação tributária – Sentença ratificada – Recurso desprovido.

VOTO

Vistos.

CONDOMÍNIO EDIFÍCIO MARÍLIA E DIRCEU ajuíza ação anulatória de débito fiscal c/c pedidos de repetição de indébito e antecipação de tutela (proc. n. 0003220-56.2014.8.26.0344, da E. Vara da Fazenda Pública da Comarca de Marília) contra a **PREFEITURA MUNICIPAL DE MARÍLIA**, visando à anulação do IPTU dos exercícios de 2009 a 2014, bem como à restituição das quantias pagas a tal título, em razão da duplicidade da cobrança.

A antecipação de tutela foi deferida às fls. 82/84.

Registre-se que foi prolatada a r. sentença de fls. 124/129, tendo o MM. Juiz julgado procedente a ação.

A Prefeitura Municipal opôs embargos de declaração às fls. 133/135, os quais foram rejeitados (fls. 136/137).

A ré apresentou o seu recurso de apelação (fls. 141/148), no qual alega a inocorrência de duplicidade da cobrança do imposto e a ilegitimidade ativa do condomínio. Por fim, requer a reforma da referida decisão, julgando-se improcedente a demanda.

Recebido o recurso, subiram os autos a esta Corte, sem a apresentação das contrarrazões (fl. 151).

É o relatório.

Malgrado a combatividade do digno procurador municipal, atuante neste feito, entende-se que o presente recurso não reúne condições de prosperar.

Senão, vejamos.

O condomínio autor fundamenta sua pretensão de anulação de débito fiscal e repetição de indébito no fato de ter havido duplicidade na cobrança do IPTU dos exercícios de 2009 a 2012. Alega que, antes de sua constituição legal, ocorreu o desmembramento de parte do terreno entre os condôminos, acrescendo- se a respectiva proporção às unidades privativas e comuns. Assim, assevera que, equivocadamente, o Município de Marília lançou o IPTU relativo a esta área em nome de cada proprietário e também em nome do condomínio.

Em contrapartida, a ré argui a ilegitimidade do autor, em razão de não ter havido assembleia autorizando o condomínio a pleitear a anulação e restituição do imposto. Afirma, ainda, a legalidade dos lançamentos tributários impugnados e a inocorrência de duplicidade na cobrança.

Com efeito, a bem proferida sentença recorrida abordou as questões

Acesso ao Sumário

de maneira irretocável; portanto, sendo os argumentos do ínclito julgador de primeiro grau suficientes para tanto, é desnecessário, e até contraproducente, que se fique a reproduzir tais elementos argumentativos. Cabível, destarte, a aplicação do artigo 252 do Novo Regimento Interno do Tribunal de Justiça de São Paulo, que assim dispõe: "*nos recursos em geral, o relator poderá limitar-se a ratificar os fundamentos da decisão recorrida, quando, suficientemente motivada, houver de mantê-la*".

Neste sentido, pertinente se faz a transcrição de algumas afirmações conclusivas da r. decisão monocrática, as quais vêm corroborar o entendimento deste Relator:

"Não merece prosperar a preliminar arguida pelo requerido no sentido da ilegitimidade ativa em virtude da falta de autorização assemblear. De fato, nos termos do que dispõe o artigo 1.348, inciso II, do Código Civil de 2002, compete ao síndico representar ativa e passivamente, praticando, em juízo ou fora dele, os atos necessários à defesa dos interesses comuns. **Ora, o condomínio, através de seu síndico, como no caso dos autos (fls. 20), tem legitimidade para ingressar em juízo visando à defesa de interesses comuns dos condôminos, independentemente de autorização prévia da assembleia geral.**

"(...)

"Adentrando a (*sic*) questão dos autos verifico que o Condomínio autor é pessoa jurídica de direito privado, regularmente constituído e devidamente averbado. Ademais, verifica-se que antes de sua constituição legal houve desmembramento da parte restante do terreno entre os condôminos, conforme consta na Matrícula nº 2.111 (fls. 43/48), passando a serem proprietários, também, de 3,125% do terreno, acrescendo às unidades privativas e comuns.

"Desta feita, os condôminos são proprietários das respectivas unidades com a área comum e também de 3,125% do terreno, tal como se verifica, inclusive, na Matrícula nº 26.822 (fls. 55/57), de modo que a propriedade engloba a unidade privativa, as áreas comuns e a fração ideal do terreno.

"O que se verifica no caso dos autos é que a Municipalidade requerida lançou Imposto sobre a Propriedade Territorial Urbana (IPTU) considerando o terreno, e a unidade privativa com as áreas comuns, de cada um dos condôminos proprietários, os quais já arcam com tais valores cobrados a título do imposto em questão.

"**Contudo, o Município, ao longo dos anos e de forma ilegal, também lançou e cobrou o IPTU em face do Condomínio requerente, sem considerar que o imposto é obrigação tributária dos proprietários e correspondente às unidades privativas, áreas comuns e o terreno desmembrado, e que os respectivos valores já vem (*sic*) sendo custeados pelos condôminos proprietários.**

Acesso ao Sumário

"(...)

"No caso em análise, de fato, não há qualquer indicação do Condomínio requerente como responsável pelo pagamento do IPTU, **não há também como considerá-lo sujeito passivo da obrigação tributária**, restando inadequada a emissão em seu nome de carnês para pagamento dos tributos, **reiterando-se que o contribuinte é o proprietário ou o possuidor, com ânimo de domínio e não o condomínio, administrador das áreas comuns.**

"Mercê do que precede, **a demanda há de ser julgada procedente, para declarar a anulação dos lançamentos fiscais atinentes ao Imposto sobre a Propriedade Territorial Urbana (IPTU) dos exercícios de 2013 e 2014**, uma vez considerada a ilegalidade na cobrança pela duplicidade da mesma e por não ser o Condomínio requerente sujeito passivo do imposto em questão.

"**No que se refere à repetição de indébito, na esteira do quanto articulado, é de inteira procedência, vez que ilegítima a cobrança do IPTU em face do Condomínio**. É de se precaver, todavia, que a cobrança do que se pagou ao Município deve estar vinculada ao *quantum* do quanto efetivamente pago e comprovado nos autos e atendido o lapso prescricional de 5 anos retroativos à propositura" (negritei - fls. 125/128).

Desta forma, e tendo-se em vista que as alegações recursais não ilidem as conclusões exaradas em primeiro grau, imperiosa é a *ratificação* da r. sentença.

Com isto, **nega-se provimento ao recurso.**

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0001388-44.2015.8.26.0411, da Comarca de Pacaembu, em que é apelante PREFEITURA MUNICIPAL DE IRAPURU, é apelado NEUSA RODRIGUES TORRES (JUSTIÇA GRATUITA).

ACORDAM, em 18ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 36.515)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores BEATRIZ BRAGA (Presidente) e WANDERLEY JOSÉ FEDERIGHI.

São Paulo, 15 de março de 2016.

BURZA NETO, Relator

Ementa: Imposto – IPTU – Município de Irapuru

Acesso ao Sumário

– Cobrança em desacordo com a área ocupada pelo imóvel da autora – Prescrição – Inocorrência – Suspensão da mesma em razão de requerimento administrativo que nunca foi respondido pela apelante – Procedência – Recurso improvido.

VOTO

Trata-se de apelação voltada contra a sentença de fls. 84/85, de relatório adotado que julgou procedente a presente Ação de Repetição de Indébito por meio da qual a autora pretendia a restituição de valores pagos, referentes a IPTU, cobrado a maior, em discordância com a área de seu imóvel, terminando por condenar a requerida à restituição dos valores, pelos últimos 5 anos anteriores à data do requerimento administrativo, atualizados de acordo com o art. 1f, da Lei nº 9.497/97, fixando honorários advocatícios em R$ 1.000,00.

Inconformada, apela a vencida, buscando a inversão do resultado, arguindo em preliminar, uma vez mais, a prescrição.

Recurso recebido e processado em ambos os efeitos, inclusive com as contrarrazões, estando em termos para julgamento.

É o Relatório.

Totalmente aplicável, no caso, o disposto no artigo 252 do Novo Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que prevê que:

"Nos recursos em geral, o relator poderá limitar-se a ratificar os fundamentos da decisão recorrida, quando, suficientemente motivada, houver de mantê-la".

O recurso não comporta provimento, pois, a sentença entregou ao caso a solução correta.

A preliminar que se refere à prescrição é novamente afastada porquanto esta foi interrompida com o requerimento acostado à fls.22, no qual a autora informava à Municipalidade sobre o lançamento a maior, o que veio suspender o prazo prescricional.

Por seu turno, a Municipalidade não comprovou haver respondido à autora o seu requerimento, continuando a lançar os tributos de forma errônea, pelos exercícios de 2013 e 2014, em desacordo com a área ocupada pelo imóvel da apelada, conforme os documentos encontrados à fls.16/18.

Ora, o IPTU deve ser cobrado com respeito à área ocupada pelo imóvel, o que aqui não aconteceu e, assim, não pode a Municipalidade arguir a prescrição que não o correu por estar suspensa em razão do ofício de fls.22 que jamais foi respondido.

Acesso ao Sumário

Quanto ao mérito, correta, ainda, a sentença porque a autora demonstrou com isenção de qualquer dúvida que o lançamento se deu de forma errada, em valores maiores do que aqueles devidos pela contribuinte.

Por tais motivos é que a sentença não comporta qualquer reforma, sendo o caso de se negar provimento ao recurso da Municipalidade, para que fique mantida tal como lançada.

Por derradeiro, considera-se prequestionada toda matéria infraconstitucional e constitucional, observando-se que é pacífico no Superior Tribunal de Justiça que, tratando-se de pré-questionamento, é desnecessária a citação numérica dos dispositivos legais, bastando que a questão posta tenha sido decidida.

E mais, os embargos declaratórios, mesmo para fins de prequestionamento, só são admissíveis se a decisão embargada estiver eivada de algum dos vícios que ensejariam a oposição dessa espécie recursal (EDROMS-18205/SP, Ministro FELIX FISCHER, DJ-08.05.2006 p.240).

Ante o exposto, NEGA-SE PROVIMENTO ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0048797-28.2012.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que é apelante/apelado OSVALDO SERGIO FERREIRA, é apelado/apelante INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL – INSS.

ACORDAM, em 16ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Não conheceram do recurso de apelação do INSS e deram parcial provimento ao recurso do autor. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 15.964)**

O julgamento teve a participação dos Exmo. Desembargadores CYRO BONILHA (Presidente) e LUIZ DE LORENZI.

São Paulo, 22 de março de 2016.

LUIZ FELIPE NOGUEIRA, Relator

Ementa: Acidente de Trabalho – Recurso de Apelação – INSS – Ausência de recolhimento do porte de remessa e retorno – Deserção – Não conhecimento. À falta de recolhimento do porte de remessa e retorno, no momento da interposição do recurso, impõe-se a pena de deserção, conforme o disposto no art. 511,

Acesso ao Sumário

***caput*, do Código de Processo Civil c/c a Lei Estadual nº 11.608/03.**

Acidente do trabalho – Transtornos psicológicos – Requisitos comprovados – Incapacidade total e permanente – Segurado em gozo de aposentadoria por tempo de contribuição desde 10 de julho de 2013 – Sentença que concede aposentadoria por invalidez até o dia anterior ao da concessão da aposentadoria por tempo de contribuição – Decisão mantida.

Não conheço do apelo do INSS e dou parcial provimento ao recurso do autor.

VOTO

RELATÓRIO.

Cuida-se de recurso de apelação de ambas as partes contra a r. sentença de fls. 213/214, agregada pela decisão de fl. 220 (embargos de declaração) que, em lide acidentária, julgou procedente o pedido deduzido, condenando o réu ao pagamento de aposentadoria por invalidez acidentária, porém, somente entre 30.01.2013 e 09.07.2013 (dia anterior ao da concessão de aposentadoria por invalidez), pois o juiz de primeiro grau, embora tenha reconhecido a incapacidade laborativa total e permanente decorrente de sequelas de acidente típico, de outra parte, diante da notícia de que o autor é beneficiário de aposentadoria por tempo de contribuição desde 10.07.2013, entendeu pela impossibilidade de cumulação de benefícios, ressalvando a faculdade do segurado de optar pela benesse mais vantajosa.

Parcialmente inconformado, o autor aduz que além de poder optar pelo benefício mais vantajoso, também tem direito ao recebimento de diferenças atrasadas entre os valores de uma e outra aposentadoria. Pede, em seguida, retroação da data de início do pagamento da aposentadoria por invalidez, ou seja, a partir da alta médica do auxílio doença. Alternativamente, busca receber parcelas de auxílio doença, decorrentes do restabelecimento que entende devido desde a alta médica até a data do termo inicial da aposentadoria por invalidez. Por fim, requer alterações dos critérios de apuração dos atrasados e majoração dos honorários advocatícios (fls. 224/262).

O INSS, por sua vez, aduz, preliminarmente, possibilidade de recolhimento do porte de remessa e retorno ao final do trâmite, conforme artigo 27, do CPC. No mérito, sustenta impossibilidade de opção pela aposentadoria mais vantajosa, pois a aposentadoria por invalidez pode ser cessada caso o autor recupere sua capacidade laborativa, o que não ocorre com a aposentadoria por tempo de contribuição. Aduz ausência de comprovação do nexo causal,

Acesso ao Sumário

requerendo a improcedência do pedido (fls. 266/276).

Contrarrazões do autor às fls. 279/292, ausente do INSS.

FUNDAMENTO E DECIDO.

Inicialmente, ratifico a desnecessidade do reexame necessário, pois, conforme dos termos da r. sentença, a qual condenou o réu ao pagamento de aposentadoria por invalidez por lapso temporal determinado e curto, o valor do débito do INSS, à época da prolação da decisão terminativa, não ultrapassava o limite estabelecido pelo parágrafo 2º, do artigo 475, do CPC.

Em seguida, verifico que o recurso autárquico não merece conhecimento, ante a ausência do recolhimento do porte de remessa e retorno no momento da interposição, conforme se têm decidido reiteradamente nesta Corte de Justiça, tais como os julgamentos proferidos nas apelações sem revisão nºs 761.463.5/0-00, Rel. Des. Oswaldo Cecara, 994.08.169185-0, Rel. Des. Valdecir José do Nascimento e, 9255986-21.2008, Rel. Des. Luiz de Lorenzi.

Anoto, por oportuno, que o Colendo Supremo Tribunal Federal, ao apreciar a ação direta de inconstitucionalidade da Lei paulista nº 11.608/2003, no julgamento da ADIN 3154-6/2004, ajuizada pela Ordem dos Advogados do Brasil, decidiu pela constitucionalidade do artigo 2º, parágrafo único, inciso II, o qual exclui, do conceito de taxa judiciária, da qual o INSS é isento, as despesas relativas ao porte de remessa e retorno.

Quanto à hipótese de diferimento prevista no art. 5º da Lei Estadual citada, a mesma é específica ao se referir à taxa judiciária, sendo certo que, repita-se, o porte de remessa e retorno é despesa processual, não se aplicando, portanto, o diferimento.

Ainda que assim não fosse, o referido artigo 5º traz um rol taxativo de sua abrangência, sendo que o caso dos autos não se enquadra em nenhuma das hipóteses previstas no dispositivo legal em comento.

Por fim, inaplicável o comando da Súmula nº 483, do Colendo Superior Tribunal de Justiça[1], uma vez que, conforme os precedentes desta Câmara, já acima citados, no conceito de preparo não se incluem as despesas com o porte de remessa e retorno, do que se conclui que a isenção prevista na Súmula não exime o ente público desse recolhimento.

Resta, então, apenas apreciar o apelo do autor.

Ao segurado assiste razão em um único ponto, embora, a meu ver, o mesmo decorra da própria ressalva de possibilidade de opção pela aposentadoria mais vantajosa.

De fato, caso se comprove que a renda mensal da aposentadoria por invalidez seja maior do que a renda mensal da aposentadoria por tempo de

1 "O INSS não está obrigado a efetuar depósito prévio do preparo por gozar das prerrogativas e privilégios da Fazenda Pública"

Acesso ao Sumário

contribuição, o hipossuficiente, além de poder executar o período já reconhecido pelo juiz de primeiro grau, também terá o direito de cobrar as diferenças decorrentes da opção pela benesse mais vantajosa.

Quanto ao pedido de retroação, observo que a r. sentença fixou o termo inicial da aposentadoria por invalidez na data da última alta médica noticiada nos autos (fl. 187 verso), momento em que entendeu consolidadas as doenças psicológicas do autor, raciocínio do qual compartilho, pois, até então, o INSS vinha buscando o tratamento, não se podendo reconhecer a definitividade antes desse período.

Incabível, de outro modo, o restabelecimento ou o pagamento do auxílio doença nos períodos de desemparo, uma vez que o próprio autor manifestou, ao médico autárquico, momentos de melhora e desejo de retorno ao trabalho (fl. 123), justificando a alta médica.

A condenação a título de honorários advocatícios atendeu ao teor da Súmula nº 111, do C. STJ, devendo ser mantida e, quanto às demais questões recursais, decido:

A atualização monetária será feita pelos índices econômicos pertinentes, **mês a mês**, conforme o critério adotado pela Lei nº 8.213/91, e legislações posteriores, relegando-se à fase de execução a discussão sobre a melhor aplicação da repercussão geral nº 810, atrelada ao Recurso Extraordinário nº 870.947/SE, a qual envolve a aplicação da Lei nº 11.960/09.

O termo inicial de aplicação do IPCA-E deverá ser objeto de análise na fase de execução.

Os juros de mora são devidos a partir da citação, mas, como o termo inicial é anterior ao ato citatório, os juros serão contados de forma englobada até essa data (citação) e, após, de forma decrescente, mês a mês, observando-se o percentual previsto no Código Civil vigente à época do vencimento de cada prestação, mas, a partir de junho de 2009, aplicação do percentual fixado na Lei nº 11.960/09, uma vez que não alterado pelo julgamento da ADIN nº 4.357, pelo C. STF.

Em conclusão, não conheço do apelo do INSS e dou parcial provimento ao recurso do autor, nos termos acima expostos.

POSTO ISTO, pelo meu voto, **NÃO CONHEÇO** do apelo do INSS e **DOU PARCIAL PROVIMENTO** ao recurso do autor.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0046824-

09.2010.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que é apelante TELEFONICA BRASIL S.A., é apelado FUNDAÇÃO DE PROTEÇÃO E DEFESA DO CONSUMIDOR – PROCON/SP.

ACORDAM, em 8ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 23.394)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores CRISTINA COTROFE (Presidente) e ANTONIO CELSO FARIA.

São Paulo, 6 de abril de 2016.

LEONEL COSTA, Relator

Ementa: AÇÃO ANULATÓRIA DE AUTO DE INFRAÇÃO E MULTA – PROCON – LEI ESTADUAL N° 13.747/09 – LEI DE ENTREGA.

PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE PASSIVA – INOCORRÊNCIA – Aplicação da teoria da aparência – Consumidor que a todo momento é levado a crer que está contratando o serviço de TV Digital com a Telefonica, e não com a empresa A. Telecom S/A, pertencente ao mesmo grupo econômico – Preliminar afastada.

CONSTITUCIONALIDADE DA LEI DE ENTREGA – Constitucionalidade da Lei 13.747/2009 afirmada pelo C. Órgão Especial do TJSP – Preliminar de inconstitucionalidade da lei afastada.

MÉRITO – AÇÃO ANULATÓRIA – MULTA ADMINISTRATIVA – PROCON – Empresa autuada por suposta violação à "Lei de entrega" – Lei Estadual nº 13.747/09, com a redação vigente à data da infração, que dispõe sobre a obrigatoriedade dos fornecedores de bens e serviços, sediados no Estado, de fixarem data e turno para a entrega ou realização dos serviços aos consumidores, no ato da contratação – Autuação indevida – Ausência de pormenorização sobre os turnos de entrega na página da "internet" de forma prévia e mesmo antes da finalização dos contratos – Descabimento – Mera consulta de um produto que não enseja a obrigatoriedade de a apelante fornecer data e período para entrega ao consumidor, com base na Lei 13.747/09, com a redação anterior à Lei

Acesso ao Sumário

14.951/2013, a partir da qual a obrigação passou a ser impositiva mesmo antes da contratação.

Sentença de improcedência da ação reformada. Recurso provido.

VOTO

Vistos.

Trata-se de ação anulatória ajuizada por Telecomunicações de São Paulo S.A. – TELESP, atual Telefonica S/A, em face da Fundação de Proteção e Defesa do Consumidor de São Paulo – PROCON/SP, visando anular a multa decorrente do procedimento administrativo nº 1459/2009, por infração administrativa consistente na ausência de informação acerca de data e turno disponíveis para a entrega de produtos ou serviços adquiridos por meio de seu site, nos termos da Lei Estadual 13.747/09 e Decreto nº 55.015/09.

A r. sentença de fls. 343/348 julgou improcedente a ação e condenou a autora ao pagamento das custas e despesas processuais, bem como honorários advocatícios fixados em 10% sobre o valor dado à causa.

Inconformada, apela a autora, às fls. 353/406. Preliminarmente, alega sua ilegitimidade para figurar no polo passivo da demanda e inconstitucionalidade da Lei nº 13.747/2009 (Lei de Entregas), por violação ao princípio da isonomia e extrapolação da competência legislativa estadual. No mérito, sustenta a insubsistência do auto de infração 3377 D7 por ser equivocada a interpretação dada pelo PROCON à Lei 13.747/2009, pois a informação veiculada no site busca exatamente cumprir os ditames do art. 31 do CDC, em momento que antecede a contratação, para garantir ao consumidor uma posterior contratação segura e transparente do serviço de TV Digital via contato telefônico ou pessoalmente; que a informação sobre o prazo máximo de sete dias após a efetuação da assinatura para instalação é pré-contratual e que a informação sobre a data e turno da entrega do serviço de TV digital é transmitida por telefone ou pessoalmente, no momento em que o consumidor manifesta sua vontade de contratar. Pugna, assim, pela inversão do resultado do julgamento, a fim de que seja declarada a nulidade do auto de infração, ou, subsidiariamente a redução do valor da penalidade.

Recurso tempestivo, preparado e respondido às fls. 534/554.

Manifestação da D. Procuradoria Geral de Justiça, deixando de se pronunciar sobre a causa (fls. 558/562).

É o relatório.

Voto.

Consta dos autos que a empresa apelante foi autuada, em 18/12/2009,

Acesso ao Sumário

pelas práticas das seguintes infrações ao Código de Defesa do Consumidor, nos termos descritos no auto de infração nº 3377 D7, que inaugurou o processo administrativo nº 1459/09-ACP: "o fornecedor acima qualificado, atuando no ramo de prestação de serviços via internet, por meio do site (endereço eletrônico constante do texto original), deixou de informar de maneira prévia e adequada aos consumidores, a data e turno disponíveis para a entrega de seus produtos adquiridos no referido site, conforme verificação realizada no dia 25/11/2009, ocasião em que foi utilizado o CEP 01152-000".

Foi autuada, portanto, pela prática do contido no art. 31 do Código de Defesa do Consumidor, por descumprimento do art. 2º da Lei Estadual nº 13.747/09, combinado com o Decreto Estadual nº 55.015/99, ou seja, desrespeitou a obrigatoriedade de estipulação de data e turno para efetivação da prestação de serviço contratado via "Internet".

De início, afasta-se a preliminar de ilegitimidade passiva da apelante. Extrai-se do documento acostado às fls. 82/83 que o domínio na Internet (endereço eletrônico constante do texto original) está registrado para Telecomunicações de São Paulo S.A. – TELESP e, conforme documento de fl. 84, verifica-se que o consumidor é levado a crer que está contratando o serviço de TV Digital com a Telefonica (atual denominação de TELESP), o que é suficiente para a adoção da Teoria da Aparência, com a consequente responsabilização pelos efeitos produzidos.

Ademais, conforme bem asseverado na decisão de fls. 223/224, "o consumidor não sabe (e não tem o dever de saber) que a empresa A. Telecom S/A, que embora pertença ao Grupo Telefônica, é a responsável pelo serviço de TV por assinatura e, não a Telesp. Tal fato não é amplamente divulgado e, os consumidores, como todos àqueles que são alcançados pela publicidade, lembram-se do nome da Telesp ou Telefônica como a prestadora do serviço".

Bem fundamentada a r. sentença na afirmação da legitimidade da autora/apelante, adotando suas bem lançadas razões nesse tema.

Em relação à Lei nº 13.747/2009, cumpre anotar que mencionada lei teve sua constitucionalidade reconhecida pelo C. Órgão Especial desta Corte, no Incidente de Inconstitucionalidade nº 0227995-87.2012.8.26.0000, j. 08/05/2013, de que foi Relator o Desembargador Alves Bevilacqua. Confira-se a ementa:

0227995-87.2012.8.26.0000 Arguição de Inconstitucionalidade

Relator(a): Alves Bevilacqua

Comarca: São Paulo

Órgão julgador: Órgão Especial

Data do julgamento: 08/05/2013

Acesso ao Sumário

Data de registro: 22/05/2013

Ementa: Arguição de Inconstitucionalidade - Lei Estadual nº 13.747/09, que dispõe sobre a obrigatoriedade dos fornecedores de bens e serviços, sediados no Estado, de fixarem data e turno para as respectivas entrega ou realização para os consumidores - Alegada afronta ao disposto nos arts 24, I e 170 caput e inciso IV, ambos da CF/88 - Legislação local que não padece de quaisquer dos vícios apontados - Arguição de inconstitucionalidade improcedente.

Superadas as preliminares, no mérito, nos termos do art. 31 do CDC, o consumidor deve ser bem informado sobre o produto ou serviço que pretende adquirir e/ou contratar. E, no âmbito do Estado de São Paulo, a Lei nº 13.747/09, determina aos fornecedores de bens e serviços a fixação de data e turno para a entrega dos produtos ou a realização dos serviços prestados aos consumidores.

E bem analisando os autos, respeitado o entendimento exarado pela eminente magistrada, tenho que não ocorreu afronta à norma legal de forma induvidosa a sustentar a penalidade administrativa.

Nos termos do art. 2º da Lei nº 13.747/2009, com a redação vigente à data da infração, os fornecedores de bens e serviços deverão estipular, no ato da contratação, o cumprimento das suas obrigações nos turnos da manhã, tarde ou noite, em conformidade com os seguintes horários: I - turno da manhã: compreende o período entre 7h00 e 12h00 (sete e doze horas); II - turno da tarde: compreende o período entre 12h00 e 18h00 (doze e dezoito horas); III - turno da noite: compreende o período entre 18h00 e 23h00 (dezoito e vinte e três horas).

No Decreto que a regulamentou, consta expressamente que "o fornecedor de bens e serviços deverá estipular, no ato da contratação, a data e o turno para o cumprimento das suas obrigações" (Decreto nº 55.015/2009, art. 3º).

Os parágrafos do art. 3º dispõem ainda que:

§ 2º - O fornecedor deverá informar, prévia e adequadamente, as datas e respectivos turnos disponíveis para entrega de produtos ou prestação de serviços, sendo assegurado ao consumidor o direito de escolher entre as opções oferecidas.

§ 3º - No ato da finalização da contratação de fornecimento de bens ou da realização de serviços, o fornecedor entregará ao consumidor, por escrito, documento com as seguintes informações:

I - identificação do estabelecimento comercial, da qual conste a razão social, o nome fantasia, o número de inscrição no CNPJ, o endereço e número do telefone para contato;

II - descrição do produto a ser entregue ou do serviço a ser prestado;

III - data e turno em que o produto deverá ser entregue ou prestado o

Acesso ao Sumário

serviço;

IV - endereço onde deverá ser entregue o produto ou realizado o serviço.

§ 4º - No caso de comércio à distância ou não presencial, o documento a que se refere o § 3º deste artigo deverá ser enviado ao consumidor, previamente à efetiva entrega do produto ou realização do serviço, por meio de mensagem eletrônica, fac-símile, correio ou outro meio indicado.

Ora, não há como admitir que as informações contidas no site, na aba "Perguntas Frequentes – TV Digital" (fl. 84) configurem ato de contratação. Como o próprio nome sugere, trata-se de ambiente aberto ao acesso de qualquer pessoa que queira consultar o produto comercializado e sanar dúvidas, cujas mais recorrentes se encontram compiladas.

Não há como acolher a interpretação do PROCON de que a mera consulta de um produto a título de curiosidade enseja a obrigatoriedade de a apelante fornecer data e período para entrega ao consumidor, com base na Lei 13.747/09.

Inclusive, cabe destacar que o próprio consumidor não deseja ser obrigado a escolher data e período de entrega, ao realizar apenas uma simples consulta às respostas de perguntas com maior frequência acerca do produto.

Ademais, a apelante esclarece que a contratação do serviço de TV Digital ocorre apenas via contato telefônico ou pessoalmente, inexistindo opção de contratação por meio da internet.

Com efeito, consta dos autos a manifestação técnica do próprio PROCON, fls. 122/137, através da qual se pode constatar a veracidade das afirmações da apelante. A página da internet digitalizada (fl. 128) mostra como adquirir a TV Digital Tefefonica: "Você pode solicitar sua TV Digital através da nossa central de vendas 0800 12 15 20 ou com nossa central de relacionamento 103 15. Ou visite uma Loja Telefonica".

Assim, tenho que não ficou demonstrada qualquer situação de insegurança ao consumidor que, ao consultar o site em busca de informações acerca do serviço de TV Digital, previamente obtém a resposta de que o prazo de instalação do serviço é de 7 (sete) dias após a efetuação da assinatura.

A autuação somente subsistiria caso a fiscalização se deparasse, no contato telefônico ou contratação na loja, com o não fornecimento de possíveis datas (dentre os sete dias informados) e turnos de entrega para instalação do produto para opção do consumidor, no intuito de evitar que o consumidor aguarde a prestação do serviço durante todo o horário comercial por sete dias indefinidos.

Por fim, cumpre registrar que o fato é anterior à vigência da alteração da lei 13.747/2009 pela lei 14.951/2013, que prevê a obrigação de informar, ainda que no FAQ, mesmo antes da contratação ("Artigo 2º - Os fornecedores de bens e serviços deverão estipular, antes da contratação e no momento de sua finalização, o cumprimento das suas obrigações nos turnos da manhã, tarde

Acesso ao Sumário

ou noite, em conformidade com os seguintes horários, sendo assegurado ao consumidor o direito de escolher entre as opções oferecidas").

Desta forma, exigindo a Lei 13.747/2009, aplicável à auto de infração lavrado em 18.12.2009, a obrigação do prestador de serviços de informar os turnos de entrega quando do ato da finalização da contratação, pertinente é a sua interpretação mais favorável diante da posterior alteração legal (Lei 14.951/2013), que passou a exigir a informação seja prestada mesmo antes da contratação.

Destarte, não demonstrada a ocorrência da infração, visto que a fiscalização sequer iniciou simulação de ato de contratação, realizando mera consulta às respostas de perguntas frequentes realizadas pelos consumidores, de rigor a reforma da sentença de improcedência da ação, para o fim de declarar nulo o auto de infração de nº 3377 D7.

Pelo exposto, dou provimento ao apelo, para julgar procedente a ação. Considerando a Lei 9.192, de 23 de Novembro de 1995, que institui o PROCON como fundação pública de proteção ao consumidor e isenta de todos os tributos e emolumentos estaduais, a sucumbente arcará com os honorários advocatícios nos termos do art. 20, §4º do CPC, arbitrados em R$1.000,00 (um mil reais).

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 9093992-18.2007.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que são apelantes M. J. E. S A, C. O. LTDA, M. J. T. E E. S A, M. J. M. E S. LTDA, T. T. E C. LTDA, F. M., P. S. M., M. M., C. H. P. S C. LTDA, J. A. DE P. F. N. C. E A. L. S C. LTDA, R. E. DE B., C. R. B., E. H. L. J. e M. P., são apelados M. P., M. J. E. S A, C. O. LTDA, M. J. T. E E. S A, T. T. E C. LTDA, F. M., P. S. M., M. M., R. E. DE B., C. R. B., E. H. L. J., O. DOS A. DO B. S. DE S. P., C. T. E F. S C., J. E. DE M. LTDA, U. I. E A. LTDA, F. E. E C. LTDA, P. T. LTDA, S. S. DE T. P. E O. LTDA, C. C. DE F. E A. LTDA, F. K. e C. E. LTDA.

Acesso ao Sumário

ACORDAM, em 4ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao agravo retido anotado nos autos e também do recurso do autor, provendo-se parcialmente as apelações dos demandados, apenas para afastar a condenação ao pagamento de honorários advocatícios em favor do Ministério Público do Estado de São Paulo, mantida no mais a r. sentença recorrida, também por seus próprios e jurídicos fundamentos. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 21.809/16)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores

FERREIRA RODRIGUES (Presidente sem voto), PAULO BARCELLOS GATTI e ANA LIARTE.

São Paulo, 14 de março de 2016.

OSVALDO MAGALHÃES, Relator

Ementa: Ação cautelar de exibição de documentos, com quebra do sigilo bancário/fiscal e também telefônico dos demandados, para aparelhar ação civil pública por atos de improbidade administrativa e permitir a responsabilização dos envolvidos – Afastamento de todas as preliminares suscitadas – Adequação da via eleita O direito ao sigilo bancário não é absoluto nem ilimitado – Gravidade dos fatos imputados – Existência de fortes indícios da prática dos atos ilícitos imputados aos demandados, a determinar providencias investigatórias urgentes – Potencialidade lesiva ao patrimônio público – Supremacia do interesse público, social e da própria Justiça em relação a interesses particulares – Presença do "fumus boni iuris" e do "periculum in mora" – Admissibilidade do pedido de quebra do sigilo bancário/fiscal – Inadmissibilidade, por outro lado, do pedido de quebra do sigilo telefônico, até porque já proposta a ação civil pública por atos de improbidade administrativa – Sentença de procedência da ação, com as adequações levadas a efeito no curso do processo – Condenação ao pagamento de honorários advocatícios em favor do Ministério Público – Impossibilidade – Desprovimento do agravo retido anotado nos autos e também do recurso do autor, provendo-se parcialmente as apelações dos demandados, apenas para afastar a condenação ao pagamento de honorários advocatícios em favor do Ministério Público do Estado de São Paulo, mantida no mais a r. sentença recorrida, também por seus próprios e jurídicos fundamentos.

VOTO

I – Trata-se de ação cautelar de exibição de documentos proposta pelo Ministério Público do Estado de São Paulo contra Paulo Salim Maluf e demais

Acesso ao Sumário

pessoas físicas e jurídicas identificadas na petição inicial, com o objetivo de quebra do sigilo bancário e também telefônico dos demandados, a fim de apurar possíveis atos de improbidade administrativa e permitir a responsabilização dos envolvidos com base na Lei nº 8.429, de 02.06.1992, diante de fortes indícios de malversação de vultosa quantia de dinheiro público, com o pagamento de propinas e enriquecimento ilícito, em detrimento do erário, quando da realização de obras publicas superfaturadas no Município de São Paulo (obras da "Avenida Água Espraiada"), inclusive com a emissão de notas ficais e recibos que não correspondiam a qualquer prestação de serviço ou fornecimento de insumos pelas empresas e pessoas subcontratadas.

A r. sentença de fls. 4287/4301 (21º vol.), cujo relatório se adota, complementada em sede de embargos declaratórios (fls. 4454/4462 - 22º vol.), julgou procedente a ação, para confirmar, com as adequações levadas a efeito no curso processo, a medida liminar anteriormente concedida em parte (fls. 1020/1030 5º vol.), ou seja, autorizando apenas a quebra do sigilo bancário das pessoas elencadas na petição inicial, com o indeferimento da pretensão de quebra do sigilo telefônico.

Inconformados com a r. sentença recorrem as partes.

O Ministério Público do Estado de São Paulo, pugnando pelo acolhimento integral da demanda, no tocante à quebra do sigilo telefônico dos envolvidos (fls. 4467/4472 – 22º vol.),

Recorrem também os seguintes demandados:

Mendes Júnior Engenharia S.A, alegando, resumidamente, a mesma matéria da contestação, no sentido de que a prova documental apresentada pelo autor para o pedido de quebra do sigilo bancário tem origem ilícita, objeto de "apropriação indébita" por Simeão Damasceno de Oliveira, que por longo período respondeu por funções administrativas e financeiras no escritório da apelante. Ademais, a referida prova foi colhida em procedimento administrativo com inobservância do contraditório e da ampla defesa, inapta ao embasamento de qualquer pleito (fls. 4381/4392 – 22º vol.).

Construtora OAS Ltda., alegando, preliminarmente, a nulidade da r. sentença recorrida, em razão do disposto na Lei nº 10.628, de 2002, que deu nova redação ao artigo 84 do Código de Processo Penal, alterando, assim, a competência do Juízo de origem para processar e julgar a presente ação. No mais, sustenta que não há nos autos qualquer indício que demonstre a prática pela apelante de ato ilícito ou ilegal, ou seja, a ausência do "*fumus boni iuris*" e também do indispensável "*periculum in mora*", bem como o descabimento da condenação nas verbas da sucumbência e honorários advocatícios (fls. 4397/4437 – 22º vol.).

As empresas Mendes Júnior Trading e Engenharia S.A. e Mendes Júnior

Montagens e Serviços Ltda., suscitando, preliminarmente, ilegitimidade passiva, visto que são pessoas jurídicas distintas de Mendes Júnior Engenharia S.A., não firmaram o contrato de execução das obras tampouco integram o Consórcio Água Espraiada. De resto e por consequência sustentam a ausência de causa de pedir, bem como a inexistência dos requisitos legais para o acolhimento da ação cautelar em questão (fls. 4495/4506 – 22º vol.).

Tecla Terraplanagem e Construções Ltda., alegando, resumidamente, a inexistência de prova ou indícios de sua participação em qualquer "esquema de corrupção", visto que, efetivamente, prestou os serviços contratados pelo Consórcio Água Espraiada, não se justificando, pois, a quebra de seu sigilo bancário, medida excepcional somente possível havendo indícios idôneos de prática delituosa (fls. 4510/4516 – 22º vol.).

Flávio Maluf, alegando, preliminarmente, a nulidade da r. sentença recorrida, sob o fundamento de falta de coerência lógico-jurídica entre a motivação e o "*decisum*". No mais, sustenta a inexistência do "*fumus boni iuris*" e também do "*periculun in mora*", de modo que o decreto de procedência da ação caracteriza ofensa a direito fundamental do apelante à intimidade (fls. 4524/4547 – 23º vol.).

Quanto ao recurso de Paulo Salim Maluf, as razões de apelação seguem a mesma linha dos demais demandados, suscitando, resumidamente, a falta de indícios sérios para a quebra do sigilo bancário, em verdadeira "devassa exploratória". Além disso, sustenta que a propositura da ação deu-se, única e exclusivamente, em razão das declarações prestadas por Simeão Damasceno de Oliveira, ex-diretor financeiro da empresa Mendes Júnior, o qual posteriormente desmentiu tais declarações perante o 12º Tabelião de Notas da Capital, confirmando tal retratação, também, em depoimento prestado perante a Comissão Parlamentar Mista de Inquérito – CPMI – BANESTADO, donde a inexistência de fundamento legal ou fático para o decreto de procedência da ação (fls. 4551/4589 – 23º vol.).

Em relação à apelação conjunta de Marcos Miranda, Carlisle Holding Partiners S/C Ltda e João Augusto de Padua Fleury Neto Consultoria e Assessoria Legal S/C, sustentam, preliminarmente, a ineficácia da medida liminar concedida, com base nos artigos 806 e 808, inciso I, do Código de Processo Civil, em razão de não propositura da ação principal no prazo legal. No mérito, a exemplo de outros recursos, alegam que a prova documental apresentada pelo autor para o pedido de quebra do sigilo bancário tem origem ilícita. Ademais, a sociedade de advogados jamais emitiu fatura sem que houvesse a correspondente prestação de serviços, além de não ser permitida a quebra do sigilo profissional na advocacia, não tendo cabimento, por ultimo, a condenação dos demandados no pagamento de honorários advocatícios em favor do Ministério Público (fls. 4593/4607 – 23º vol.).

Acesso ao Sumário

Reynaldo Emygdio de Barros, por sua vez, alega, preliminarmente, a nulidade da r. sentença recorrida, por ausência de fundamentação adequada, não suprida nem mesmo por ocasião do julgamento dos embargos declaratórios. De resto, sustenta que nada foi comprovado em relação ao apelante, bem como a inexistência dos requisitos legais para o acolhimento da ação cautelar em questão; a ineficácia da medida liminar pelo não ajuizamento da ação principal no prazo legal e o descabimento da condenação em honorários advocatícios (fls. 4612/4630 – 23º vol.).

Por fim, as apelações de Celio Rezende Bernardes e Edgard Hermelino Leite Júnior, com alegações comuns a ambos os recorrentes, no sentido de inexistência de fatos concretos que indiquem a participação deles no esquema mencionado pelo autor; ineficácia da medida liminar pelo não ajuizamento da ação principal no prazo legal; inexistência de fundamentos para a manutenção do decreto de procedência da ação (fls. 4683/4713 – 23º vol. e fls. 4735/4767 – 24º vol.).

Os recursos foram regularmente processados e respondidos, seguindo-se com manifestação da ilustrada Procuradoria Geral de Justiça, pelo provimento apenas do recurso do autor, negando-se provimento aos demais (fls. 152/187 da ação declaratória apensada ao 28º volume dos autos).

Principais ocorrências:

A Ordem dos Advogados do Brasil foi admitida nos autos, na defesa das prerrogativas do advogado, Edgard Hermelino Leite Júnior, conforme decidido no agravo de instrumento nº 920.982.5/7-00, de relatoria do eminente Desembargador Soares Lima.

Agravo retido foi interposto pela OAB (fls. 5174/5176 – 26º vol.), devidamente anotado (fls. 5180), inconformada com r. decisão do Juízo de origem, que indeferiu declaração de perda de objeto da presente ação cautelar em relação ao referido advogado, apesar de não ter sido incluído no polo passivo da ação principal proposta pelo Ministério Público.

O demandado Paulo Salim Maluf atravessou petição, após interposição de seu recurso de apelação, alegando a impossibilidade jurídica do pedido e/ou falta de interesse de agir, sob o fundamento de competência do Supremo Tribunal Federal para o julgamento da demanda, em razão de ter sido eleito Deputado Federal (fls. 5439/5457 – 27º vol.).

Manifestação do Ministério Público, a fls. 5462/5470, em observância ao contraditório.

Ação declaratória proposta por João Augusto de Pádua Fleury Neto Consultoria e Assessoria Legal S/C, encontra-se apensada ao 28º volume dos autos, para julgamento conjunto.

É o relatório.

II - Primeiramente, impõe-se afastar, por manifestamente infundadas, todas as preliminares suscitadas nas apelações, relacionadas à questão em torno da competência para o julgamento desta ação cautelar.

Nesse sentido, anote-se que a Suprema Corte, ao concluir o julgamento das ADINs nºs. 2797/DF e 2860/DF há muito declarou, por maioria, a inconstitucionalidade do disposto nos parágrafos 1º e 2º do artigo 84 do Código de Processo Penal, introduzidos pela Lei nº 10.628, de 26.12.2002 (segundo Informativo nº 401/STF), a dissipar qualquer dúvida, assim, sobre a competência do Juízo de primeiro grau para o julgamento de ações civis públicas, inclusive cautelares, preparatórias ou não, por atos de improbidade administrativa.

Não obstante, quanto à aplicabilidade da Lei de Improbidade Administrativa aos agentes políticos (Lei nº 8.429/92), inconsistente argumentação do apelante, Paulo Salim Maluf, a respeito do decidido também pela Suprema Corte na Reclamação nº 2138-6/DF, de relatoria do Ministro Nelson Jobim, ou seja, sobre usurpação de competência do Supremo Tribunal Federal, assente aplicar-se o referido julgado tão somente ao processo que lhe deu origem, não configurando, pois, prejudicialidade externa apta a inviabilizar o prosseguimento desta ação cautelar.

Ademais, a matéria controvertida no aludido julgado diz respeito à usurpação de competência do STF, para julgar e processar Ministros de Estado, por crime de responsabilidade, ante a existência de norma constitucional que lhes confere tratamento diferenciado dos demais agentes políticos.

Portanto, tal precedente nada interfere em relação a esta demanda cautelar, até porque o Colendo Supremo Tribunal Federal, ao apreciar Questão de Ordem na Petição nº 3923/SP, tendo como um dos "requeridos", aliás, o aqui apelante, Paulo Salim Maluf (à época dos fatos Prefeito, posteriormente eleito Deputado Federal), já decidiu no sentido de que a Lei 8.429, de 1992 regulamenta o artigo 37, § 4º, da Constituição Federal, que traduz uma concretização do principio da moralidade administrativa inscrito no caput do mesmo dispositivo constitucional. As condutas descritas no referido diploma legal, quando imputadas a autoridades detentoras de prerrogativa de foro, não se convertem em crimes de responsabilidade, inexistentes em relação a parlamentar, determinando o retorno dos autos, por conseguinte, ao Juízo de origem (v. Pet 3923 QO/SP, Rel. Min. Joaquim Barbosa, DJe. 26.09.2008).

Em reforço, acrescente-se, ainda, que o Colendo Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Agravo Regimental na Petição nº 4089/DF, de relatoria do Ministro Celso de Melo, DJ de 01.02.2013, também já deixou assente: *"[...] A COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – CUJOS FUNDAMENTOS REPOUSAM NA CONSTITUIÇÃO DA REPUBLICA – SUBMETE-SE A REGIME DE DIREITO ESTRITO. – A competência*

Acesso ao Sumário

originária do Supremo Tribunal Federal, por qualificar-se como um complexo de atribuições jurisdicionais de extração essencialmente constitucional – e ante o regime de direito estrito a que se acha submetida – não comporta a possibilidade de ser estendida a situações que extravasem os limites fixados, em 'numerus clausus', pelo rol exaustivo inscrito no art. 102, I, da Constituição da Republica. Precedentes. O regime de direito estrito, a que se submete a definição dessa competência institucional, tem levado o Supremo Tribunal Federal, por efeito da taxatividade do rol constante da Carta Política, a afastar, do âmbito de suas atribuições jurisdicionais originárias, o processo e o julgamento de causas de natureza civil que não se acham inscritas no texto constitucional (ações populares, ações civis públicas, ações cautelares, ações ordinárias, ações declaratórias e medidas cautelares), mesmo que instauradas contra o Presidente da Republica ou contra qualquer das autoridades que, em matéria penal (CF, art. 102, I, 'b' e 'c'), dispõem de prerrogativa de foro perante a Corte Suprema ou que, em sede de mandado de segurança, estão sujeitas à jurisdição imediata do Tribunal (CF, art. 102, I 'd'). Precedentes. AÇÃO CIVIL POR IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – COMPETÊNCIA DE MAGISTRADO DE PRIMEIRO GRAU, QUER SE CUIDE DE OCUPANTE DE CARGO PÚBLICO, QUER SE TRATE DE TITULAR DE MANDATO ELETIVO AINDA NO EXERCÍCIO DAS RESPECTIVAS FUNÇÕES. – O Supremo Tribunal Federal tem advertido que, tratando-se de ação civil por improbidade administrativa (Lei nº 8.429/92), mostra-se irrelevante, para efeito de definição da competência originária dos Tribunais, que se cuide de ocupante de cargo público ou de titular de mandato eletivo ainda no exercício das respectivas funções, pois a ação civil em questão deverá ser ajuizada perante magistrado de primeiro grau".

Portanto, no caso concreto, cuidando-se de ação cautelar com o objetivo de quebra do sigilo bancário e também telefônico dos demandados, a fim de apurar possíveis atos de improbidade administrativa e permitir a responsabilização dos envolvidos com base na Lei nº 8.429, de 02.06.1992, não há como afastar-se a competência do Juízo de origem, donde sem cabimento, sob tal aspecto da controvérsia, alegação de nulidade da r. sentença recorrida e, muito menos, de impossibilidade jurídica do pedido ou de falta de interesse de agir, a pretexto de competência do Supremo Tribunal Federal.

Ainda no âmbito das questões prejudiciais ou preliminares, impõe-se afastar, também, as alegações de nulidade da r. sentença recorrida, por falta de fundamentação adequada ou de coerência lógico-jurídica entre a motivação e o "*decisum*".

Segundo orientação jurisprudencial pacificada: "*A Constituição não exige que a decisão seja extensamente fundamentada. O que se exige é que o juiz ou tribunal dê as razões de seu convencimento"* (v. Código de Processo Civil,

Acesso ao Sumário

Theotonio Negrão, Saraiva, 39ª ed., art. 458:12, página 535).

Ademais, também já deixou assente a Suprema Corte, em Questão de Ordem acolhida com Repercussão Geral, para reafirmar a jurisprudência do Tribunal no sentido de que: "*O art. 93, IX, da Constituição Federal exige que o acórdão ou decisão sejam fundamentados, ainda que sucintamente, sem determinar, contudo, o exame pormenorizado de cada uma das alegações ou provas, nem que sejam corretos os fundamentos da decisão*" (AI nº 791292 QO-RG/PE, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJe 13.8.2010).

Ante tais premissas, desnecessário esforço para verificar-se que r. sentença de fls. 4287/4301 (21º vol.) não se ressente dos vícios apontados, porquanto devidamente fundamentada, com análise a respeito da competência do Juízo; da admissibilidade da ação cautelar de exibição de documentos para a quebra de sigilo bancário; da legitimidade ativa; dos principais fatos debatidos no curso da demanda; indicando, ainda, as razões de convencimento do Magistrado, notadamente, quanto à presença dos requisitos legais para a concessão da medida e consequente decreto de procedência da ação em relação a todos os demandados.

Além disso, a referida sentença foi parcialmente complementada quando do julgamento conjunto de embargos declaratórios das partes (fls. 4454/4462 - 22º vol.), com rejeição apenas de pretensões infringentes ou com o objetivo de reexame da causa, donde sem cabimento, repita-se, falar-se em nulidade por falta de fundamentação adequada.

Quanto à preliminar de legitimidade passiva suscitada pelas apelantes, Mendes Júnior Trading e Engenharia S.A e Mendes Júnior Montagens e Serviços Ltda., no sentido de serem pessoas jurídicas distintas da empresa Mendes Júnior Engenharia S.A, bem como que não firmaram o contrato de execução das obras e nem mesmo integram o Consórcio Águas Espraiadas, não há como se deixar de reconhecer, em harmonia com o decidido em primeira instância, que, embora inconfundíveis a personalidade jurídica e o patrimônio de cada uma delas; todas sem exceção fazem parte do mesmo grupo empresarial e ao menos na época dos fatos eram administradas por um mesmo grupo de pessoas físicas, tinham os mesmos procuradores, em especial, Simeão Damasceno de Oliveira e Joel Guedes Fernandes, havendo fortes indícios nos autos, portanto, de que as apelantes, coligadas à Mendes Júnior Engenharia S.A, tenham sido utilizadas no esquema de desvio de verbas das obras da Avenida Água Espraiada, beneficiando economicamente ex-agentes públicos e outros demandados incluídos nesta ação cautelar, fatos a serem devidamente apurados na ação de responsabilidade civil por atos de improbidade administrativa já promovida pelo Ministério Público do Estado de São Paulo, aliás, com a inclusão das apelantes no polo passivo, o que somente foi possível em decorrência da judiciosa decisão de primeiro grau concessiva da medida liminar pleiteada.

Acesso ao Sumário

Assim sendo, considerando-se a supremacia do interesse público em relação ao particular, bem como que o sigilo bancário não tem natureza de direito absoluto (cf. orientação do Supremo Tribunal Federal, no AI 655298 AgR/SP, Rel. Min. Eros Grau, DJe 28.9.2007), tem-se que nada justifica a exclusão das apelantes do polo passivo desta cautelar, ficando indefira, pois, a preliminar suscitada.

No tocante à derradeira questão preliminar, também suscitada nas apelações, ou seja, de ineficácia de medida liminar pelo não ajuizamento da ação principal no prazo legal, registre-se não ter o menor cabimento, visto que, segundo orientação jurisprudencial pacificada, não se aplica o disposto no artigo 808, inciso I, do Código de Processo Civil, ao pedido cautelar de exibição de documento previsto no artigo 844, inciso II, do mesmo diploma legal, em razão de sua natureza satisfativa.

Nesse sentido, confiram-se os seguintes precedentes: "*REsp 744.620/RS, Rel. Min. Jorge Scartezzini, DJe 12.9.2005; REsp 104.356/ES, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, DJe 17.04.2000; AgRg no Ag 1.418.187/RJ, Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, DJe 03.9.2012; AgRg no REsp 1.161.459/RS, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, DJe 01.9.2010, dentre outros*".

Portanto, se a referida ação cautelar exaure-se em si mesma, dispensando até mesmo a propositura de posterior ação principal, não há falar-se em ineficácia da medida liminar por excesso de prazo, no caso, em relação ao ajuizamento da ação civil pública por improbidade administrativa proposta pelo Ministério Público do Estado de São Paulo.

No mais, superadas as preliminares, impõe-se prosseguir com o exame da matéria de mérito debatida nos autos.

No campo doutrinário, ponderam GILMAR FERREIRA MENDES, INOCÊNCIO MÁRTIRES COELHO e PAULO GUSTAVO GONET BRANCO (*in*, Curso de Direito Constitucional Brasileiro, Editora Saraiva, 4ª ed., págs. 428/429):

"*O sigilo bancário tem sido tratado pelo STF e pelo STJ como assunto sujeito à proteção da vida privada dos indivíduos. Consiste na obrigação imposta aos bancos e a seus funcionários de discrição, a respeito de negócios, presentes e passados, de pessoas com que lidaram, abrangendo dados sobre a abertura e o fechamento de contas e a sua movimentação. O direito ao sigilo bancário, entretanto, não é absoluto, nem ilimitado. Havendo tensão entre o interesse do indivíduo e o interesse da coletividade, em torno do conhecimento de informações relevantes para determinado contexto social, o controle sobre os dados pertinentes não há de ficar submetido ao exclusivo arbítrio do indivíduo. A jurisprudência do STF admite a quebra do sigilo pelo Judiciário ou por Comissão Parlamentar de Inquérito, mas resiste a que o Ministério Público possa*

determiná-la diretamente, por falta de autorização legal específica [...]. O STF não toma a quebra do sigilo bancário como decisão integrante do domínio das matérias sob reserva de jurisdição. Á lei esta facultado, portanto, que órgãos do Poder Público determinem à abertura dessas informações protegidas. Cobra-se todavia, que tais decisões sejam fundamentadas, apontando razões que tornem a providencia necessária e proporcionada ao fim buscado".

A propósito, anote-se, por relevante, o seguinte julgado da Suprema Corte:

"*AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. MATÉRIA INFRACONSTITUCIONAL. SIGILO BANCÁRIO. QUEBRA. PROCEDIMENTO LEGAL. OFENSA INDIRETA À CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. 1. Controvérsia decidida à luz de normas infraconstitucionais. Ofensa indireta à Constituição do Brasil. 2. O sigilo bancário, espécie de direito à privacidade protegido pela Constituição de 1988, não é absoluto, pois deve ceder diante dos interesses público, social e da Justiça. Assim, deve ceder também na forma e com observância de procedimento legal e com respeito ao princípio da razoabilidade. Precedentes. 3.Agravo Regimental a que se nega provimento" (AI nº 655298 AgR/SP, Rel. Min. Eros Grau, DJe 28.9.2007).*

No mesmo sentido, aliás, já deixou assente o Colendo Superior Tribunal de Justiça, em precedente que bem se aplica ao caso em exame:

"AÇÃO CAUTELAR (EXIBIÇÃO DE DOCUMENTOS BANCÁRIOS). LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL. PROVIDENCIAS INVESTIGATÓRIAS URGENTES E PREPARATÓRIAS PARA O INQUÉRITO CIVIL E AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CONSTITUIÇÃO FEDERAL, ARTS. 5, X E XII, 37, 127 E 129. LEI 4595/64 (ART. 38). LEI 7347/85. LEI 4728/65 (ART. 4, PAR. 2). E LEI 8625/93 (ARTS. 25 E 26).

1. À parla de relevante interesse público e social, ampliou-se ao âmbito de atividades do Ministério Público para realizar atividades investigatórias, alicerçando informações para promover o inquérito civil e ação civil pública (CF, arts. 127 e 129, III, Lei 7347/85, arts. 1 e 5).

2. O sigilo bancário não é um direito absoluto, quando demonstradas fundadas razões, podendo ser desvendado por requisição do Ministério Público em medidas e procedimentos administrativos, inquéritos e ações, mediante requisição submetida ao Poder Judiciário.

3. A "quebra de sigilo" compatibiliza-se com a norma inscrita no art. 5, X e XII, CF, cônsono jurisprudência do STF.

4. O princípio do contraditório não prevalece no curso das investigações preparatórias encetadas pelo Ministério Público (RE 136.239 – Ag. Reg. em Inquérito 897 – DJU de 24.03.95).

5. Não constitui ilegalidade ou abuso de poder, provimento judicial aparelhando o MP na coleta de urgentes informações para apuração de ilícitos

Acesso ao Sumário

civis e penais.

6. Recurso improvido (RMS nº 8716/GO, Rel. Min. Milton Luiz Pereira, Dje. 25.05.1998)".

Estabelecidas tais premissas, desnecessário esforço para verificar-se que outra não é a situação dos autos, a justificar plenamente a admissibilidade desta ação cautelar de exibição de documentos, com a quebra do sigilo bancário/fiscal dos demandados, ante a gravidade dos fatos que chegaram ao conhecimento do Ministério Público do Estado de São Paulo e determinaram a instauração de procedimento investigatório, para a devida apuração de um esquema de desvio de verbas de obras públicas no Município de São Paulo, com o pagamento de propinas e enriquecimento ilícito, em detrimento do erário, donde a necessidade da medida para aparelhar ação civil pública pela prática de possíveis atos de improbidade administrativa e permitir a responsabilização dos envolvidos com base na Lei nº 8.429, de 1992, prevalecendo nesse contexto, pois, o princípio "*in dubio pro societate*", diante da supremacia do interesse público, social e da própria Justiça em relação a interesses particulares.

O inquérito civil é informal e unilateral, porque se destina apenas a recolher provas, não merecendo acolhimento, portanto, a alegação de inobservância do contraditório (v. RMS 11537/MA, Rel. Min. Eliana Calmon, DJe 29.10.2001).

Por outro lado, são funções institucionais do Ministério Público, nos termos do artigo 129, incisos III e VI, da Constituição Federal, promover inquérito civil e ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos, podendo requisitar informações e documentos a fim de instruir os procedimentos administrativos de sua competência, salvo quando disser respeito à intimidade das pessoas, devendo a requisição, nesse caso, ser feita mediante prévia autorização judicial, como ocorrido no caso concreto, compatibilizando-se, assim, o poder investigatório do órgão ministerial com os direitos fundamentais também assegurados na Constituição.

Acesso ao Sumário

Assim sendo, na espécie, inconsistentes as alegações dos demandados/apelantes, no sentido de que a prova documental apresentada pelo autor para o pedido de quebra de sigilo bancário teria origem ilícita, visto que, a bem da verdade, a referida prova produzida no inquérito civil para aparelhar esta ação cautelar não se limitou, apenas e exclusivamente, como sustentam os demandados, nas declarações prestadas por Simeão Damasceno de Oliveira, ex-diretor financeiro da empresa Mendes Júnior, tidas por suspeitas, mas, também, ante a presença de outros elementos indiciários, como noticias veiculadas na imprensa, complementadas por declarações de outras pessoas físicas que revelam a existência do "esquema de corrupção" detalhado na petição inicial, além de documentos oriundos de autoridades estrangeiras, dando conta da existência de

depósitos no exterior em que figuram como beneficiários alguns demandados também identificados na petição inicial.

Aliás, em sede de agravo de instrumento tirado pelo agravante Reynaldo Emygdio de Barros contra o deferimento da medida liminar que deferiu a quebra do sigilo bancário dos demandados, pessoas físicas e jurídicas, impõe-se destacar que esta Colenda Quarta Câmara de Direito Público, por votação unânime, negou provimento ao aludido recurso (AI nº 267.540.5/0-00), de relatoria do eminente Desembargador Soares Lima, deixando assente, na oportunidade, que *"[...] as provas não são precárias, de modo a encontrar suporte apenas na palavra do apontado ex-diretor da Mendes Júnior. Pode ele haver se constituído no ponto de partida, permitindo a seleção dos demais subsídios eleitos que, em seu todo, conduziram ao acolhimento parcial da liminar*".

Por conseguinte, irrelevante argumentação no sentido de que as declarações prestadas pelo referido ex-diretor financeiro da empresa Mendes Júnior foram posteriormente desmentidas perante tabelionato de notas e também em depoimento à "CPMI do BANESTADO", visto que, não obstante tais fatos, subsistem os demais elementos dos autos para a manutenção da medida liminar, como há muito decidido, repita-se, no recurso de agravo de instrumento já referido, ante a coexistência dos requisitos autorizadores da liminar, quer no tocante ao "*fumus boni iuris*", ao se saber que existem pontos de prova estabelecendo elo entre todos os implicados, quer no tocante ao "*periculum in mora*", desde que as operações investigadas exigem o rápido desencadeamento de providencias, sob pena de se tornarem inócuas, perecendo a viabilidade de ressarcimento do erário.

Ademais, o escopo desta ação cautelar é o de diligenciar no sentido de obter provas aptas a aparelhar ação civil pública por atos de improbidade administrativa, sede apropriada para a devida avaliação de todo o conjunto probatório, a fim de permitir, ou não, a responsabilização dos demandados.

Daí porque inconsistentes as alegações comuns às apelações, quanto à inexistência de prova concreta para a quebra de sigilo bancário dos demandados, já que, caso houvesse necessidade da referida comprovação, inócua seria a propositura da presente ação cautelar, pois os fatos já estariam provados e jamais poderia servir como meio de obtenção de provas essenciais para a promoção de ação civil pública.

No caso concreto, portanto, como já deixou assente esta Colenda Câmara por ocasião do julgamento do agravo de instrumento nº 267.540.5/0-00, anteriormente referido, "prematuro falar-se em falta de prova, em meio a um procedimento investigatório, porquanto sobreleva a necessidade de se perquirir junto a cada empresa do conglomerado empresarial em referência a movimentação financeira no curso do período sob suspeição, haja vista a enorme

Acesso ao Sumário

possibilidade de se contar com repasses de recursos entre elas, ou mesmo a participação autônoma de cada qual nos fatos apontados na peça inaugural. Como as diligencias procedidas dão conta do desvio de enorme soma de dinheiro, em detrimento do Erário Público, reputa-se inviável embaraçar ou romper a cadeia de investigações, o que aniquilaria o todo de um trabalho até aqui realizado", não sendo o caso de exclusão da lide de nenhum dos demandados.

O superfaturamento de obras públicas, com o desvio de verbas por meio de medições irregulares e emissão de notas frias implica, na realidade, acusação de extrema gravidade, justificando plenamente, repita-se, a admissibilidade desta ação cautelar, para a quebra do sigilo bancário das pessoas relacionadas a tais fatos.

Quanto à alegação da apelante, João Augusto de Padua Fleury Neto Consultoria e Assessoria S/C, no sentido de impossibilidade de quebra do sigilo profissional na advocacia, cumpre observar, como já referido, com base em orientação do Colendo Supremo Tribunal Federal que "*o sigilo bancário, espécie de direito à privacidade protegido pela Constituição de 1988, não é absoluto, pois deve ceder diante dos interesses público, social e da Justiça*" *(AI nº 655298 AgR/SP, Rel. Min. Eros Grau, DJe 28.9.2007).*

Ademais, a situação dos autos não corresponde exatamente à hipótese prevista no artigo 7º, inciso II, da Lei nº 8.906, de 1994, que ressalva, aliás, a possibilidade de busca ou apreensão determinada por magistrado e acompanhada de representante da OAB, a revelar, assim, a inexistência de direito absoluto mesmo em relação ao sigilo profissional.

Se as empresas e pessoas subcontratadas prestaram, efetivamente, os serviços, ou não, tal questão somente poderá de apreciada com segurança no âmbito da ação civil pública, ou seja, quando da avaliação de todo o conjunto probatório.

Igualmente se dá quanto à participação ou não dos demandados relacionados ao esquema de pagamento de propinas, havendo fortes indícios de movimentação bancárias suspeitas.

Inadmissível discussão antecipada no âmbito desta ação cautelar.

Em resumo, havendo fortes indícios da prática dos atos ilícitos imputados aos demandados, a determinar providencias investigatórias urgentes, tem-se que o caso era mesmo de quebra de sigilo bancário/fiscal nos termos do decidido em primeira instância, merecendo subsistir o decreto de procedência da ação.

Todavia, pequeno reparo merece a r. sentença recorrida, ou seja, no tocante à condenação dos demandados ao pagamento de honorários advocatícios em favor do Ministério Público, porquanto inadmissível referida condenação em sede de ação civil pública, inclusive nas ações cautelares, preparatórias ou não, por absoluta simetria.

Acesso ao Sumário

Nesse sentido, forte nos precedentes, confira-se o decidido no REsp nº 1.386.342/PR, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, DJe 13.02.2014.

Considerando-se que tal situação jurídica deve ser decidida uniformemente, impõe-se reconhecer que a insurgência de alguns apelantes a todos aproveita, nos termos do artigo 509 do Código de Processo Civil, donde o provimento parcial de todas as apelações dos demandados, para o afastamento da referida condenação em honorários advocatícios.

Quanto ao agravo retido interposto pela OAB, inconformada com a r. decisão do Juízo de origem, que indeferiu declaração de perda de objeto da presente ação cautelar em relação ao advogado, Edgard Hermelino Leite Júnior, tem-se pelo seu desprovimento, visto que, conforme exposto anteriormente, não se aplica o disposto no artigo 808, inciso I, do Código de Processo Civil, ao pedido cautelar de exibição de documento previsto no artigo 844, inciso II, do mesmo diploma legal, em razão de sua natureza satisfativa, ou seja, que exaure-se em si mesma, dispensando inclusive a propositura de posterior ação principal.

Por último, quanto ao recurso do autor, que insiste no pedido de quebra do sigilo telefônico dos demandados, há muito negado pelo Juízo de origem e mantida tal situação até a presente data, ou seja, quando já proposta a ação civil pública por atos de improbidade administrativa, forçoso é reconhecer não mais se justificar tal pretensão, negando-se provimento ao aludido apelo.

Ante o exposto, pelo meu voto nego provimento ao agravo retido anotado nos autos e também ao recurso do autor e dou provimento parcial às apelações dos demandados, apenas para afastar a condenação ao pagamento de honorários advocatícios em favor do Ministério Público do Estado de São Paulo, mantida no mais a r. sentença recorrida, também por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Apelações/Reexames Necessários

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação/Reexame Necessário nº 1014381-12.2015.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que são apelantes CHEFE POSTO FISCAL DA CAPITAL - PFC 11 - BUTANTÃ, DA SECRETARIA DA FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO, FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO e JUÍZO "EX OFFICIO", é apelada MARIA CHRISTINA ITALIANI BASEGGIO (JUSTIÇA GRATUITA).

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 e ao reexame necessário, por maioria de votos, vencido o 3º juiz, que declarará, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 24.657)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores EDSON FERREIRA (Presidente), JOSÉ LUIZ GERMANO e OSVALDO DE OLIVEIRA.

São Paulo, 22 de fevereiro de 2016.

EDSON FERREIRA, Relator

Ementa: IMPOSTO DE TRANSMISSÃO (ITCMD). Sucessão aberta em 18-09-2014. Base de cálculo. Lei Estadual nº 10705/2000, artigo 13, I. Não inferior à adotada para o lançamento do IPTU. Decreto nº 55002/02009, que estabeleceu como base de cálculo o valor venal de referência do ITBI. Base de cálculo que deve ser o valor venal, valor pelo qual pode ser vendido, valor de mercado, segundo o disposto no artigo 38 do CTN. Decreto que não majorou a base de cálculo, que continua sendo o valor venal ou valor de mercado na data do fato gerador. Valor que sofre oscilações de mercado. Critérios para a sua determinação que podem ser estabelecidos por decreto, sem necessidade de lei em sentido formal. Possibilidade de aplicação a fatos geradores pretéritos porque não se trata de majoração, mas de simples forma de determinação do valor na data do fato gerador. Valor que serviu de base de cálculo do imposto que não foi objeto de impugnação quanto a corresponder ou não ao real valor do imóvel na data do fato gerador. Conformidade com os artigos 97, II, § 1º, 144, § 1º e 148 do CTN. Recurso e reexame necessário a que se dá provimento para denegar a ordem de segurança.

Acesso ao Sumário

VOTO

A sentença, proferida pelo eminente juiz, Doutor Fausto José Martins Seabra, concedeu ordem de segurança para determinar que a impetrada considere o valor venal estabelecido para a incidência do IPTU como base de cálculo do imposto de transmissão "causa mortis", ITCMD (fls. 67/68).

Apela Fazenda do Estado pela denegação da ordem.

Recurso respondido; a douta Procuradoria Geral de Justiça optou por não se pronunciar.

É o relatório.

Incide hipótese de reexame necessário por determinação expressa da lei de regência do mandado de segurança.

Insurge-se a impetrante contra a exigência de recolhimento do imposto de transmissão "mortis causa", ITCMD, sobre imóvel que recebeu por herança, tendo como base de cálculo o valor venal de referência para fins de ITBI.

A questão é disciplinada pela Lei Estadual nº 10705/2000, nos seguintes termos:

Artigo 13 - No caso de imóvel, o valor da base de cálculo não será inferior:

I - em se tratando de imóvel urbano ou direito a ele relativo, ao fixado para o lançamento do Imposto sobre a Propriedade Predial e Territorial Urbana - IPTU;

Refere o fisco estadual que a base de cálculo do imposto passou a ser o valor venal para fins de ITBI, nos termos do artigo 16, parágrafo único, 2, do Regulamento do Imposto sobre Transmissão "Causa Mortis" e Doação de Quaisquer Bens ou Direitos - RITCMD, aprovado pelo Decreto **46.655**, de 1º de abril de 2002, com a redação conferida pelo Decreto nº 55002/2009:

Artigo 16 - O valor da base de cálculo, no caso de bem imóvel ou direito a ele relativo será (Lei 10.705/00, art. 13):

Parágrafo único - Poderá ser adotado, em se tratando de imóvel:

(...)

2 - urbano, o valor venal de referência do Imposto sobre Transmissão de Bens Imóveis - ITBI divulgado ou utilizado pelo município, vigente à data da ocorrência do fato gerador, nos termos da respectiva legislação, desde que não inferior ao valor referido na alínea "a" do inciso I, sem prejuízo da instauração de procedimento administrativo de arbitramento da base de cálculo, se for o caso. (com a redação dada pelo Decreto nº 55002/2009).

A base de cálculo do imposto é o valor venal dos bens ou direitos a eles relativos (CTN, artigo 38), o que significa valor pelo qual o bem ou direito pode ser vendido, ou seja, o seu valor de mercado, que naturalmente sofre oscilações.

Certo também que a Lei Estadual 10705/2000, artigo 13, I, impunha que a base de cálculo não poderia ser inferior à fixada pelo Município para o lançamento anual do IPTU, o que não obstava que fosse maior.

Ocorre que tal disposição servia também para as doações, caso em que a base de cálculo do imposto seria o maior dos valores, o da própria doação ou o valor fixado para o lançamento do IPTU.

Acesso ao Sumário

Para as transmissões *causa mortis*, era simplesmente o valor fixado para o lançamento do IPTU, o que poupava o Estado do ônus de controvérsias individuais para a determinação de valor no momento da abertura da sucessão e do custo de avaliações sob o crivo do contraditório.

Com o Decreto nº 55002/2009, o Estado novamente tomou de empréstimo, não mais o valor empregado no lançamento do IPTU, mas o valor venal de referência divulgado ou utilizado pelo município para efeito do ITBI, vigente à data da ocorrência do fato gerador.

Enquanto para o IPTU, que é anual, se adota o que seria o valor de mercado do imóvel no dia primeiro de cada ano, para o ITBI seria o valor de mercado na data do fato gerador, o tal valor venal de referência, que pode ser diferente daquele do primeiro dia do ano em vista das oscilações a que fica sujeito esse valor de mercado.

Trata-se, no entanto, de um novo critério, inaugurado pelo fisco estadual com o referido decreto, para a determinação da base de cálculo do imposto, sendo que a sua aplicação a fatos geradores pretéritos não fere direito algum do contribuinte, porquanto continua sendo o valor venal do imóvel da data do fato gerador, apurado agora de uma outra forma, não incompatível com a disposição da lei estadual, que apenas estabelecia um valor mínimo, mas em perfeita consonância com o artigo 38 do CTN, que diz que a base de cálculo é o valor venal do bem ou direito.

Como esse valor é variável, a lei não pode fixa-lo, embora possa estabelecer critérios para a sua determinação.

A verdade é que a determinação desse valor de mercado constitui atividade inerente ao lançamento, não havendo impedimento algum que os critérios sejam estabelecidos por decreto e que possam ser aplicados a fatos geradores pretéritos, como autorizam as disposições dos artigos 144, § 1º e 148 do Código Tributário Nacional:

Art. 144. O lançamento reporta-se à data da ocorrência do fato gerador da obrigação e rege-se pela lei então vigente, ainda que posteriormente modificada ou revogada.

§ 1º. Aplica-se ao lançamento a legislação que, posteriormente à ocorrência do fato gerador da obrigação, tenha instituído novos critérios de apuração ou processos de fiscalização, ampliando os poderes de investigação das autoridades administrativas, ou outorgado ao crédito maiores garantias ou privilégios, exceto, neste último caso, para o efeito de atribuir responsabilidade tributária a terceiros.

(...)

Art. 148. Quando o cálculo do tributo tenha por base, ou tome em consideração o valor ou preço de bens, direitos, serviços ou atos jurídicos, a

Acesso ao Sumário

autoridade lançadora, mediante processo regular, arbitrará aquele valor ou preço, sempre que sejam omissos ou não mereçam fé as declarações ou os esclarecimentos prestados, ou os documentos expedidos pelo sujeito passivo ou pelo terceiro legalmente obrigado, ressalvada, em caso de contestação, avaliação contraditória, administrativa ou judicial.

Portanto, o único limite a ser considerado seria o real valor do bem ao tempo do fato gerador, o valor venal do imóvel, segundo o disposto no artigo 38 do CTN, que não foi objeto de impugnação e cuja determinação é inerente à atividade de lançamento, sem necessidade de lei em sentido formal e com possibilidade de fixação de critérios por decreto e da sua aplicação a fatos geradores pretéritos.

A base de cálculo já está estabelecida em lei, pelo artigo 38 do CTN, de modo que o novo critério para a sua determinação, estabelecido por decreto, não colide com as disposições do artigo 97, II e § 1º, do CTN, segundo os quais somente a lei pode estabelecer a majoração de tributos, a que se equipara a modificação de sua base de cálculo que importe em torna-lo mais oneroso.

Frise-se que não houve modificação da base de cálculo, mas o estabelecimento de uma outra forma para determina-la, perfeitamente compatível com o critério legal, não alterado pelo decreto, de não poder ser inferior ao valor considerado pelo município para o lançamento do IPTU.

Pelo exposto, para denegar a ordem de segurança, **DÁ-SE** provimento ao recurso e ao reexame necessário.

DECLARAÇÃO DE VOTO VENCIDO

(Voto nº 22.669)

Ouso divergir, com a devida vênia, da Douta maioria.

A controvérsia dos autos cinge-se à correta base de cálculo a ser utilizada para o recolhimento do ITCMD - Imposto sobre Transmissão *Causa Mortis* e Doação de Quaisquer Bens ou Direitos, tendo em vista que a impetrante pretende recolher o imposto com base no valor venal para o IPTU, e não com base no valor de referência para o ITBI, como defende a Fazenda Estadual.

Consoante o comando jurídico do artigo 38 do Código Tributário Nacional, o ITCMD - Imposto sobre Transmissão *Causa Mortis* e Doação de Quaisquer Bens ou Direitos, tributo de competência dos Estados e do Distrito Federal (artigo 155, inciso I, da Constituição Federal), tem como base de cálculo o valor venal do bem ou direito.

No Estado de São Paulo, a Lei nº 10.705/00, que dispõe sobre a instituição do ITCMD, estabelece:

Acesso ao Sumário

"Art. 9º - A base de cálculo do imposto é o valor venal do bem ou direito transmitido, expresso em moeda nacional ou em UFESPs (Unidades Fiscais do Estado de São Paulo).

§ 1º - Para os fins de que trata esta lei, considera-se valor venal o valor de mercado do bem ou direito na data da abertura da sucessão ou da realização do ato ou contrato de doação.

(...)

Art. 13 - No caso de imóvel, o valor da base de cálculo não será inferior:

I - em se tratando de imóvel urbano ou direito a ele relativo, ao fixado para o lançamento do Imposto sobre a Propriedade Predial e Territorial Urbana - IPTU;

A Administração vinha adotando o valor do IPTU para a base de cálculo do referido tributo.

Todavia, o Decreto Estadual nº 55.002/09 introduziu alterações no RITCMD, estabelecendo que, em se tratando de imóvel urbano, poderá ser adotado "o valor venal de referência do Imposto sobre Transmissão de Bens Imóveis - ITBI divulgado ou utilizado pelo município, vigente à data da ocorrência do fato gerador, nos termos da respectiva legislação, desde que não inferior ao valor referido na alínea 'a' do inciso I, sem prejuízo da instauração de procedimento administrativo de arbitramento da base de cálculo, se for o caso".

Observa-se, portanto, que a base de cálculo do referido tributo foi alterada por decreto e não por lei, o que não se admite. Isso porque, nos termos do artigo 97, inciso II e § 1º, do Código Tributário Nacional, nenhum tributo será instituído, nem aumentado, a não ser por meio de lei, com exceção das hipóteses previstas na Constituição Federal.

Desta feita, não há dúvida de que o referido Decreto nº 55.002/09 desbordou de seus limites regulamentares, pois adota o que denomina de "valor venal de referência do ITBI", quando a Lei Estadual nº 10.705/00 fala apenas em "valor venal", em afronta ao princípio da estrita legalidade tributária (art. 150, I da CF).

Acesso ao Sumário

Este signatário já apreciou caso análogo: AC nº 0382161-48.2010.8.26.0000, julgado em 08.06.2015, com a participação dos E. Desembargadores Burza Neto (Revisor) e Venicio Salles (3º Juiz), votação unânime.

No mesmo diapasão a jurisprudência desta Corte de Justiça: (1) AC nº 1012439-42.2015.8.26.0053 - Relatora: Cristina Cotrofe - 8ª Câmara de Direito Público - j. 25.02.2016; (2) AC nº 1034430-74.2015.8.26.0053 - Relator: Décio Notarangeli - 9ª Câmara de Direito Público - j. 24.02.2016; (3) AC nº 1013149-62.2015.8.26.0053 - Relator: Torres de Carvalho - 10ª Câmara de Direito Público - j. 22.02.2016; e (4) AC nº 1023715-70.2015.8.26.0053 - Relator: Jarbas Gomes - 11ª Câmara de Direito Público - j. 02.02.2016.

Portanto, era mesmo de rigor a concessão da segurança, de modo que a r. sentença deve ser mantida.

À vista do exposto, pelo meu voto nego provimento ao reexame necessário e ao recurso voluntário da FESP.

OSVALDO DE OLIVEIRA, Desembargador, 3º Juiz

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação/Reexame Necessário nº 1028815-40.2014.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que são apelantes FAZENDA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO e JUÍZO *EX OFFICIO*, são apelados OLIVIA MARILIA D'ANGELIS SOUSA, VALTER VIEIRA DE LIMA, TEREZA DE LOURDES CAMARGO, SIDNEY SANCHES, SAMARA BENEDITA DE OLIVEIRA VIEIRA, NOBORU OKUYAMA, NILCÉIA PENHA FRANÇA REBOUÇAS, NEUSA LOURENÇO FERREIRA, NEUSA CARNICELLI, NELSON CERESANI, WANDA APARECIDA FERREIRA, ZAIDA BORBA CAMBIATTI DA COSTA, APARECIDO JOAQUIM FERNANDES DE SOUZA, DORA ENTLER, ELIZABETH DAISE MALPETTI DA SILVA, EVANIL SOUZA SANCHES CRUZ, MARIA HELENA DA CUNHA WATAI, WALQUIRIA DERLENE DE CARVALHO, RAQUEL FERRANTE RIBEIRO MIRANDA, SUAMI PAULA DE AZEVEDO, MARLI APARECIDA DE OLIVEIRA, IRACY EDNA ZANUTO BIANCO, ADALBERTINA LIMA MENDONÇA, CLEIDE GENARO DA SILVA, ARLETE MARIUZA MATHIAS, CELIA MOZELLI DIAS, CELSO CANDIDO DOS SANTOS, DILMA SUELI ZANETTA GONÇALVES, EMILIA ZUGHAIB, FLORESBELA MARIA ALVES, GRAÇA DE LOURDES SILVESTRE PERA, NELSON CARLOS SCHAUERHUBER, IVONE LOPES, LIDIA POLLEFRONE, MAÉW ALVARENGA MACHADO, MARA SOLANGE MIRÃO ARRIETA, MARIA APARECIDA PEDRON, MARIA CRISTINA MARANGON, MARIA DA PENHA FONSECA QUEIROZ, MARIA SIRLEY DE ALMEDIDA BOTASSIO e LUIZ FERNANDO GOMES.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 9ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Negaram provimento ao apelo e ao reexame necessário. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 18.242)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores REBOUÇAS DE CARVALHO (Presidente sem voto), MOREIRA DE CARVALHO e CARLOS EDUARDO PACHI.

São Paulo, 23 de março de 2016.

Acesso ao Sumário

OSWALDO LUIZ PALU, Relator

Ementa: APELAÇÃO CÍVEL E REEXAME NECESSÁRIO. Servidores públicos inativos. Pretensão ao recebimento em pecúnia de períodos de licenças prêmio não usufruídos. Admissibilidade. Vedação do enriquecimento sem causa. Prescrição. O termo 'a quo' para sua contagem é da data da aposentadoria. Não ultrapassado o lapso temporal de cinco anos entre a aposentadoria e o ajuizamento da ação, não há ocorrência da prescrição.

Para alguns autores, reconhecida a prescrição, conforme c voto. Sentença de procedência mantida. Negado provimento ao recurso voluntário da Fazenda e ao reexame necessário.

VOTO

I. RELATÓRIO

Cuida-se de apelação interposta pela **FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO** em face da r. sentença de fls. 526/530 que, em ação de rito ordinário ajuizada por **OLIVIA MARILIA D'ANGELIS SOUSA e outros**, julgou procedente o pedido e condenou a ré ao pagamento, aos autores, do valor, em pecúnia, dos períodos de licença-prêmio que deixaram de gozar, tudo acrescido de juros e correção monetária; bem como extinguiu o feito, com resolução de mérito, em relação aos coautores que tenham ingressado com a ação há mais de cinco anos da data da concessão da aposentadoria. Em razão da sucumbência, a ré foi condenada ao pagamento das custas e despesas processuais eventualmente adiantadas pelos autores, bem como honorários advocatícios fixados em dez por cento sobre o valor da condenação.

Inconformada apela a Fazenda Pública (fls. 532/543), alegando que os autores não fazem jus ao pagamento em pecúnia da licença-prêmio, ante a ausência de previsão legal ao pleito indenizatório, no caso. Insurge-se ainda, contra a aplicação da correção monetária sem a observância da Lei n.º 11.960/09 e contra a fixação dos juros de mora em 0,5% ao mês. Recebido o recurso (fls. 545) e apresentadas contrarrazões (fls. 547/552). **É o relatório.**

II. FUNDAMENTO E VOTO.

1. Pelo meu voto, nego provimento ao recurso voluntário da Fazenda e ao reexame necessário.

2. Trata-se de ação de cognição promovida por **servidores públicos**

Acesso ao Sumário

inativos, objetivando a condenação da ré ao pagamento em pecúnia dos valores correspondentes aos períodos de licença prêmio não gozados quando em atividade. Em razão da aposentadoria, tornou-se inviável a possibilidade de usufruir de seus benefícios, razão pela qual a indenização é de rigor, sob pena de a Administração Pública enriquecer-se sem causa. O STJ, analogamente, **eis que a matéria, aqui, é referente à lei estadual**, tem entendimento pacificado quanto a este entendimento:

> "É cabível a conversão em pecúnia de licença prêmio adquirida antes da passagem do Servidor para a inatividade e que não foi desfrutada, tendo em vista o princípio da vedação do enriquecimento sem causa" (AgRg no RMS 27796/DF, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, j. em 03/02/2009);
>
> "Processual Civil. Administrativo. Licença prêmio. Conversão em pecúnia. Aposentadoria. Possibilidade.
>
> Há direito à conversão em pecúnia das licenças-prêmio não gozadas e não contadas em dobro, quando da aposentadoria, sob pena de locupletamento ilícito da Administração. Nesse sentido: REsp 829.911/SC, Rel. Min. Paulo Gallotti, DJU de 18.12.2006.Agravo Regimental desprovido" (AgRg no REsp 1063313/DF, Rel. Min. Felix Fischer, j. em 03/02/2009).
>
> "ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL. LICENÇAS-PRÊMIOS NÃO GOZADAS. CONVERSÃO EM PECÚNIA. PREVISÃO LEGAL EXPRESSA. DESNECESSIDADE. PRINCÍPIO QUE VEDA O ENRIQUECIMENTO ILÍCITO DA ADMINISTRAÇÃO. RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA DO ESTADO.
>
> A conversão em pecúnia das licenças-prêmios não gozadas em face do interesse público, tampouco contadas em dobro para fins de contagem de tempo de serviço para efeito de aposentadoria, avanços ou adicionais, independe de previsão legal expressa, sendo certo que tal entendimento está fundado na Responsabilidade Objetiva do Estado, nos termos do art. 37, § 6º, da Constituição Federal, e no Princípio que veda o enriquecimento ilícito da Administração. Precedentes desta Corte e do Supremo Tribunal Federal." (REsp 693728/RS, Rel. Min. Laurita Vaz, j. em 11/04/2005).

3. Da mesma forma, a não ocorrência de prescrição em relação àqueles que ingressaram (distribuíram a) com a ação há **menos** de cinco anos da data da concessão da aposentadoria é evidente. O prazo inicial de contagem da perda do direito inicia-se com a aposentadoria e, no caso, **somente para alguns autores há de se reconhecer a prescrição**. São eles: **Adalbertina Lima Mendonça que se aposentou em 11.06.2009; Arlete Mariuza Mathias que se aposentou em 20.06.2009; Iracy Edna Zanuto Bianco que se aposentou em 30.01.2009;**

Acesso ao Sumário

Maew Alvarenga Machado que se aposentou em 2007; Maria Cristina Marangon, que se aposentou em 2008 e Sidney Sanches, que se aposentou em 10.02.2009, conforme se verifica às fls. 389. Tendo em vista que a presente ação foi proposta em 16 de julho de 2014, somente há que se falar em prescrição em relação a estes autores e não a todos.

4. No que tange à correção monetária dos valores a serem restituídos, **não** incidem, na espécie, as disposições da Lei n.º 11.960/09, tendo em vista recente pronunciamento do Colendo Supremo Tribunal Federal sobre indigitada norma, especialmente acerca do "*juízo de exclusão*" do controvertido diploma legal.

Como sabe a recorrente, na repercussão geral n.º 810, do Colendo STF o tema – inconstitucionalidade aventada nos autos – ainda permanece em aberto e esta Câmara não vai determinar a aplicação da Lei n.º 11.960/09 até decisão firme e clara em sentido contrário do STF no referido processo.

5. Deste modo, nos termos ainda definidos pela C. Corte Suprema em matéria de débitos da Fazenda Pública, sobre o 'quantum' devido incidirá correção monetária, desde quando deveria ter sido pago, acrescido de juros moratórios, conforme disposto no art. 1.º-F, da Lei n.º 9.494/97, não mais vigendo a redação dada pela Lei n.º 11.960/09, sendo, para tal mister, irrelevante o ajuizamento da ação antes ou após sua vigência.

6. Ante o exposto, pelo meu voto, **nego provimento ao recurso voluntário da Fazenda e ao recurso oficial.**

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação/Reexame Necessário nº 1002544-86.2015.8.26.0302, da Comarca de Jaú, em que são apelantes MUNICÍPIO DE JAÚ e JUÍZO "EX OFFICIO", são apelados VALDIR APARECIDO GARCIA e CARMEN RODRIGUES GARCIA.

ACORDAM, em 18ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso do réu e, de ofício, alteraram os juros de mora e a correção monetária, nos termos do acórdão. V.U.", de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 20.260)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores BEATRIZ BRAGA (Presidente), WANDERLEY JOSÉ FEDERIGHI e BURZA NETO.

São Paulo, 3 de março de 2016.

BEATRIZ BRAGA, Relatora

Acesso ao Sumário

Ementa: Ação declaratória c.c repetição de indébito. Taxa de limpeza pública e de conservação de vias e logradouros públicos ausência de especificidade e divisibilidade serviço em prol da coletividade. Taxa de bombeiro declaração de inconstitucionalidade pelo Órgão Especial.

Súmula 239, STF. Não se referindo o pedido a exercício financeiro específico, mas ao reconhecimento da inconstitucionalidade ou ilegalidade da exação, deve ser afastada a restrição inserta na mencionada súmula.

Alteração, de ofício, dos juros matéria de ordem pública. Repetição do indébito. Correção monetária. Termo inicial na forma da Súmula 162 do STJ. Observância da modulação efetivada pelo STF em 25/03/2015 no julgado da ADI 4.357.

Juros de mora. Termo inicial a partir do trânsito em julgado da condenação - Súmula 188 do STJ. Cálculo no mesmo percentual que a Fazenda Pública utiliza enquanto credora. Observância da Súmula Vinculante 17 do STF e da Repercussão Geral nº 810. Nega-se provimento ao recurso do réu e, de ofício, alteram-se os juros de mora e a correção monetária, nos termos do acórdão.

VOTO

Trata-se de apelação contra sentença que julgou procedente a ação declaratória c.c repetição de indébito ajuizada por **Valdir Aparecido Garcia e Carmen Rodrigues Garcia** em face do **Município de Jaú** para reconhecer a inconstitucionalidade da cobrança da taxa de limpeza pública, conservação de vias e logradouros, e de serviço de bombeiros, com determinação de devolução dos valores pagos nos últimos cinco anos anteriores ao ajuizamento da ação. Em razão da sucumbência, o réu foi condenado a pagar os honorários advocatícios fixados em R$ 1.000,00 (fls. 72/77).

Apela o réu. Sustenta, em síntese, a nulidade da sentença; não é possível declarar a nulidade dos lançamentos futuros (súmula 239 do STF); as taxas cobradas são legais; os juros deverão ser calculados a razão de 1% ao mês e para a correção monetária deverá ser utilizada a SELIC (fls. 84/111).

Sem contrarrazões.

É o relatório.

Acesso ao Sumário

De início, deve ser afastada a suposta nulidade da sentença recorrida, pois esta preenche todos os requisitos do art. 458 do CPC. Ademais, a matéria foi julgada de forma clara, coerente e fundamentada.

No mérito, o recurso não merece provimento.

Nos termos do artigo 145, II, da Constituição Federal os Municípios podem instituir taxas em razão da utilização, efetiva ou potencial, de serviços públicos específicos e divisíveis, prestados ao contribuinte ou postos à sua disposição.

Com efeito, apenas os serviços públicos de utilização individual e mensurável autorizam a cobrança de taxa. Portanto, constitui "*conditio sine qua non*" a atuação do ente tributante em relação a determinado sujeito passivo ("*uti singuli*").

Já os serviços públicos gerais, que são prestados indistintamente a todos os cidadãos e beneficiam um número indeterminado de pessoas ("*uti universi*") devem ser custeados pelas receitas gerais do ente tributante, dentre elas os impostos.

No caso, as taxas referentes à limpeza pública, conservação de vias e logradouros públicos são inexigíveis, pois os serviços beneficiam a coletividade em geral, impossibilitando, assim, a identificação e individualização do sujeito passivo.

Dispõe a lei municipal (arts. 135 e 137) que o custo dos serviços seria dividido proporcionalmente às testadas dos imóveis, o que não permite a apuração da quantidade do lixo produzido pelo contribuinte e a ser recolhido, violando-se o art. 145 da Constituição Federal.

A questão já foi submetida, inclusive, à apreciação do Órgão Especial deste Egrégio Tribunal de Justiça, que decidiu, *in verbis*:

> *Inconstitucionalidade – Ação direta – Artigos 249, incisos III, IV, V e VII, 304 a 308, 309 a 315, 316 a 320, 333 a 350 e das tabelas V e VII da Lei Complementar Municipal nº 158/1997 (Código Tributário do Município) – Disciplinam as taxas de limpeza pública, iluminação pública, conservação de pavimentação, guias e sarjetas e pavimentação e conservação de guias e sarjetas – Lei que ultrapassa os limites da competência tributária dos Municípios, instituída pela Constituição Federal no artigo 145, inciso II, repetido no artigo 160, inciso II da Constituição Estadual – Vício de competência – Ação procedente – Inconstitucionalidade declarada. (TJ/SP – Órgão Especial – ADIn nº 126.244-0/2-00 – Relator Des. Barbosa Pereira – Data do Julgamento: 08/03/2006)*

No tocante à taxa de bombeiro, sua cobrança também é ilegítima.

Como já decidido por esta Câmara, "no caso específico da Comarca de Jaú, houve o julgamento pelo Col. Órgão Especial deste Eg. Tribunal de Justiça da Ação Direta de Inconstitucionalidade proposta pela D. Procuradoria Geral de

Acesso ao Sumário

Justiça objetivando a declaração da inconstitucionalidade da Lei Complementar nº 258, de 28 de outubro de 2005, do Município de Jaú que "Instituiu no Município a Taxa de Serviços e Bombeiros", Adin nº 137.157.0/0, j. 05/09/2007, a qual foi julgada procedente para declarar a inconstitucionalidade da referida Lei"[1].

No mais, no que tange à aplicabilidade da súmula 239 do STF, em que pese tenha sustentado em casos anteriores que os efeitos da declaração de inexistência de relação jurídico tributária não se aplicam aos exercícios posteriores ao trânsito em julgado da ação declaratória, entendo que a questão deve ser revista.

É que, pretende o autor o reconhecimento da ilegalidade das taxas ora discutidas. O STJ já decidiu que "não se referindo o pedido a exercício financeiro específico, mas ao reconhecimento da inconstitucionalidade ou ilegalidade da exação, ou de sua imunidade ou isenção, por exemplo, deve ser afastada a restrição inserta na mencionada súmula. Isso porque, nessa hipótese, há uma abrangência no pedido e, portanto, sendo esse julgado procedente, a coisa julgada terá efeitos mais amplos, ou seja, abarcará as situações jurídicas posteriores, não se restringindo a exercício financeiro específico. (...) Assim, deve-se ter em conta que a coisa julgada somente protege o que foi objeto do pedido e, por conseguinte, da decisão, de maneira que, se o pedido foi abrangente, a decisão também o será, não se aplicando a Súmula 239/STF, na medida em que a coisa julgada terá maior amplitude; se o pedido restringir-se a determinado exercício, então a decisão estará limitada a esse, incidindo o enunciado da súmula em apreço."[2]

Destarte, a sentença só merece reparo quanto aos juros e correção monetária, matéria de ordem pública (AgRg no REsp 1.068.197-SP). Quanto à correção, esta deve incidir a partir do desembolso, nos termos do disposto na Súmula 162 do STJ. Em relação ao índice adotado, devem ser observados os motivos determinantes expostos pelo STF na declaração de inconstitucionalidade proferida na ADI 4.357 em 25.03.15.

Assim, devem ser utilizados os seguintes critérios:

1º) correção monetária pela Tabela Prática do TJSP relativa às condenações da Fazenda Pública até a véspera da vigência da lei n. 11.160/2009, que deu a atual redação do art. 1º F da Lei n. 9.494/1997;

2º) De 30/06/2009 (data da publicação e vigência da lei n. 11.960/2009) até 25 de março de 2015 (data da modulação feita no julgado da ADI n. 4.357): a atualização monetária deve observar os índices de atualização das cadernetas de poupança (TR) e;

3º) A partir de 26/03/2015, a atualização monetária deve observar os mesmos critérios pelos quais a Fazenda Pública corrige seus créditos tributários. (obs: no caso de dívidas não-tributárias, deve-se utilizar o

Acesso ao Sumário

1 Ap. 4001264-97.2013.8.26.0302, Rel. Des. Osvaldo Capraro j. 09.10.2014.

2 STJ, 1ª Turma, REsp 576.926/PE, rel. Min. Denise Arruda,, DJ 30.6.2006

índice do IPCA-E).

Quanto aos juros moratórios, estes deverão incidir a partir do trânsito em julgado da decisão condenatória, de acordo com o art. 167, parágrafo único, do CTN e Súmula 188 do STJ. Em relação ao percentual dos juros de mora, o julgamento da ADI 4.357 reconheceu a inconstitucionalidade da vinculação dos juros aos índices da caderneta de poupança. Não houve modulação, de modo que a decisão produziu efeitos retroativos (ex tunc). Por tal motivo, não há falar-se em aplicação dos juros das cadernetas de poupança (0,5 % a.m.) em nenhum período.

Destarte, os juros devem ser calculados no mesmo percentual que a Fazenda Pública utiliza enquanto credora que, geralmente, é de 1% ao mês (§ 1º do art. 161 do CTN). Se acaso houver lei local em sentido diverso, esta deve ser observada.

Consigne-se que não correrão juros de mora no período compreendido entre a expedição do precatório (se for o caso, tendo em vista o valor a ser apurado em liquidação de sentença) até o decurso do prazo legal para o respectivo pagamento (Súmula Vinculante nº 17).

Saliente-se que na repetição do indébito devem ser consideradas e resguardadas eventuais modificações decorrentes da Repercussão Geral nº 810 que ainda possam ser implementadas.

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 do réu, e alteram-se, de ofício, os juros de mora e a correção monetária, nos termos do acórdão.**

Acesso ao Sumário

Embargos de Declaração

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos de Declaração nº 1027828-67.2015.8.26.0053/50000, da Comarca de São Paulo, em que é embargante JOSÉ RIBAMAR DE SOUSA, é embargado DIRETOR DO DEPARTAMENTO DE DESPESA DE PESSOAL DA SECRETARIA DA FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 11ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Acolheram os embargos. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 18.628)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores OSCILD DE LIMA JÚNIOR (Presidente), RICARDO DIP e LUIS GANZERLA.

São Paulo, 2 de março de 2016.

OSCILD DE LIMA JÚNIOR, Relator

Ementa: EMBARGOS DE DECLARAÇÃO – Servidor público estadual inativo – Teto remuneratório – Licença-prêmio indenizada – Limitação – Impossibilidade – Omissão no que pertine à forma de pagamento, que deverá se dar, para cada período de 30 dias, com base na remuneração bruta – Inteligência do artigo 43, § 1º, da LC 1.059/08.

Embargos acolhidos.

VOTO

Trata-se de embargos de declaração opostos por José Ribamar de Sousa em face do v. acórdão (fls. 85/90) proferido na apelação cível nº 1027828-67.2015.8.26.0053, que reformou a sentença denegatória da segurança para "garantir ao impetrante a percepção integral da indenização relativa aos períodos de licença-prêmio não usufruídos em atividade, sem que sobre tais valores incida o limite constitucional de vencimentos".

Alega o embargante omissão no julgado, tendo em vista que não fez menção ao afastamento do teto constitucional para cada período de 30 (trinta) dias, devendo ser utilizada como base da cálculo (para cada trinta dias) a remuneração bruta do Agente fiscal de Rendas, nos moldes do que preceitua a LCE 1.059/08.

É o relatório.

Conheço dos embargos de declaração opostos, pois tempestivos, e os acolho no mérito, sanando-se a alegada omissão.

De acordo com o embargante, os pagamentos das indenizações relativas à licenças prêmio vem ocorrendo em desconformidade com o § 1º do artigo 43 da LC nº 1.059/08, pois o Departamento de Despesa de Pessoal vem aplicando o limite de vencimentos a que se refere o inciso XII do art. 115 da Constituição do Estado. Ou seja, ao invés de observar a remuneração bruta do impetrante, efetuaria o pagamento limitando-a, para cada período de 30 dias, ao montante

Acesso ao Sumário

de R$ 20.662,00, que, à época da impetração, era o limite de vencimentos dos servidores estaduais do Poder Executivo.

Diante desses fatos, e com base nos fundamentos expostos no acórdão impugnado, é de rigor que se corrija a ilegalidade perpetrada, assegurando-se o direito líquido e certo à percepção integral da indenização relativa aos dias de licença-prêmio não usufruídos em atividade, **sem a incidência do limite de vencimentos previsto no inciso XII do artigo 115 da Constituição Estadual, devendo o pagamento, para cada período de 30 dias, se dar com base na remuneração (proventos) bruta, em respeito ao disposto no § 1º do artigo 43 da Lei Complementar nº 1.059/08.**

Ante o exposto, pelo meu voto, acolho os presentes embargos.

Eventual recurso que seja apresentado deste julgado estará sujeito ao julgamento virtual. No caso de discordância, esta deverá ser manifestada no momento do oferecimento do referido recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos de Declaração nº 1029857-90.2015.8.26.0053/50000, da Comarca de São Paulo, em que é embargante/embargado ESTADO DE SÃO PAULO, é embargado/embargante FORÇA 10 PRODUTOS ESPORTIVOS LTDA.

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 12.276)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores ALIENDE RIBEIRO (Presidente sem voto), DANILO PANIZZA e RUBENS RIHL.

São Paulo, 14 de março de 2016.

VICENTE DE ABREU AMADEI, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: EMBARGOS DE DECLARAÇÃO – Ausente omissão, contradição e obscuridade – Inadequação da via recursal para expressão de inconformismo ou para reforço de prequestionamento. EMBARGOS REJEITADOS.

Ausente omissão, contradição ou obscuridade para sanar, rejeitam- se os embargos de declaração, observada a inadequação da via recursal para

expressão de inconformismo, modificação do julgado ou mero reforço de prequestionamento.

VOTO

Trata-se de embargos de declaração opostos em relação ao v. acórdão (fls. 197/202), nos autos e entre as partes acima identificadas, sob alegação de deficiência do v. acórdão embargado, especialmente por omissão, julgamento contrário ao direito, necessidade de prequestionamento, com pretensão destinada a sanar a deficiência apontada, modificando o resultado do julgado, para acolher a pretensão de cada embargante no processo.

É o relatório.

O v. acórdão embargado, decorrente de julgamento colegiado por unanimidade, em apelações nas quais se discutia pretensões de manutenção da CDA tal como inscrita em dívida por parte da **Fazenda do Estado de São Paulo** e de anulação total da CDA por parte de **Força 10 Produtos Esportivos Ltda**., expressa o resultado de desprovimento dos recursos, com manutenção da sentença de parcial procedência, para apenas retificar o montante de juros cobrados, adequando-os à taxa Selic.

Os embargos de declaração não podem ser acolhidos, porque não há deficiência alguma no v. acórdão embargado: sem erro material e ausente omissão, contradição ou obscuridade – pressupostos necessários dos embargos – não há espaço para complemento, correção ou aclaramento do julgado colegiado.

Destaque-se que o v. acórdão atacado enfrentou toda matéria controversa da lide, segundo o necessário para o julgamento do recurso correspondente, em seus limites naturais e legais, bem como que a via recursal dos embargos de declaração é inadequada para expressão de inconformismo ou modificação do julgado – descolada do erro material ou daqueles pressupostos objetivos –, ou, ainda, para mero reforço de prequestionamento.

Ressalte-se que não se pode atribuir aos embargos de declaração feição puramente infringente, pois eles "*não consubstanciam meio próprio à revisão do que decidido"* (STF, RT 721/335), bem como que nem sequer há obrigatoriedade de se *"responder todas as alegações das partes, quando já tenha encontrado motivo suficiente para fundar a decisão, nem se obriga a ater-se aos fundamentos indicados por elas e tampouco a responder um a um todos os seus argumentos"* (TJSP, RJTJESP 115/207).

O acórdão embargado examinou todos os argumentos e dispositivos normativos incidentes, concluindo pela necessidade de somente se retificar o montante de juros cobrados, adequando-o à taxa Selic, sem anulação da CDA, mas também sem permitir cobrança de juros já considerados inconstitucionais

Acesso ao Sumário

por decisão do órgão especial desta Corte.

Outrossim, em relação ao prequestionamento, basta que as questões tenham sido enfrentadas e solucionadas no v. acórdão, como ocorreu, pois "*desnecessária a citação numérica dos dispositivos legais*" (STJ, EDCL. no RMS nº 18.205/SP, rel**. Min. Felix Fischer**, j. 18/04/2006), mas, mesmo assim, para que não se diga haver cerceamento de direito de recorrer, dou por prequestionados todos os dispositivos legais referidos nos recursos.

Logo, é o caso de rejeição dos embargos.

Pelo exposto, **REJEITO** os embargos de declaração opostos, mantendo, integralmente, o v. acórdão embargado.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos de Declaração nº 1039943-57.2014.8.26.0053/50000, da Comarca de São Paulo, em que é embargante FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL, são embargados JOSÉ CARLOS RODRIGUES, BRAZ ANTONIO DA SILVA, HELENA SANCHES FERREIRA, MARIA INEZ FIRMINO DEBEUS, MARIA TERESINHA DEL CISTIA e NEUZA ARACY COSTA SAMPAIO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 1ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Acolheram os embargos. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto: 20.135)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ALIENDE RIBEIRO (Presidente) e DANILO PANIZZA.

São Paulo, 29 de março de 2016.

RUBENS RIHL, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: EMBARGOS DE DECLARAÇÃO – Erro material apontado – Ocorrência – Embargante que ao fundamentar excesso de execução, apontou inadvertidamente na petição valor superior ao efetivamente executado – Defende, assim, que o valor correto é o apontado na memória de cálculo anexa à petição inicial – Embargados que, instados a se manifestarem, concordaram com o valor indicado na memória de cálculo – Reforma que se impõe, a fim de reduzir o valor exequendo para o montante indicado

na memória de cálculo anexa à petição inicial – Embargos acolhidos, com efeito modificativo.

VOTO

Cuida-se de embargos de declaração opostos pela FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO ao acórdão de fls. 92/99, o qual, à unanimidade de votos, negou provimento ao seu recurso de apelação, mantendo a r. sentença que reduziu o valor exequendo para o montante indicado na inicial.

Sustenta a embargante, em síntese, que há erro material na petição dos embargos à execução que, apesar de indicar excesso de execução, acabou por apontar valor executado maior do que o indicado pelos embargados.

Assim, defende que o valor correto é o indicado na memória de cálculo anexa à petição inicial, qual seja o valor de R$ 67.258,27 (sessenta e sete mil, duzentos e cinquenta e oito reais e vinte e sete centavos).

Destarte, requer o acolhimento dos embargos declaratórios para sanar o erro material apontado, ou a anulação da r. sentença para que nova seja proferida com correção do vício (fls. 01/04).

Os embargados, instados a se manifestarem, apresentaram concordância com a correção do erro material apontado (fl.08).

É o relatório.

O reclamo prospera, devendo ser corrigido o valor da execução apontado na r. sentença.

Isso porque a embargante claramente incidiu em erro material ao indicar o valor de R$ 120.550,42 (cento e vinte mil, quinhentos e cinquenta reais e quarenta e dois centavos) como correto para execução.

De fato, não faz sentido apresentar embargos alegando excesso de execução e apontar valor superior ao indicado pelos embargados como correto.

Registre-se que os próprios embargados concordaram com a ocorrência de erro material, requerendo a fixação da condenação o valor de R$ 67.258,27, apontado como correto pela embargante na planilha de cálculo acostada na peça inicial.

Diante do exposto, acolho os embargos de declaração opostos pelos autores, com efeitos modificativos, a fim de sanar o erro material apontado, reduzindo o valor exequendo para o montante indicado na planilha de cálculo da embargante (fls. 12/23).

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos de Declaração nº 0049867-12.2006.8.26.0564/50000, da Comarca de São Bernardo do Campo, em que é embargante INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL – INSS, é embargado ABEL DUARTE DE SOUSA (JUSTIÇA GRATUITA).

ACORDAM, em 16ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Acolheram os presentes embargos declaratórios com o fito de alterar a parte dispositiva do V. Acórdão, para reconhecer a correta utilização da TR, no caso em lume. V.U", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 19.989)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores CYRO BONILHA (Presidente sem voto), LUIZ FELIPE NOGUEIRA e LUIZ DE LORENZI.

São Paulo, 5 de abril de 2016.

VALDECIR JOSÉ DO NASCIMENTO, Relator

Ementa: EMBARGOS DECLARATÓRIOS. OMISSÃO E OBSCURIDADE. DÉBITO REMANESCENTE. ATUALIZAÇÃO MONETÁRIA. DEPÓSITO REFERENTE AO RESGATE DO PRECATÓRIO REALIZADO APÓS DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE PELO E. STF DA UTILIZAÇÃO DO ÍNDICE OFICIAL DE REMUNERAÇÃO DA CADERNETA DE POUPANÇA. PAGAMENTO, PORÉM, ULTIMADO EM MAIO DE 2013. MODULAÇÃO, TODAVIA, DO C. STF, EM MARÇO DE 2015 - ITEM 2.2. -, NO SENTIDO DE QUE, EM SE TRATANDO DE PRECATÓRIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA FEDERAL INSS, NO CASO -, OS PAGAMENTOS REALIZADOS ATÉ DEZEMBRO DE 2013, COM BASE NA TR, OU SEJA, ANTES DO ADVENTO DA LEI Nº 12.919/13, A QUAL RESTABELECEU O IPCA-E COMO FATOR DE CORREÇÃO MONETÁRIA E QUE ENTROU EM VIGOR EM JANEIRO DE 2014. PREQUESTIONAMENTO.

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO ACOLHIDOS COM ALTERAÇÃO DO JULGADO.

Acesso ao Sumário

VOTO

Vistos.

Trata-se de embargos de declaração opostos pelo Instituto Nacional do Seguro Social – INSS (fls. 282/285), nos quais asseverou, em síntese, haver omissão e obscuridade no V. Acórdão acerca da correção monetária pelo IPCA-E depois do cálculo de liquidação, deixando de aplicar a TR, em face da declaração de inconstitucionalidade de tal índice pelo E. Supremo Tribunal; ressaltou a modulação dos efeitos da ADI nº 4.357, determinando a aplicação da TR mesmo para correção de precatórios até 25/03/2015, ficando prequestionada a matéria para fins recursais. Daí a origem dos embargos de declaração.

Intimada a parte contrária diante da possibilidade de ser emprestado efeito infringente aos embargos declaratórios, manifestou-se o embargado às fls. 294/295.

É o relatório.

Os embargos declaratórios merecem acolhida, pois em relação à atualização monetária, o **Excelso Pretório** modulou a declaração de inconstitucionalidade em março de 2015, com os seguintes termos:

> "2) - conferir eficácia prospectiva à declaração de inconstitucionalidade dos seguintes aspectos da ADI, fixando como marco inicial a data de conclusão do julgamento da presente questão de ordem (25.03.2015) e **mantendo-se válidos os precatórios** expedidos ou pagos até esta data, a saber: 2.1.) fica mantida a aplicação do índice oficial de remuneração básica da caderneta de poupança (TR), nos termos da Emenda Constitucional nº 62/2009, até 25.03.2015, data após a qual (i) os créditos em precatórios deverão ser corrigidos pelo Índice de Preços ao Consumidor Amplo Especial (IPCA-E) e (ii) os precatórios tributários deverão observar os mesmos critérios pelos quais a Fazenda Pública corrige seus créditos tributários; e 2.2.) ficam resguardados os precatórios expedidos, no âmbito da administração pública federal, com base nos arts. 27 das Leis nº 12.919/13 e Lei nº 13.080/15, que fixam o IPCA-E como índice de correção monetária;" [o negrito não consta do original]

No caso em lume, como já ocorreu a expedição e o pagamento de precatório anterior (**depósito realizado em maio/2013, fl. 229**), deverão ser empregados os índices oficiais de remuneração básica da caderneta de poupança (TR) para a correção dos créditos **desde a edição da Lei nº 11.960/09 até a data do depósito – maio/2013** –, não havendo, portanto, como se ordenar a incidência de qualquer outro índice, embora a TR tenha sido declarada inconstitucional.

Frise-se, por oportuno, que em face da recente modulação do E. STF, inócuas se tornaram todas as discussões anteriormente existentes acerca do tema, devendo, apenas, ser cumprido aquilo que já foi devidamente modulado e

Acesso ao Sumário

sobre o qual já não cabe mais qualquer ponderação.

Ante o exposto, pelo meu voto, acolho os presentes embargos declaratórios com o fito de alterar a parte dispositiva do V. Acórdão, **para reconhecer a correta utilização da TR**, no caso em lume.

Embargos Infringentes

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos Infringentes nº 9000212-45.2007.8.26.0090/50002, da Comarca de São Paulo, em que é embargante PREFEITURA MUNICIPAL DE SÃO PAULO, é embargado BANCO SANTANDER (BRASIL) S/A (ATUAL DENOMINAÇÃO).

ACORDAM, em 18ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Acolheram os embargos infringentes. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto n. 21.764)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores BEATRIZ BRAGA (Presidente), WANDERLEY JOSÉ FEDERIGHI, BURZA NETO e FRANCISCO OLAVO.

São Paulo, 3 de março de 2016.

ROBERTO MARTINS DE SOUZA, Relator

Ementa: Embargos Infringentes – Apelação – ISS – Serviços bancários – Embargos à execução fiscal – Exercícios de 1997 a 1999 – Fato gerador ocorrido na vigência do Decreto n. 406/68 – Sentença de rejeição dos embargos à execução – Voto vencedor que reformou a r. sentença afastando a cobrança de ISS sobre as atividades bancárias – Voto divergente que reconheceu a incidência do ISS sobre a rubrica 'fornecimento de cheque; emissão de cheques administrativos', que encontra previsão no item 96 da lista anexa à LC 56/87 – Admissibilidade – Prevalência do voto vencido – Embargos infringentes acolhidos.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de embargos infringentes opostos pela **Prefeitura Municipal de São Paulo** ao v. acórdão de fls. **347/354** que, por maioria de votos, deu provimento ao recurso da embargante e reformou a r. sentença em reexame necessário.

Os presentes embargos objetivam prevaleça o r. voto vencido de fls.355/356 do Des. Wanderley José Federighi, que deu provimento parcial ao recurso da embargada, reformando-se parcialmente a r. sentença e acolhendo parcialmente os embargos ante o reconhecimento da incidência de ISS sobre a atividade bancária '**fornecimento de talão de cheques; emissão de cheques administrativos**', por estar prevista no item 96 na lista anexa à LC 56/87.

Nas razões recursais (fls. 378/380), a embargante aduz, em síntese:

a) no voto vencedor foi sedimentado o entendimento de que as atividades consideradas para os lançamentos fiscais que deram origem aos títulos executivos não podem ser consideradas prestação de serviços, por falta de previsão dos itens 95 e 96 da lista anexa à LC 56/87; b) de maneira correta o voto vencido reconheceu que pelo menos um serviço tributado está expressamente descrito no item 96 da LC 56/87, "**o fornecimento de talão de cheque; emissão de cheques administrativos**", devendo, portanto, o lançamento, ser mantido no que se refere a tal atividade. Requer sejam acolhidos os embargos infringentes, reformando-se o v. Acórdão, para que prevaleça o voto vencido, entendendo-se válidos e regulares os lançamentos que tiveram por base os serviços relativos a fornecimentos e emissão de talões de cheque.

Recurso recebido (fls.404) apresentadas contrarrazões (fls.391/397).

É o relatório.

Com a devida licença, ouso discordar do voto da d. maioria e acompanho o voto divergente.

Examinando detidamente os autos, infere-se que os presentes embargos infringentes objetivam fazer prevalecer o entendimento consagrado no voto vencido, subscrito pelo Des. Wanderley Federighi (fls.355/356), no sentido de que sobre a atividade bancária '**fornecimento de talão de cheques; emissão de cheques administrativos**' há incidência do ISS, pois tal exação está descrita no item 96 da lista anexa à LC 56/87.

Impende destacar que o lançamento e a cobrança dos créditos de ISSQN referem-se aos exercícios de 1º de dezembro de 1997 a 30 de junho de 2009, ou seja, o fato gerador ocorreu na vigência da LC 56/87, que alterou o Decreto-lei nº 406/68.

Com efeito, o artigo 8º do Decreto - lei nº 406/68 estabeleceu a necessidade de previsão dos serviços em lista anexa, representada pela Lei Complementar nº 56/87, que, nos seus itens 95 e 96, assim consignou:

Acesso ao Sumário

"95. Cobranças e recebimentos por conta de terceiros, inclusive direitos autorais, protestos de títulos, sustação de protestos, devolução de títulos não pagos, manutenção de títulos vencidos, fornecimentos de posição de cobrança ou recebimento e outros serviços correlatos da cobrança ou recebimento (este item abrange também os serviços prestados por instituições autorizadas a funcionar pelo Banco Central);

96. Instituições financeiras autorizadas a funcionar pelo Banco Central: **fornecimento de talão de cheques*****; emissão de cheques administrativos; transferência de fundos; devolução de cheques; sustação de pagamento de cheques; ordens de pagamento e de crédito, por qualquer meio; emissão e renovação de cartões magnéticos; consultas em terminais eletrônicos; pagamentos por conta de terceiros, inclusive os feitos fora do estabelecimento; elaboração de ficha cadastral; aluguel de cofres; fornecimento de segunda via de avisos de lançamento de extrato de contas; emissão de carnês (neste item não está abrangido o ressarcimento, a instituições financeiras, de gastos com portes do Correio, telegramas, telex e teleprocessamento, necessários à prestação dos serviços)".***

Admite-se interpretação extensiva da referida lista anexa à LC, desde que a atividade correlata corresponda a serviço expressamente previsto na legislação correspondente, solução que se afigura mais coerente, tendo em vista a dificuldade de o legislador prever todos os serviços prestados pelas instituições bancárias passíveis de tributação.

Ainda que não se admitisse a interpretação extensiva da lista anexa à LC como referido, no caso, a atividade bancária exigida pela embargante (cf. CDA - fl.50) "***fornecimento de talão de cheque; emissão de cheques administrativos***" está descrita expressamente no item 96 da lista anexa, não deixando pairar qualquer dúvida sobre a incidência do ISSQN sobre essa conta.

Destaca-se, também, que as alterações implementadas no ISSQN, por força da Lei Complementar nº 116/2003, não se aplicam à espécie, pois os fatos geradores em exame ocorreram nos exercícios de 1997 a 1999, ou seja, antes da edição da referida LC federal.

Desse modo, tem-se pela legalidade e exigibilidade da cobrança do ISS sobre a atividade bancária "**fornecimento de talão de cheque; emissão de cheques administrativos**" pelo embargado.

'Permissa venia' entendo que merece prevalecer o entendimento esposado no voto vencido que reformou em parte a r. sentença para acolher parcialmente os embargos à execução fiscal (fls.355/356).

Ante o exposto, pelo meu voto, acolhem-se os embargos infringentes.

Acesso ao Sumário

Mandados de Segurança

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Mandado de Segurança nº 2145095-08.2015.8.26.0000, da Comarca de Osasco, em que é impetrante DIAS MARTINS S/A MERCANTIL E INDUSTRIAL, é impetrado EXMA. SENHORA DESEMBARGADORA RELATORA DA 6ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO.

ACORDAM, em 3º Grupo de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Denegaram a ordem. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 29.051)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores MAGALHÃES COELHO (Presidente), EVARISTO DOS SANTOS, LEME DE CAMPOS, COIMBRA SCHMIDT, SIDNEY ROMANO DOS REIS e REINALDO MILUZZI.

São Paulo, 15 de fevereiro de 2016.

MOACIR PERES, Relator

Ementa: MANDADO DE SEGURANÇA – Mandado de Segurança contra acórdão que deu provimento a agravo de instrumento – Esgotamento pelo Tribunal de sua competência para a análise da questão. Inexistência de decisão teratológica. Ordem denegada.

VOTO

Dias Martins S/A. Mercantil e Industrial impetrou mandado de segurança contra v. acórdão da Colenda 6ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo. A irresignação do impetrante é contra o provimento de agravo de instrumento que deferiu o levantamento, pela Municipalidade de Osasco, do valor depositado em pedido de sequestro de rendas.

Esclarece que, no ano de 2007, foi efetivado o sequestro de rendas, em razão do não pagamento de três parcelas anuais, correspondentes a 30% de precatório expedido. Afirma que a Municipalidade de Osasco interpôs vários recursos; dentre eles, foi impetrado mandado de segurança contra ato da E. Presidência que indeferiu o pedido de retorno do valor sequestrado. Assevera que a segurança foi denegada. Diz que o Colendo Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do recurso ordinário, reformou o v. acórdão. Contra a r. decisão

Acesso ao Sumário

foram opostos embargos de declaração, pendentes de julgamento. Sustenta que, antes do trânsito em julgado da decisão, a Colenda 6ª Câmara de Direito Público, dando provimento ao agravo de instrumento, deferiu o levantamento da quantia depositada. Assere que o ato é ilegal, pois afronta decisão anterior que determinava o bloqueio do valor sequestrado. Argumenta que se trata de medida excepcional. Cita doutrina favorável. Afirma que estão presentes os pressupostos para a liminar. Daí, pedir "a concessão de medida liminar no sentido de CANCELAR O ATO COATOR da E. Sexta Câmara de Direito Público, que não observou decisões anteriores dessa E. Presidência, de modo a restabelecer o bloqueio e suspender o levantamento dos valores sequestrados e depositados nos autos nº 0023010-96.1998.8.26.0405 da 6ª Vara Cível da Comarca de Osasco, até o julgamento final do RMS nº 37296 e da Repercussão Geral do Recurso Extraordinário nº 659172, e ao final seja concedido o *mandamus*, confirmando-se definitiva a liminar" (fls. 7, grifos no original).

Indeferida a liminar, foram solicitadas informações à autoridade impetrada, e intimada a Prefeitura Municipal de Osasco, para, querendo, se manifestar (fls. 83).

A Prefeitura Municipal de Osasco apresentou manifestação (fls. 90/98).

Vieram as informações da autoridade impetrada (fls. 135/136).

A douta Procuradoria Geral de Justiça deixou de oferecer manifestação (fls. 139/140).

É o relatório.

Trata-se de mandado de segurança, impetrado contra v. acórdão da Colenda 6ª Câmara de Direito Público deste Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, relatado pela ilustre Desembargadora Maria Olivia Alves, que deu provimento ao agravo de instrumento interposto pela Municipalidade de Osasco.

O v. acórdão atacado, reformando a r. decisão da magistrada de 1ª instância, fundamentou que não há razão para se aguardar o trânsito em julgado da decisão do Colendo Superior Tribunal de Justiça, assentando que, "apesar de a questão já ter sido apreciada pelo Superior Tribunal de Justiça, a decisão proferida ainda não foi cumprida, sob o argumento de ser necessário aguardar-se o trânsito em julgado. Contudo, é cediço que, quando uma decisão é proferida, a sua eficácia só não é imediata se ela for passível de impugnação por meio de um recurso dotado de efeito suspensivo. E este não é o caso dos autos. Consta do extrato obtido no site do Superior Tribunal de Justiça que, contra o acórdão que deu provimento ao Recurso Ordinário interposto pelo Município, a agravada opôs Embargos de Declaração, que ainda estão pendentes de julgamento (fls. 145/146). Entretanto, os Embargos de Declaração opostos não têm o condão de suspender a eficácia do v. acórdão (...). Assim, não é razoável que o Município

Acesso ao Sumário

aguarde por tanto tempo o julgamento dos Embargos opostos pela agravada, com valores depositados em juízo, oriundos de sequestro de rendas cuja ilegalidade já foi declarada pelo Col. STJ" (fls. 69/72).

Deve ser salientado que o mandado de segurança contra decisão judicial de segundo grau só é admissível em casos verdadeiramente teratológicos, o que, à evidência, não é o caso dos autos.

Ademais, "*quando o tribunal de segundo grau profere o seu julgamento, cuja decisão fica sujeita à jurisdição de outro tribunal, encerra-se a sua função jurisdicional, não lhe sendo lícito pronunciar-se sobre a matéria sobre a qual não mais tem competência*" (STJ – 4ª Turma, RMS 1.008-RJ, rel. Min. Sálvio de Figueiredo, j. 8.10.91, DJU 25.11.91, p. 17.077).

Ressalte-se, ainda, que a impetrante pretende transformar ação de mandado de segurança em substituto de eventuais recursos. Da decisão proferida pela Colenda 6ª Câmara de Direito Público cabe recurso específico (recurso especial ao STJ e extraordinário ao STF), sendo inadmissível a utilização da ação constitucional de mandado de segurança.

À evidência, havendo meio recursal hábil para o ataque às decisões judiciais, não pode a parte optar por outra medida para tal finalidade. Como bem assentado, "não cabe mandado de segurança contra ato jurisdicional passível de recurso ou correição" (Súmula 267 do Egrégio STF).

A exceção também não se aplica ao caso. A decisão judicial impugnada não se apresenta teratológica, em flagrante ilegalidade, a admitir a impetração do *mandamus*. Falta ao impetrante, pois, interesse processual.

Neste sentido, a jurisprudência:

"MANDADO DE SEGURANÇA – Impetração em face de acórdão proferido por Câmara do Tribunal de Justiça – Evidente idoneidade da via eleita para os fins colimados – Ordem não conhecida" (Mandado de Segurança nº 0170155-22.2012.8.26.0000, Rel. Des. Magalhães Coelho, j. 26.11.2012).

"MANDADO DE SEGURANÇA – Ação com objetivo de sustar acórdão, contra o qual não consta ter sido manejado o recurso apropriado aos Tribunais Superiores – Falta de condição da ação – Ausência do interesse de agir – Inicial indeferida – Processo extinto com fundamento nos artigos 5º, II, e 8º da Lei nº 1.533/51 e artigos 267,1 e VI, e 295, III, do CPC" (Mandado de Segurança nº 890.113-5/0-00, Rel. Des. Israel Goes dos Anjos, j. 24.8.2009).

Ante o exposto, denega-se a ordem (art. 6º, § 5º, da Lei nº 12.016/2009, c.c. art. 267, VI, do Código de Processo Civil). Custas na forma da lei. Incabível a condenação em honorários advocatícios (art. 25 da Lei 12.016/09).

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Mandado de Segurança nº 2251960-55.2015.8.26.0000, da Comarca de Cafelândia, em que é impetrante MUNICIPIO DE CAFELÂNDIA, é impetrado MM. JUIZ DE DIREITO DA VARA ÚNICA DE CAFELÂNDIA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 15ª Câmara de Direito Público 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 25.516)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores RAUL DE FELICE (Presidente) e ERBETTA FILHO.

São Paulo, 14 de março de 2016.

EUTÁLIO PORTO, Relator

Ementa: MANDADO DE SEGURANÇA – Extinção de ofício da execução fiscal pelo Magistrado por entender que a CDA é nula – Inadmissibilidade – Reconhecimento de ofício da nulidade das CDAs por ausência de fundamentação legal – Inexistência de defeitos nas CDAs a inviabilizar a execução – Cobrança fundamentada no Código Tributário Municipal – Atendimento aos pressupostos legais insculpidos nos art. 202 do CTN e § 5º do art. 2º da Lei 6.830/80 – Presunção de liquidez e certeza do título executivo – Segurança concedida.

VOTO

RELATÓRIO

Cuida-se de mandado de segurança impetrado pela PREFEITURA MUNICIPAL DE CAFELÂNDIA contra ato do MM. JUIZ DE DIREITO DA VARA ÚNICA DA COMARCA DE CAFELÂNDIA que rejeitou embargos infringentes interpostos contra sentença que extinguira execução fiscal por nulidade das CDAs.

Sustenta a impetrante o cabimento do mandado de segurança contra a decisão que rejeitou os embargos infringentes e que as CDAs preenchem os requisitos dos artigos 202 do CTN e 2º, § 5º, da Lei nº 6.830/80, inexistindo qualquer ilegalidade ou irregularidade, pois indicam expressamente a fundamentação legal dos tributos cobrados, qual seja, a Lei nº 1.008/66 (Código

Tributário Municipal), bem como dos acréscimos de multa e juros moratórios e atualização monetária. Assevera, ainda, que há possibilidade de substituição ou emenda da CDA.

Processado o mandado de segurança com o deferimento da liminar (fls. 40/41).

A douta Procuradoria Geral de Justiça deixou de apresentar manifestação, por entender que, em se tratando de direito individual disponível, a atuação do Ministério Público não se faz necessária (fls. 46).

Este é, em síntese, o relatório.

VOTO

Primeiramente, mister observar o cabimento do presente *writ* contra o ato judicial impugnado, pois, a despeito do que estabelece a Súmula 267/STF, a jurisprudência e a doutrina sempre aceitaram o uso do mandado de segurança contra decisão judicial, desde que esta fosse impugnada por recurso próprio, tempestivo e desprovido de efeito suspensivo e, ainda, fosse teratológica e afrontosa ao direito, suscetível de causar dano irreparável ou de difícil reparação (STJ - Acórdão: ROMS 11962/SP (200000457400) - 583022 - Recurso Ordinário MS - Min. Jorge Scartezzini - 4ª Turma - Julg. 26/10/2004, DJe 06/12/2004).

No caso em exame, torna-se possível o conhecimento do *mandamus*, também porque contra a decisão extintiva da execução foi interposto recurso de embargos infringentes, que não foram acolhidos, constituindo assim, a presente ação, remédio processual apto para a parte obter a inversão e/ou correção do direito aplicado.

Nesse sentido, a segurança há de ser concedida.

Com efeito, verifica-se no caso em tela que a execução fiscal foi extinta de ofício pela instância de origem sob o fundamento de nulidade das CDAs, "não havendo indicação de fundamento legal específico, valendo dizer que nenhuma lei é citada", bem como que "não há indicação do índice da atualização monetária".

No entanto, confrontando-se as CDAs de fls. 15/17 com as disposições legais que regulamentam tais títulos executivos, quais sejam, o art. 2º, § 5º, da Lei nº 6.830 e o art. 202 do CTN, não se verificam as nulidades apontadas.

Isto porque, nas CDAs há a descrição das exações, indicando que a cobrança se trata de IPTU, taxa de remoção de lixo e receita de água, com fundamentação legal na Lei nº 1008/66, Código Tributário Municipal de Cafelândia. Ademais, consta nas CDAs que a dívida está sujeita aos acréscimos de multa, juros moratórios e atualização monetária conforme Lei 2.730/2003.

Senão por isso, modernamente, não mais se adere à ritualística formal em detrimento da substância do ato, pois colidindo estes dois fatores, o segundo deve prevalecer sobre o primeiro. Em outros dizeres, a substância dos atos se sobrepõe

Acesso ao Sumário

em relação a eventuais defeitos formais, pois dentro de uma interpretação que leve em conta a efetividade do processo e o princípio da instrumentalidade dos atos, não tem mais espaço o formalismo exacerbado que em nada contribui para a aplicação da justiça.

Neste sentido tem-se inclinado a jurisprudência, ao iluminar as regras processuais com uma interpretação que leva em consideração o caráter instrumental e teleológico, afastando-se da exegese literal para se aproximar da "tese de que os requisitos formais que a lei impõe à Certidão de Dívida Ativa têm a finalidade precípua de identificar a exigência tributária e proporcionar meio ao executado de defender-se contra ela", conforme se pode observar em julgados do STF, colacionado por Humberto Teodoro Júnior.

O Ministro Castro Meira, no julgamento do AgRg no Ag 1153617/SC aplicou expressamente, o princípio da instrumentalidade dos atos, quando decidiu que "a existência de vícios formais na Certidão de Dívida Ativa apenas leva a sua nulidade se causar prejuízo ao exercício do direito de ampla defesa", sendo certo que não se deve exigir que se cumpram com rigor as formalidades, sem que esteja devidamente demonstrado o prejuízo havido com a preterição da forma.

Com isto, inexistindo argumento contundente apto a desbancar a legitimidade das CDAs, prevalece sua certeza e liquidez, atribuída pelo art. 3º da Lei 6.830/80 e art. 202 do Código Tributário Nacional.

Diante do exposto, concedo a segurança para anular a sentença proferida e possibilitar o prosseguimento da execução. Custas *ex lege*. Não há condenação em honorários (Súmula 512 do STF).

Acesso ao Sumário

SEÇÃO DE DIREITO CRIMINAL

Agravos em Execução Penal

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Execução Penal nº 7004178-14.2014.8.26.0637, da Comarca de Tupã, em que é agravante CLAUDEMIR NEPOMUCENO EVANGELISTA, é agravado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 16ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 24.736)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores GUILHERME DE SOUZA NUCCI (Presidente) e LEME GARCIA.

São Paulo, 1 de março de 2016.

OTÁVIO DE ALMEIDA TOLEDO, Relator

Ementa: UNIFICAÇÃO. Continuidade delitiva. Agravante condenado por 16 furtos diferentes, cometidos ao longo de um período de cerca de seis meses. Decisão recorrida que, de forma minuciosa, averigua as condições da prática de cada um dos delitos e explicita de forma inequívoca que se trata de caso de reiteração delitiva, eis que ausente o liame entre as condutas que demonstraria tratar-se de desdobramentos do mesmo ímpeto criminoso. Precedentes. Decisão acertada. Agravo improvido.

VOTO

1. Cuida-se de agravo em execução interposto por CLAUDEMIR NEPOMUCENO EVANGELISTA (RG...), amparado por Defensor Público do Estado, em face de decisão do MM. Juiz da Vara das Execuções Criminais da Comarca de Tupã, nos autos da execução nº 853.443.

Narra que CLAUDEMIR teria sido condenado por 17 crimes, sendo 16 deles furtos, todos praticados em circunstâncias que indicariam tratar-se de

Acesso ao Sumário

crime continuado. Destaca que ocorreram todos na pequena cidade de Bastos, com intervalo reduzido entre eles (em um período de cerca de seis meses) e com o mesmo *modus operandi*.

Insurge-se contra a decisão da MM. Juíza que indeferiu a unificação por considerar que se trata de caso de reiteração delitiva, não conseguindo detectar a unidade de desígnios entre os furtos.

Processado e contra-arrazoado o recurso, por ocasião do juízo de retratação, a r. decisão guerreada foi mantida por seus próprios fundamentos.

A douta Procuradoria Geral de Justiça ofertou parecer pela manutenção da decisão, considerando-a acertada.

É o relatório.

2. Voto pelo improvimento do agravo.

De início, cabe elogio à atuação da MM. Juíza, que apresentou minuciosa análise de cada um dos 16 crimes descritos pela defesa em sua decisão. Demonstrou esmero superior ao da defesa, maior interessada na comprovação da continuidade delitiva, que se limitou a elencar as datas dos crimes, a dizer que foram praticados na mesma cidade e a meramente alegar que tiveram o mesmo *modus operandi*, o que não é verdade.

A brilhante decisão esclarece tratar-se de caso evidente de reiteração delitiva, não havendo entre os vários furtos praticados por CLAUDEMIR qualquer indício de unidade de desígnios: os crimes mais recentes não foram praticados como desdobramento ou facilitados pelos pretéritos, mas revelam tratar-se de furtador profissional, flagelo da propriedade e tranquilidade dos cidadãos do Município.

O *decisum* que se pretende reformar analisa um a um os fatos criminosos que deram origem às guias de recolhimento e expõe a ausência de nexo entre eles. Há furto de bicicleta, de bens deixados no interior de um carro, furto de celular, com invasão de domicílio, contra criança, em loja, chácara e de um caminhão que estava sendo descarregado. O *modus operandi* não poderia ter sido mais variado.

O instituto da continuidade delitiva não é ficção jurídica para mera redução das penas de criminosos de intensa atividade, mas existe para reduzir a reprimenda imposta àquele que se vê estimulado a continuar conduta à qual já havia dado início, facilitado ou inspirado pelos primeiros delitos.

Assim, beneficiaria o funcionário de um mercado que subtrai pequenas quantias do caixa por diversos dias seguidos ou quem invadisse uma casa e pulasse seus muros laterais para alcançar os vizinhos. Recentemente, esta C. Câmara deparou-se com o caso de um indivíduo que furtou um carro para usá-lo, alguns dias depois, na subtração que praticaria em uma loja.

Acesso ao Sumário

Em todos esses exemplos, é claro notar que os crimes subsequentes são desdobramentos lógicos dos antecedentes, caso de reconhecimento da continuidade delitiva e redução da pena.

CLAUDEMIR, todavia, evidente criminoso de oportunidade, no curto prazo de seis meses, com alguns dias de intervalo, foi surpreendido praticando não menos de 16 furtos, das mais diversas formas. Fez do furto seu meio de vida e mereceu a punição que lhe foi imposta por cada delito, em concurso material.

A jurisprudência superior é compatível com o posicionamento que ora defendo, exigindo evidente liame entre as condutas que sugira a efetiva relação de continuidade, unidade de desígnios: "*Com efeito, a continuidade delitiva somente se configura quando as circunstâncias de modo, tempo e lugar da prática dos ilícitos apresentam relação de semelhança e unidade de desígnios, acarretando o reconhecimento do desdobramento da prática criminosa*." (STJ, HC 342020/SP, Min. Rel. Reynaldo Soares da Fonseca, 5ª Turma, julgado em 15/12/2015, v.u.).

De acórdão da Suprema Corte, podemos extrair posicionamento idêntico: "*Conforme revelado pelas instâncias anteriores, além do intervalo temporal entre os delitos de roubo, as diferenças circunstanciais na maneira de execução dos crimes, perpetrados contra vítimas diversas e em contextos fáticos distintos, denotam a inexistência de vínculo entre os delitos. Em verdade, não se apontou a unicidade de propósitos entre os crimes a justificar o reconhecimento da continuidade delitiva, mas, sim, hipótese de reiteração delitiva. Os delitos cometidos, cada qual executado a seu modo, são autônomos e distintos dos demais, sem qualquer liame ou entrelace entre as condutas, ao que se vislumbra nesta via estreita, a indicarem, as diferentes vítimas e a diversidade do modo de execução dos crimes, a habitualidade ou a reiteração criminosa que afasta o benefício da unificação das penas pela continuidade delitiva. [...] Assim, configurada a habitualidade delitiva ou a reiteração criminosa, a hipótese não é de manifesta ilegalidade ou teratologia conducente à concessão da ordem de ofício. Ante o exposto, voto pela extinção do presente habeas corpus sem resolução de mérito*" (HC 126587/SP, Min. Rel. Rosa Weber, 1ª Turma, julgado em 23/06/2015, p.m.v.).

3. Em face do acima exposto, pelo meu voto, nego provimento ao recurso de agravo em execução.

Acesso ao Sumário

Apelações

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0002180-20.2013.8.26.0588, da Comarca de São José do Rio Pardo, em que é apelante CARLOS ALBERTO DOMINCIANO CONTINI, 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: "Negaram provimento ao recurso. V.U." de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 36.857)**

O julgamento teve a participação dos Exmo. Desembargadores SÉRGIO COELHO (Presidente) e ELY AMIOKA.

São Paulo, 4 de fevereiro de 2016.

SOUZA NERY, Relator

Ementa: Roubo. Recurso que busca a absolvição. Impossibilidade. As provas dos autos não deixam dúvidas sobre o envolvimento do réu na empreitada criminosa. Manutenção da sentença condenatória.

VOTO

Inconformado com a r. decisão de primeira instância,[1] que o condenou pela prática de crime de roubo,[2] às penas de cinco anos e oito meses de reclusão,[3] mais quatorze dias-multa, **Carlos Alberto Dominciano Contini** apela em busca da absolvição. Subsidiariamente, requer redução das penas.[4]

O recurso foi regularmente processado, tendo recebido parecer desfavorável da douta Procuradoria Geral de Justiça.

É o relatório.

O réu foi condenado em razão de ter subtraído, juntamente com terceiros e mediante grave ameaça exercida com emprego de arma e restrição à liberdade das vítimas, sacas de café pertencentes à "F.S.C."

A condenação encontra suficiente lastro na evidência dos autos.

Tenha-se, desde o início, em mente ser inaceitável exigir, para a prolação

1 Fls. 255-262, Dra. Valéria Carvalho dos Santos, cujo relatório fica adotado.
2 CP, art. 157, § 2º (I), (II) e (V).
3 Regime inicial fechado.
4 Razões de recurso, 265-270.

Acesso ao Sumário

do édito condenatório, grau absoluto de certeza, condição incompatível com as limitações inerentes à natureza humana.

O acolhimento da pretensão punitiva é possível a partir de prova que, ainda que não conducente à certeza plena, afaste a presença de dúvida razoável. Para a condenação é suficiente a evidência que afaste dúvida significativa, seja a respeito da materialidade da infração, seja sobre a respectiva autoria.

É a prova que, consoante o direito norte-americano, conduza à certeza possível, *beyondanyreasonabledoubt*. Por isso, expressões como prova categórica, prova cabal, prova inconcussa e outras assemelhadas não constituem mais que eufemismo.

Sobre a questão, confiram-se a verdadeira pletora de julgados, de que uma pequena parcela é, aqui, referida exemplificativamente,[5] e em especial o primoroso artigo do eminente Desembargador Corrêa de Moraes, de saudosa memória, em Revista de Julgados do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo, 40:13.

Suficiente a embasar condenação penal é a evidência que, afastada dúvida razoável, conduza à formulação de juízo revestido de confortadora probabilidade de exatidão, tal como ocorre nos presentes autos. Senão, vejamos:

Com efeito:

São estas, em síntese, as provas produzidas em juízo e colhidas por meio audiovisual, consoante a r. decisão recorrida:

(1) A materialidade restou demonstrada pelos documentos de fls.3-5, 8-11, 18-22, 35-153 e prova oral colhida nos autos.

(2) A autoria também é certa. Policiais que atenderam a ocorrência informaram que ao chegarem ao local dos fatos, constataram que algumas vítimas estavam sendo mantidas reféns dentro de um quarto. Na oportunidade, um dos agentes foi detido, tendo os demais se evadido. Em investigações, constataram que um dos telefones utilizados na empreitada criminosa era do apelante, fato que afastou qualquer dúvida quanto à participação de Carlos no crime. De acordo com as investigações, Carlos foi contatado, via celular, pelo correu Edson, ocasião em que foi informado que as vítimas já estariam rendidas. Assim, já poderia chegar ao local com o caminhão, para subtração do café que havia na fazenda.

Esta C. Câmara tem seguidamente proclamado que a circunstância de ser policial a testemunha não afeta – positiva ou negativamente – o valor probante

5 TACrimSP, apelações ns. 1.350.223, 1.349.455, 1.348.791, 1.347.753. TJSP, apelações ns. 941.852, 945.877, 953.225, 977.076, 979.979, 1.050.504, 1.112.820; TJSP, Embargos de Declaração n. 993.07.039519-2/5; TJSP (SAJ), Apelação n. 990.08.044711-4, 990.08.093268-3, 990.08.124754-2, 990.09.157429-5, 990.09.163586-3, 990.09.328691-2, 993.08.015140-7; Apelações ns. 0003679-79.2008.8.26.0405, 0000092-26.2009.8.26.0272, 0005323-05.2008.8.26.0099, 0024489-60.2009.8.26.0625, 0256282-31.2010.8.26.0000, 0076039-39.2010.8.26.0050, 0000547-56.2011.8.26.0066, 0024981-18.2011.8.26.0161, 0107777-74.2012.8.26.0050.

Acesso ao Sumário

de sua palavra. Aprioristicamente, aquela condição funcional nem confere ao testemunho maior força persuasória nem o inquina de suspeição; afere-se-lhe o mérito e mede-se-lhe o grau de confiabilidade segundo os critérios ordinariamente aplicados.

Este é o entendimento da mais alta Corte de Justiça da Nação:

O valor do depoimento testemunhal de servidores policiais – especialmente quando prestado em juízo, sob a garantia do contraditório – reveste-se de inquestionável eficácia probatória, não se podendo desqualificá-lo pelo só fato de emanar de agentes estatais incumbidos, por dever de ofício, da repressão penal. O depoimento testemunhal do agente policial somente não terá valor, quando se evidenciar que esse servidor do Estado, por revelar interesse particular na investigação penal, age facciosamente ou quando se demonstrar – tal como ocorre com as demais testemunhas – que as suas declarações não encontram suporte e nem se harmonizam com outros elementos probatórios idôneos.

Nesse sentido:

O depoimento testemunhal do policial que atuou na ocasião do flagrante possui eficácia probatória, sendo certo que não se pode descartá-lo e deixar de considerá-lo como suporte da condenação, pelo simples fato de emanar de agentes estatais incumbidos da repressão penal.

Prova - Depoimento de policiais. Valor: a palavra dos policiais que participam da prisão, ou da diligência que resulta na localização dos bens roubados, deve ser analisada em conjunto com as demais provas e, em princípio, ser considerada sem nenhuma ressalva.

As vítimas informaram estarem no interior da residência, momento em que ali adentraram dois agentes armados e anunciaram o roubo. Eles trancaram as vítimas em um quarto. Por telefone, os agentes se comunicaram com os demais comparsas, dentre eles o réu, que se dirigiram ao local com um caminhão, para efetuarem a subtração de café.

As declarações da vítima, por partirem de pessoa insuspeita, constituem elemento seguríssimo de convicção, quando não contrariadas por outras evidências, merecendo, até prova em contrário, credibilidade.

A respeito, tenho reiteradamente decidido no sentido de que "em sede de crimes patrimoniais, o entendimento que segue prevalecendo, sem nenhuma razão para retificações, é no sentido de que a palavra da vítima é preciosa no identificar o autor do assalto".

A doutrina, como anotou o eminente hoje Desembargador Penteado Navarro, ao relatar a Apelação nº 882.591, do extinto Tribunal de Alçada Criminal do Estado, atribui à palavra da vítima idêntico valor.

Considere-se, ainda, que:

A vítima é sempre pessoa categorizada a reconhecer o agente, pois

Acesso ao Sumário

> sofreu o traumatismo da ameaça ou da violência, suportou o prejuízo e não se propõe acusar inocente, senão que procura contribuir - como regra - para a realização do justo concreto.
>
> A palavra da vítima, em caso de roubo, deve prevalecer à do réu, desde que serena, coerente, segura e afinada com os demais elementos de convicção existentes nos autos.
>
> No campo probatório, a palavra da vítima de um assalto é sumamente valiosa, pois incidindo sobre proceder de desconhecidos, seu único interesse é apontar os verdadeiros culpados e narrar-lhes a atuação e não acusar inocentes.
>
> Prova - Palavra da vítima. Valor: a palavra da vítima é de suma importância e deve predominar.

Da mesma forma, as qualificadoras restaram demonstradas pelas palavras das vítimas e testemunhas.

Assim, de rigor a condenação.

Penas bem dosadas, desmerecendo reparos.

A biqualificação do delito, por maior a reprovabilidade da conduta, a exigir resposta mais aguda do Juiz Criminal, e para que não se igualem situações díspares, o que afronta o princípio da individualização da pena, autoriza como de resto vem decidindo majoritariamente esta C. Corte, na conformidade, aliás, com o sufrágio do C. Supremo Tribunal Federal, a aplicação de fração superior à mínima de um terço.

Com o advento da Lei nº 9.426/96, que inseriu duas novas causas de aumento de pena no §2º, do artigo 157, do CP, as frações que podem servir de parâmetro ao aplicador da lei para tal majoração, em situações normais, devem ser redimensionadas, podendo-se, para tanto, adotar, apenas a título de referência, conforme o número de qualificadoras incidentes, a escala crescente seguinte: aumento de um terço (1/3), se presente uma qualificadora; de três oitavos (3/8), se presentes duas; de cinco doze avos (5/12), se presentes três; de onze vinte e quatro avos (11/24), se presentes quatro; e de metade (1/2), se presentes todas. Amplia-se, dessa forma, o espectro de frações possíveis de serem utilizadas pelo julgador, haja vista a existência atual de cinco causas de aumento.

Deve ser mantido o regime prisional imposto na sentença.

O regime inicial fechado é o único aplicável a autores de roubo, ainda que primários e independentemente do montante da pena imposta.

A respeito, confiram-se as Ementas Oficiais seguintes da antiga 7ª Câmara do extinto Tribunal de Alçada Criminal do Estado:

> Se a gravidade do roubo não é significativa e consequente – seja para justificar a prisão processual, seja para determinar o regime fechado, seja para qualquer outro efeito relevante – manda a coerência que se assemelhe a “gravidade” a uma irrealidade jurídico-penal. Se assim

Acesso ao Sumário

for, não se compreende a aplicação do critério da proporcionalidade cominativa ao roubo, convindo mais, do ponto de vista lógico, que se lhe impusesse sanção pecuniária. E só. (Habeas Corpus nº 354.728-1)

A volumosa casuística dos roubos praticados por condenados, que se encontravam sob regime semiaberto, mostra, ineludível e incontrastavelmente

, que os criminosos violentos devem ser mantidos no regime fechado até que se constelem evidências sólidas, apontando no sentido de escassa possibilidade de reincidência. (Apelação-Reclusão nº 1.183.025-6)

Roubo – Determinação do regime semiaberto – Afronta ao princípio da necessidade e suficiência (CP, art. 59) – Temeridade. Considerando-se um dado estatístico (sete em dez condenados abandonam o regime intermediário) e uma previsão lógica (o foragido retoma a agenda transgressiva) tem-se por certo e inelutável que a não imposição de regime fechado ao criminoso violento deixou de ser uma dúvida teórica para se reduzir a concreta temeridade. Em tais condições, a fixação do regime semiaberto apresenta- se desconforme ao art. 59 do Código Penal: não reprova nem previne suficientemente. Que eficácia reprovativa terá um regime de que o condenado zomba? Que eficácia dissuasiva há de ter uma tíbia condenação de que o virtual criminoso não faz caso e escarnece? (Apelação-Reclusão nº 1.205.473-2, j. em 28/9/2000)

Nesse sentido, tem se manifestado o Eg. Supremo Tribunal Federal:

Para a fixação do regime inicial do cumprimento da pena não se levam em consideração apenas os critérios objetivos do quantum dela, mas também a observância dos critérios previstos no artigo 59 do Código Penal, entre os quais se encontram as menções à personalidade do agente e às circunstâncias do crime. Habeas Corpus indeferido.

Mesmo tratando-se de réu primário, condenado a pena inferior a quatro anos de reclusão, nada impede - especialmente nos casos de assalto a mão armada - que o Juízo sentenciante fixe o regime prisional fechado para efeito de início de cumprimento da sanção penal imposta ao condenado. Habeas Corpus indeferido.

Nada há, assim, a reparar na r. decisão recorrida.

Destarte, pelo meu voto, proponho que se negue provimento ao recurso.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0002085-55.2010.8.26.0568, da Comarca de São João da Boa Vista, em que é apelante GUSTAVO LUIZ BRANDÃO, 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 apelo, vencido parcialmente o Relator sorteado que dava parcial provimento e excluía a indenização, permanecendo com o acórdão.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 24.822)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ALCIDES MALOSSI JUNIOR (Presidente sem voto), LOURI BARBIERO e GRASSI NETO.

São Paulo, 4 de fevereiro de 2016.

MARCO ANTÔNIO COGAN, Relator

Ementa: APELAÇÃO CRIMINAL – ALEGAÇÃO DEFENSIVA DE QUE O RÉU DEVE SER ABSOLVIDO DA IMPUTAÇÃO DA PRÁTICA DO DELITO, POR AUSÊNCIA DE PROVAS A INCRIMINÁ-LO.

CONDENAÇÃO ESTRIBADA NO ART. 155, § 2º, IV, DO CP.

CONJUNTO PROBATÓRIO ROBUSTO A INCRIMINAR A APELANTE NA FORMA RECEPCIONADA NO ÉDITO MONOCRÁTICO.

INDENIZAÇÃO À VÍTIMA QUE DEVE SER SUPRIMIDA.

Negado provimento ao recurso, com determinação.

VOTO

1 – Trata-se de apelação interposta em favor de Gustavo Luiz Brandão, que foi condenado ao cumprimento de pena corporal de dois anos e quatro meses de reclusão, em regime prisional inicial fechado, mais o pagamento de onze dias-multa, fixados no piso mínimo, por infração aos ditames do artigo 155, § 4º, IV, do Código Penal, sendo fixado, ainda, o valor de R$ 400,00 à título de reparação do dano a ser pago pelo réu à ofendida (fls. 139/143).

Aduz a Defesa do apelante que a r. sentença deve ser reformada, a fim de que ele seja absolvido, vez que negou a autoria da prática delitiva, que não foi comprovada, já que a vítima não presenciou o furto e as bicicletas foram recuperadas e, assim, não existe a segurança necessária para embasar a condenação (fls. 160/162).

O recurso foi contrarrazoado pelo doutor Promotor de Justiça, que pretende o seu desprovimento, e a manutenção da r. sentença, como proferida

Acesso ao Sumário

(fls. 164/166).

E a douta Procuradoria de Justiça, em r. parecer da lavra do doutor João Antônio Marchi, se pronunciou, também, pelo desprovimento do apelo defensivo (fls. 175/178).

Este, em síntese, é o relatório.

2 – No caso concreto, há que se negar provimento ao apelo.

A materialidade delitiva não foi objeto de questionamento recursal, e assim como a autoria do apelante na prática do furto a ele imputada, é certa.

Ouvido em declarações na fase policial (fls. 08/09), o apelante negou a prática do crime, asseverando que o adolescente G. havia furtado duas bicicletas, escondendo-as no bosque e, como lhe devia R$ 30,00, decidiu aceitar uma delas em pagamento dessa dívida. Informou que o adolescente praticou o furto sozinho, e trocou uma delas por drogas, tendo feito o mesmo com a que recebeu dele, entregando-a Daklson, que posteriormente a vendeu para "Mário da Bicicletaria".

Em Juízo, embora continuasse negando a autoria do furto, mudou o tom de seu discurso, para desta feita asseverar que conhece o adolescente G., e que realmente ele tinha "uma situação comigo, me devia dinheiro, mas eu não peguei nada, não fiz nada" (mídia de fl. 125). Disse que no dia dos fatos estava trabalhando, e foi à Delegacia prestar depoimento, quando foi "espancado pelo Delegado e por investigadores", mas nada tem a ver com os fatos, apresentando versão que não se coaduna sequer com a dinâmica do ocorrido na fase inquisitiva, já que foi ouvido como mero declarante em 30/11/2009 (fl.16), e somente foi indiciado em 14/06/2010, após investigação em que foram ouvidas todas as pessoas citadas, tanto pelo apelante, como pelo menor infrator.

E essas versões exculpatórias, totalmente divergentes entre si, não tem o condão de isentá-lo da responsabilidade penal pela prática do delito que lhe foi imputado, inclusive diante das palavras do menor infrator.

Assim é que G.V.P. (fl. 05) confessou amplamente o furto das bicicletas praticado em coautoria com o apelante, informando que ambos tinham conhecimento de que essas permaneciam na garagem da residência e, assim, para lá se dirigiram, e enquanto o acusado permanecia em observação, no lado externo, pulou a grade da casa e jogou as bicicletas para fora, e posteriormente, ambos venderam uma delas por R$ 90,00 para pessoa desconhecida, para comprarem drogas, enquanto a segunda permaneceu em sua posse, sendo devolvida à Delegacia na data em que foi ouvido.

Acesso ao Sumário

Em Juízo o menor confirmou a prática delitiva em coautoria com o apelante, apenas mudando o tom de seu discurso, para dizer que a ideia partiu do acusado, e que foi ele quem pulou o muro para consumar a subtração, o fazendo guarda-las em sua casa para, posteriormente, ir até o local buscar uma,

que vendeu a Jareder (fl. 98).

Jareder Morais Moreira confirmou ter adquirido a citada bicicleta por R$ 80,00, acreditando que fosse de origem lícita, até mesmo porque já conhecia o apelante desde antes, e por tal, confiou na sua promessa de que depois lhe entregaria a nota fiscal (fl. 97).

A vítima Patrícia Maria Magalhães Teixeira Nogueira Mollo disse que sentiu falta das bicicletas e, como o local onde essas ficavam era guarnecido por muro e portão, através das manchas neles observadas pode concluir que foram furtadas por alguém que pulou o referido muro. Acrescentou que um mês após a subtração foi procurada por policiais que localizaram a pertencente a seu filho, tendo suportado prejuízo, todavia, quanto à de sua sobrinha, não mais recuperada (fls. 95/96).

Assim, não há que se falar que a condenação se embasou tão somente em suposições, mas ao contrário, a prática do furto qualificado pelo concurso de agentes pelo apelante, foi amplamente demonstrada, sendo de rigor a sua condenação, como se deu em Primeiro Grau.

Há que se observar que as penas foram dosadas com benevolência, já fixadas as básicas no patamar mínimo, e foram exasperadas em apenas 1/6, mesmo diante da reincidência específica estampada na certidão de fl. 68, sendo que assim serão mantidas, diante da ausência de inconformismo ministerial.

E o regime prisional inicial fechado é o único que se mostra compatível com a forma de proceder do apelante, reincidente específico na prática de furto qualificado, e que se une a adolescente para invadir residência e despojar bens de seus moradores, tudo a demonstrar seu descaso para com a Justiça e ousadia extrema, a reclamar punição exemplar.

Fica mantida, porém, a indenização estabelecida a fl. 143, de R$ 400,00, com base no artigo 387, IV, do Estatuto Adjetivo, vencido nesse ponto o Relator sorteado, que não a concedia, entendendo que não foi embutida tal pretensão na denúncia, nem foi tema abordado em fase instrutória, o que causou surpresa à Defesa, sendo que, todavia, tal supressão não impede que seja pleiteada na esfera civil.

Isto posto, por maioria, nega-se provimento ao apelo ajuizado em favor de Gustavo Luiz Brandão. **Após o trânsito em julgado, deverá o MM. Juiz determinar a expedição de mandado de prisão em desfavor do condenado.**

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0003149-

Acesso ao Sumário

61.2009.8.26.0075, da Comarca de Santos, em que são apelantes VANDERLEI CARDOSO DE SÁ e HIGOR DIAS MOURA, 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: "1. negaram provimento ao recurso de VANDERLEI; 2. deram parcial provimento ao recurso de HIGOR para, mantidos os demais termos da condenação, readequar a sanção penal para 02 (dois) anos e 08 (oito) meses de reclusão, e 07 (sete) dias-multa. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 6.909)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores IVAN SARTORI (Presidente) e LUIZ ANTONIO CARDOSO.

São Paulo, 17 de fevereiro de 2016.

ZORZI ROCHA, Relator

Ementa: Apelação. Crime de roubo majorado tentado. Absolvição por insuficiência de provas. Impossibilidade. Materialidade e autoria demonstradas. Diminuição da pena-base. Não cabimento. Atenuação da pena pela menoridade relativa. Possibilidade quanto ao Réu HIGOR. Readequação da sanção penal. Afastamento da majorante. Impossibilidade. Demonstração segura da sua presença. Aplicação do patamar máximo de diminuição pela tentativa. Não cabimento. Diminuição proporcional ao percurso do "iter criminis". Modificação do regime prisional. Não cabimento. Substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos.

Impossibilidade. Não provimento ao recurso de VANDERLEI. Parcial provimento ao recurso de HIGOR.

Acesso ao Sumário

VOTO

Adotado o relatório já existente (fls.301), acrescenta-se que se trata agora de apelações da sentença de fls.301/307 que condenou cada um dos Réus, pela acusação do crime de roubo majorado tentado (artigo 157, § 2°, inciso II, c/c artigo 14, inciso II, ambos do Código Penal), às penas de 03 (três) anos, 01 (um) mês, e 10 (dez) dias de reclusão, em regime inicial fechado para VANDERLEI, e em regime inicial aberto para HIGOR, e 07 (sete) dias-multa, calculados no mínimo legal. Pretendem: ***1.*** VANDERLEI: a absolvição por insuficiência de provas, e subsidiariamente: ***a.*** a fixação da pena-base no patamar mínimo; ***b.***

a diminuição do agravamento aplicado pela reincidência; ***c***. o afastamento da majorante do concurso de agentes; ***d.*** a modificação do regime inicial para o aberto; ***e***. a substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos (fls.335/342); ***2.*** HIGOR: a absolvição por insuficiência de provas, e subsidiariamente: ***a.*** a fixação da pena-base no patamar mínimo; ***b.*** a atenuação da pena pela menoridade relativa; ***c.*** a diminuição máxima pelo reconhecimento da tentativa; ***d.*** a substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos (fls.316/322).

Os recursos foram regularmente processados, com resposta do Ministério Público pelo não provimento ao recurso de VANDERLEI, e pelo parcial provimento do recurso de HIGOR (fls.344/347).

A Procuradoria Geral de Justiça manifestou-se pelo não provimento do recurso de VANDERLEI, e pelo parcial provimento parcial do recurso de HIGOR (fls.353/356).

É o relatório.

Inconsistente o recurso de VANDERLEI, e convincente em parte o recurso de HIGOR, ambos analisados em conjunto.

A materialidade delitiva, à luz do artigo 157, § 2°, inciso II, do Código Penal, ficou comprovada pelo boletim de ocorrência (fls.06/07).

As autorias ficaram demonstradas.

Os Réus confessaram parcialmente os fatos na fase administrativa (VANDERLEI – fls.15/16; HIGOR – fls.10/12 e 44/45), oportunidade em que narraram os fatos de forma idêntica à dinâmica declarada pela vítima (fls.08/09 e fls.108/108vº); todavia, interrogados em Juízo, ambos se retrataram, dizendo que nada sabiam sobre os fatos (VANDERLEI – fls.243; HIGOR – fls.242).

Os Réus não foram reconhecidos diretamente pela vítima, mas a demonstração inequívoca da autoria decorre da análise global das provas.

A testemunha Jair, Policial Civil, narrou em Juízo (fls.118/118vº) que: ***1.*** VANDERLEI estava sendo investigado por outro crime, e seu telefone foi interceptado com autorização judicial; ***2.*** em um dos diálogos, VANDERLEI indicou a vítima desse caso para HIGOR, dizendo que ela mantinha dinheiro guardado em sua residência; ***3.*** VANDERLEI disse que esse dinheiro era proveniente de desvio de verba pública, e que a vítima não noticiaria esses fatos às autoridades; ***4.*** em outro diálogo, VANDERLEI confirmou que a tentativa de roubo na companhia de HIGOR foi frustrada.

No mesmo sentido é a narrativa judicial do Policial Civil André (fls.120) o qual acrescentou que VANDERLEI confessou informalmente os fatos.

E não há porque colocar em dúvida a palavra dos policiais.

O entendimento jurisprudencial majoritário tem convergido na direção

Acesso ao Sumário

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 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 prova produzida em Juízo ratificou integralmente aquela produzida na fase administrativa, e a Defesa não produziu nenhuma prova que pudesse infirmar a segura narrativa das testemunhas a qual adere com exatidão ao interrogatório extrajudicial dos Réus e às declarações uníssonas da vítima, sendo a condenação medida de rigor.

A majorante do concurso de agentes ficou amplamente demonstrada pela prova oral, encontrando compatibilidade também com a confissão extrajudicial dos Réus, de acordo com o previsto no artigo 197 do Código de Processo Penal.

Quanto aos pedidos subsidiários, apenas um daqueles formulados por HIGOR comporta acolhimento parcial.

A pena-base de ambos os Réus foi corretamente fixada em 1/6 (um sexto) acima do patamar mínimo em razão da conduta social e personalidade dos Réus. As Folhas de Antecedentes encartadas nos apensos próprios não serviram como base para caracterizar maus antecedentes especificamente, mas demonstram que ambos estão voltados para o envolvimento em crimes. Além disso, não fizeram prova de ocupação lícita ou demonstraram outro meio de vida que não o lucro fácil mediante a subtração da coisa alheia, sendo de rigor a manutenção do aumento aplicado em primeira etapa da quantificação.

Acrescente-se que VANDERLEI foi indevidamente beneficiado em primeira e segunda etapas da quantificação porque, além de possuir péssimos antecedentes (fls.23, 24, 27, 47 do apenso próprio), também é reincidente (fls.60/61), mantida a sanção penal na forma aplicada pela ausência de recurso do Ministério Público, ressaltando ser inócuo o pedido de diminuição do patamar de agravamento porque não aplicado.

Acesso ao Sumário

Quanto a HIGOR, em segunda etapa, em razão de sua menoridade relativa, comporta acolhimento o pedido de atenuação de sua pena, reconduzindo-a ao seu patamar mínimo.

O aumento em terceira etapa pela majorante do concurso de pessoas foi o mínimo, nada havendo para ser alterado.

Ainda na etapa final, a diminuição das penas de 1/2 (metade) pela tentativa foi branda e fica mantida porque ausente recurso do Ministério Público. Os Réus cogitaram o crime previamente por telefone, e praticaram todos os atos preparatórios e executórios, adentrando na residência da vítima em dupla, e deixando um terceiro agente do lado de fora para vigiar a movimentação da rua. A reação inesperada da vítima que, por sorte, conseguiu trancar a porta do quarto e fugir pela janela, gritando por socorro e alertando os vizinhos, foi ocasional, e não está ligada à falta de eficácia da conduta dos Réus. Ressalte-se que os Réus ainda tentaram arrombar a porta do quarto da vítima, demonstrando frieza e dolo extremamente violento. Agindo assim, os Réus avançaram completamente na execução do crime, e foram além, tentando arrombar a porta para chegar até a vítima que fugiu apavorada com a inesperada conduta.

Dessa forma, as penas permanecem inalteradas quanto a VANDERLEI, e, quanto a HIGOR, readequadas nos termos suso expostos, perfazem o montante definitivo de 02 (dois) anos e 08 (oito) meses de reclusão, e 07 (sete) dias-multa, calculados no mínimo legal.

No tocante aos regimes prisionais, nenhuma alteração pode ser feita. Quanto a VANDERLEI, reincidente, o regime inicial fechado decorre do previsto no artigo 33, § 3º, do Código Penal, e quanto a HIGOR, mantém-se o regime mais benéfico pela ausência de recurso do Ministério Público.

A substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos não é recomendada aos Réus que praticaram crime grave mediante o emprego de violência e grave ameaça, e, portanto, não preenchem os requisitos previstos nos incisos do artigo 44 do Código Penal.

Ante o exposto: ***1.*** nega-se provimento ao recurso de VANDERLEI; ***2.*** dá-se parcial provimento ao recurso de HIGOR para, mantidos os demais termos da condenação, readequar a sanção penal para 02 (dois) anos e 08 (oito) meses de reclusão, e 07 (sete) dias- multa.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0006162-17.2011.8.26.0037, da Comarca de Araraquara, em que é apelante LUCAS

GAVIÃO DE SOUZA NEVES, 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: "Deram parcial provimento ao apelo para reduzir a pena de LUCAS GAVIÃO DE SOUZA NEVES em sete (7) anos de reclusão, em regime semiaberto, cassada a indenização fixada, expedindo-se imediatamente mandado de prisão, observando-se a extinção da pena para que possa submeter-se a novos exames de habilitação. Determinando-se, preso, a imediata remoção do apelante ao regime semiaberto, independentemente da observância da ordem cronológica V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 27.796)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PINHEIRO FRANCO (Presidente sem voto), TRISTÃO RIBEIRO e SÉRGIO RIBAS.

São Paulo, 18 de fevereiro de 2016.

JOSÉ DAMIÃO PINHEIRO MACHADO COGAN, Relator

Ementa: Apelação Criminal. Homicídio. Pretensão de absolvição ao argumento de veredicto dos jurados manifestamente contrário à prova dos autos. Pedidos subsidiários de desclassificação para a conduta culposa, fixação das penas no mínimo legal, reconhecimento da circunstância atenuante da confissão espontânea, afastamento da indenização fixada a título de danos morais e direito de apelar em liberdade. Decisão dos jurados que encontra respaldo no conjunto probatório. Penas remodeladas. Regime mantido. Recurso parcialmente provido.

Acesso ao Sumário

VOTO

LUCAS GAVIÃO DE SOUZA NEVES foi condenado como incurso no art. 121, *caput*, do Código Penal, à pena de dezesseis (16) anos de reclusão, em regime inicial fechado, bem como ao pagamento de R$ 50.000,00 aos genitores da ofendida a título de valor mínimo para reparação de danos morais e inabilitação para dirigir veículo automotor e suspensão cautelar da permissão ou habilitação para dirigir veículos automotores (fls. 561).

Irresignado apela pretendendo a absolvição ao argumento de que a decisão dos jurados é contrária à prova dos autos. Subsidiariamente, a desclassificação para a conduta culposa, a fixação das penas no mínimo legal, o reconhecimento da circunstância atenuante da confissão espontânea, o afastamento da indenização

fixada a título de danos morais e o direito de apelar em liberdade (fls. 719).

Foi contrariado o reclamo e os autos subiram a esta E. Corte (fls. 731).

A D. Procuradoria de Justiça é pelo parcial provimento do recurso para reduzir a pena privativa de liberdade fixada (fls. 757).

É o relatório.

Consta dos autos que LUCAS GAVIÃO DE SOUZA NEVES, ora apelante, no dia 10/4/2011 por volta das 8:10 horas, na direção de veículo automotor e assumindo risco de produzir o resultado, matou CAROLINA MITTITIER e tentou matar ELIANA MARIA GOUVEIA MITTITIER e EDNA MARIA GOUVEIA, não consumando os delitos por circunstâncias alheias à sua vontade.

Segundo o apurado, o apelante conduzia o veículo GM/Corsa pela Avenida José Zillioli, alcoolizado, em velocidade excessiva, sem observar o sinal de parada obrigatória, quando invadiu a Avenida Maurício Galli, local de grande concentração de carros e pessoas e abalroou o veículo GM/Prisma onde estavam as vítimas.

A materialidade está comprovada pelas provas colhidas e pelos laudos periciais de fls. 70/71, 72/75 e 92/117.

Como se sabe, a decisão do Júri tem sua soberania garantida na Constituição Federal e somente não prevalece quando totalmente dissociada do conjunto probatório. É assim porque o artigo 593, inciso III, "d", do Código de Processo Penal, admite apelação das decisões do Tribunal do Júri quando o veredicto dos jurados for manifestamente contrário à prova dos autos. O advérbio manifestamente indica que a decisão não pode ser arbitrária, afastada totalmente das provas. Isso não ocorreu no caso em exame, onde foi proferida em perfeita consonância com o conjunto probatório.

E a decisão dos jurados não foi manifestamente contrária às provas; ao contrário, decidiram legitimamente, nos termos conferidos pelo Código de Processo Penal.

O apelante, em juízo e em Plenário, afirma que não se lembra do que ocorreu que deve "ter apertado o acelerador em vez do freio" e que na madrugada anterior estava numa festa de aniversário tendo ingerido bebida alcoólica (cerveja). Sustenta que o dono da festa, LEONARDO, pediu para que ele devolvesse no mercado uma "caixa de cerveja fechada que não coube no carro dele" (fls. 263 e 596).

A vítima ELIANA MARIA GOUVEA MITTITIER, afirmou que estava dirigindo seu veículo, com sua irmã no banco do passageiro e sua filha no banco de trás, que veio a falecer, quando o apelante bateu na lateral traseira de carro, em alta velocidade. Asseverou que a preferência de passagem era sua e que havia placa de parada obrigatória no sentido que vinha o veículo do apelante

Acesso ao Sumário

(fls. 182/186 e 596).

A vítima EDNA MARIA GOUVEA, irmã de ELIANA MARIA, afirmou que era passageira no veículo conduzido por sua irmã, sendo que no cruzamento da Avenida Mauricio Galli, foram atingidas na lateral do veículo pelo apelante e que a preferência era do veículo de sua irmã (fls. 176 e 596).

As testemunhas LUIS FABIANO MARCONDES (fls. 187 e 596), RODRIGO ANTONIO NUNES PADILHA (fls. 194), CARLOS ALBERTO DE OLIVEIRA (fls. 202 e 596) e BENEDITO LÁZARO PIRES (fls. 209 e 596), afirmaram que a preferência de passagem no local dos fatos era do veículo das vítimas que vinha da Avenida Mauricio Galli, e no sentido que o apelante dirigia havia sinalização de parada obrigatória. Asseveram que a batida foi muito forte e que não houve freada. Sustentam que o apelante afirmou que havia dormido ao volante e que não sabia o que tinha ocorrido. Relatam que o apelante falava "mole" e estava com "bafo de bebida".

Os policiais militares, FERNANDO DOS REIS MAURICIO (fls. 213 e 596) e JOÃO HENRIQUE MIELLI (fls. 220), afirmaram que a preferência de passagem era de quem vinha da Avenida Mauricio Galli e que havia sinalização no chão de parada obrigatória no sentido que o apelante dirigia, e que não havia sinais de frenagem no chão. Relatam que o apelante afirmou que estava voltando de uma festa e que havia dormido ao volante. Os policiais, ainda, afirmaram que o apelante estava com os olhos vermelhos, meio sonolento, com a voz pastosa, aparentando estar alcoolizado e que encontraram uma garrafa long neck no assoalho do veículo. O apelante recusou-se a realizar o teste do bafômetro, bem como o exame de extração de sangue para constatação do teor alcoólico.

As testemunhas da defesa GUILHERME ZEM (fls. 225 e 596), LEONARDO APARECIDO MOURA (fls. 233 e 596), DIOGO SCHIMIDT BRUNNER (fls. 240 e 596), CELIA MARIA CARDOSO (fls. 246), LUIZ DO CARMO CREDENCIO (fls. 251), MARCELO BONHOLI (fls. 254), LUIZ CARLOS DA SILVA (fls. 257 e 596) e ANA CLAUDIA GUERMANDI PADILHA DE SOUZA NEVES, mãe do apelante (fls. 596), nada esclareceram sobre os fatos.

Acesso ao Sumário

O certo é que, de fato, o apelante dirigia o veículo GM/Corsa em alta velocidade, sendo que sem frear seu veículo, cruzou a Avenida Mauricio Galli e bateu no veículo das vítimas, um veículo GM/Prisma, causando lesões em ELIANA e EDNA, e a morte de CAROLINE.

Restou claro, portanto, que não houve decisão contrária às provas dos autos, porque ficou bem provado que o apelante foi o executor do crime.

As provas dos autos são suficientes para demonstrar a intensidade do dolo eventual com que agiu o apelante.

Tudo isso demonstra, de forma irrefutável, que a decisão proferida pelo

Conselho de Sentença, ao contrário do sustentado pelo ilustre Defensor, encontra amplo respaldo nas provas. Os Jurados simplesmente optaram por uma das teses defendidas pelas partes em Plenário, como lhes era lícito fazer.

E os Jurados votaram afirmativamente quanto à materialidade e à autoria do homicídio doloso consumado em relação à vítima CAROLINA e absolveram o apelante da imputação do cometimento dos homicídios tentados em relação às vítimas ELIANA MARIA e EDNA MARIA (fls. 556/559).

Inocorreu, pois, decisão contrária à prova dos autos, sendo certo que o Conselho de Sentença optou pela versão que pareceu mais correta em conformidade com a prova dos autos.

Anota José Frederico Marques que:

"(...) decisão contrária ao texto expresso da lei especial "refere-se a qualquer preceito penal pelo que cabível e procedente será a revisão, quer no caso de ter sido violado o preceptum juris da regra incriminadora, como ainda atingido aquele que contenha a santio juris cominada. Tanto contraria a lei penal, a decisão que considera delituosa uma conduta atípica, como aquela que impõe ao condenado sanção penal não prevista para a infração praticada".

"Contrária à evidência dos autos, a sentença de condenação que desatende à real configuração dos fatos, por isso que se fundou em atos, ou eventos não suficientemente demonstrados, ou que, se fossem aglutinados com adequação, imporiam sentença absolutória, ou, pelo menos, sanção mais branda" (Elementos de Direito Processual Penal, volume IV, Forense, 1965, RJ, págs. 346/347).

Fica prejudicado o reclamo de permitir apelo em liberdade face o julgamento do Habeas Corpus nº 0209455-54.2013.8.26.0000 julgado por esta C. Câmara que, por unanimidade de votos, concedeu a ordem para revogar a prisão preventiva até o julgamento da Apelação Criminal, com as obrigações dos artigos 327 e 328, e as medidas cautelares do art. 319, incisos I e IV, todos do Código de Processo Penal, devendo comparecer mensalmente em Juízo, sob pena de revogação do benefício com expedição de alvará de soltura clausulado e compromisso de comparecer em juízo em 24 horas após a liberação para assinatura do termo de compromisso (Julgamento em 20 de março de 2014, acórdão registrado sob nº 2014.0000158981).

Também não há que se falar na desclassificação para a conduta culposa eis que tal pleito já foi objeto do Recurso em Sentido Estrito nº 9000319-15.2011.8.26.0037, tendo esta C. Câmara, por unanimidade de votos, negado provimento ao recurso, eis que a desclassificação do crime de homicídio doloso para homicídio culposo no trânsito, na forma do art. 302, da Lei 9.503/97, só pode ser levada a efeito quando não demonstrada a existência de dolo ainda

Acesso ao Sumário

que eventual (Julgamento em 15 de março de 2012, acórdão registrado sob nº 2012.0000100220).

Não se pode, a essa altura, afastar ou alterar a decisão posta a conhecimento dos jurados.

A dosimetria, todavia, merece reparo.

Embora seja o apelante primário e não ostente antecedentes criminais, face às graves consequências do seu agir, inclusive lesionando outros ocupantes do auto, que capotou, fixo as penas acima do mínimo legal em um sexto (1/6), a teor do art. 59, do Código Penal, eis que ceifou a vida de jovem estudante.

Suas penas resultam, portanto, em sete (7) anos de reclusão.

Não há que se falar no reconhecimento da circunstância atenuante da confissão, eis que o apelante admitiu a prática de homicídio culposo para atenuar sua responsabilidade penal. Ademais, a autoria sempre foi certa.

Fica mantida a imposição de inabilitação para dirigir veículo, a teor do art. 92, inciso III, do Código Penal, até o término do cumprimento da pena fixada, quando poderá novamente prestar exames para habilitar-se, posto ter sido condenado por homicídio doloso, não se aplicando o artigo 293, do Código de Trânsito Brasileiro.

Por fim, afasta-se o montante fixado para indenização, por se tratar de dano de difícil avaliação e poderá ser mais bem aferido através de liquidação no juízo cível, onde já corre ação própria.

Ademais, não se levou em consideração nenhum parâmetro efetivo para fixação do valor, nem se obteve a situação financeira do apelante.

Sendo primário é de se aplicar o regime semiaberto para cumprimento da pena, face ao *quantum* imposto.

Ressalte-se que o apelante chegou a ser preso, mas respondeu solto o processo e assim permanece inalterado, em razão de *habeas corpus* concedido por esta E. Câmara, até o julgamento deste apelo.

Fica fixado o período de extinção para que possa prestar novo exame para habilitação para dirigir veículo automotor.

Acesso ao Sumário

Isso posto, **dá-se parcial provimento ao apelo para fixar as penas de LUCAS GAVIÃO DE SOUZA NEVES em sete (7) anos de reclusão, em regime semiaberto, cassada a indenização fixada, mantida quanto ao mais a r. sentença recorrida. Expeça-se mandado de prisão , face à decisão do HC nº 126.292, julgado em 17/2/2016, removendo-se imediatamente após a prisão para o regime semiaberto.**

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0002141-55.2014.8.26.0663, da Comarca de Votorantim, em que é apelante V.M.V., é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 12ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "acolheram as duas primeiras preliminares suscitadas para anular o processo a partir de fl. 45, prejudicado o exame da questão remanescente e do mérito. Expeça-se alvará de soltura clausulado em favor do réu. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 31.030)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ANGÉLICA DE ALMEIDA (Presidente) e JOÃO MORENGHI.

São Paulo, 17 de fevereiro de 2016.

VICO MAÑAS, Relator

Ementa: Nulidade – citação por hora certa – modalidade ficta – processo não suspenso – ocorrência

Nulidade – réu preso não requisitado para audiência de instrução – cerceamento de defesa – ocorrência

VOTO

V.M.V. foi condenado pela MMª Juíza de Direito da Vara Criminal da Comarca de Votorantim a 03 (três) anos e 06 (seis) meses de reclusão, em regime inicial semiaberto, como incurso no art. 218-A, c.c. art. 226, II, ambos do Código Penal.

Preliminarmente, suscita nulidades que decorreriam do indeferimento de pedido de reabertura do prazo para oferecimento de defesa preliminar, da não requisição do apelante para audiência, embora preso, e da não observância do art. 212 do Código de Processo Penal. No mérito, pretende a absolvição, sustentando carência probatória. Subsidiariamente, busca a redução das penas por semi-imputabilidade.

Oferecidas as contrarrazões (fls. 135/141), a D. Procuradoria da Justiça opina pelo não provimento do recurso.

É o relatório.

Segundo a denúncia, aproveitando-se de ocasião em que estava sozinho no quarto com a filha menor de 14 (catorze) anos, o acusado teria se masturbado em frente à garota, que o observava. O ato foi flagrado pela esposa e confirmado pela menina.

Acesso ao Sumário

Havendo indícios de que o réu se ocultava, conforme relatado pelo oficial de justiça à fl. 39, acabou citado por hora certa em seu local de trabalho, consoante fls. 40/41. Novamente ausente, colega de serviço recebeu o mandado.

Ensina Guilherme de Souza Nucci que "a citação por hora certa é uma modalidade de citação ficta, tal como ocorre com o edital. Ora, se a finalidade do art. 366 é evitar a continuidade do processo, tendo em vista ter ocorrido uma forma de citação ficta (edital), dando ensejo a supor não ter o réu, verdadeiramente, conhecimento da demanda contra si ajuizada, o mesmo se deve fazer quanto à citação por hora certa. Note-se o disposto no art. 9º, II, do CPC: 'O juiz dará curador especial: (...) II – ao réu preso, bem como ao revel citado por edital ou com hora certa'. Estão equiparados, para efeito de proteção especial, os que forem citados por edital e por hora certa. No processo penal, com maior razão, não se pode dar prosseguimento à instrução, valendo-se de uma espécie de citação ficta" (*Código de Processo Penal Comentado*, 10ª ed., RT, São Paulo, 2011, p. 701).

Claro está, pois, que a Magistrada não poderia ter determinado o prosseguimento do feito sem a presença do acusado (fl. 45). Tratando-se a citação por hora certa de modalidade de citação ficta, impunha-se a suspensão do processo, nos termos do art. 366 do CPP. A retomada só poderia se dar a partir da informação de prisão do recorrente por outro motivo (fl. 57), com a intimação para apresentação da defesa preliminar.

Viável, portanto, o acolhimento do pedido de reabertura de prazo para oferecimento da peça. Consigne-se que acostada a defesa preliminar de fls. 48/49 pelo advogado dativo, antes de V. ser encontrado.

Mas não é só. Procedente outra preliminar arguida pelo apelante.

Com efeito, como estava preso na data da audiência em que inquiridas a vítima e a mãe dela, única prova oral colhida além do interrogatório ocorrido dias depois, deveria ter sido requisitado para o ato (fl. 60). Eventual interesse da menor e da testemunha em não depor na presença do réu, como previsto no art. 217 do CPP, não elide a providência, decorrente da garantia constitucional da ampla defesa. Afinal, ainda que o acusado estivesse fora da sala, o advogado dele poderia se socorrer para reperguntas.

Manifesto, assim, o cerceamento de defesa.

O princípio constitucional da ampla defesa, como é sabido, desdobra-se em duas garantias: a autodefesa e a defesa técnica.

A autodefesa significa a participação pessoal do acusado no contraditório, mediante a sua contribuição para a função defensiva. Divide-se no "direito de audiência" e no "direito de presença". Este consiste na possibilidade de o réu tomar posição, a todo momento, sobre o material produzido, comparecendo aos atos de instrução. Para tanto, deve ser devidamente intimado, quando solto, ou

Acesso ao Sumário

requisitado, quando preso.

A apresentação do encarcerado, para os atos do processo-crime a que responde, "é uma consequência dos princípios constitucionais que ao acusado garantem o direito de ampla defesa e o de contrariedade na instrução criminal, pois é certo que, presente o réu no ato de inquirição da testemunha, poderá ele esclarecer seu defensor acerca de um ou outro ponto do depoimento, ensejando, assim, a formulação de reperguntas explicativas" (RTJ 80/40).

Trata-se de disposição imperativa, cujo descumprimento acarreta a nulidade prevista no art. 564, IV, do estatuto processual penal, por omissão de formalidade essencial do ato (RTJ 66-72/73).

E essa eiva é de caráter absoluto e, portanto, insanável, com ofensa a preceito constitucional, que não se remedia pela preclusão (RTJ 79 -110/112).

Frente ao exposto, acolhem-se as duas primeiras preliminares suscitadas para anular o processo a partir de fl. 45, prejudicado o exame da questão remanescente e do mérito. Expeça-se alvará de soltura clausulado em favor do réu.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0000896-97.2009.8.26.0076, da Comarca de Bilac, em que é apelante PAULO HENRIQUE ZERI DE LIMA, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 8ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "NEGARAM PROVIMENTO ao apelo. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 3.332)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ALCIDES MALOSSI JUNIOR (Presidente), LAURO MENS DE MELLO e MARCO ANTÔNIO COGAN.

São Paulo, 18 de fevereiro de 2016.

ALCIDES MALOSSI JUNIOR, Relator

Ementa: PENAL. APELAÇÃO. APROPRIAÇÃO INDÉBITA QUALIFICADA EM RAZÃO DO EXERCÍCIO DA PROFISSÃO. ATIPICIDADE. INOCORRÊNCIA. MÉRITO. CONDENAÇÃO. CABIMENTO. RETENÇÃO DE VALORES

Acesso ao Sumário

DEMONSTRADA.

1) Atipicidade. *Não reconhecimento*. Dolo específico (*animus rem sibi habendi*) verificado. Apropriação de valores no exercício da profissão, fato este corroborado pelo próprio réu em juízo. Obrigação do mandatário em concluir o contrato, mesmo ciente da morte da mandante (artigo 647 do Código Civil). Princípio da boa fé que rege o direito privado contemporâneo. Dever fundado em ordem judicial. Herança. Princípio da *saisine*. Transmissão, desde logo, da herança aos herdeiros legítimos. Artigo 1.784 do Código Civil. *Tipicidade do crime do artigo 168, § 1º, III, do Código Penal reconhecida.*

2) Absolvição – Insuficiência de provas – *Descabimento*. Provas testemunhais e documentais aptas a formular o juízo condenatório. Contratação de honorários advocatícios para habilitação dos herdeiros, especificamente, não provada pelo réu. Retenção dos valores percebidos pela *de cujus* mostrou-se indevida, o que basta para caracterizar a apropriação indébita pelo procurador. Afastamento do artigo 386, VII, do Código de Processo Penal. Precedentes da C. 8ª Câmara Criminal do E. TJSP. Matérias constitucionais e legais apontadas para prequestionamento devidamente justificadas.

VOTO

VISTO.

Trata-se de recurso de "***APELAÇÃO CRIMINAL***", interposto pelo acusado **PAULO HENRIQUE ZERI DE LIMA**, contra sentença penal condenatória proferida pelo Juízo da Vara Judicial da Comarca de Bilac (publicada em 02 de dezembro de 2013 – fls. 329).

Segundo o descrito na inicial acusatória, o **apelante** foi denunciado, inicialmente, por infração ao artigo 168, § 1°, III, do Código Penal, porque, em 16 de julho de 2008, às 10h54min, valendo-se do exercício profissional como advogado, apropriou-se de coisa alheia móvel da qual tinha a posse ou detenção, pertencente então ao espólio de Olímpia Aníbal Pirani (v. cópia do extrato bancário da Caixa Econômica Federal, fls. 09), consistente em valores recebidos pela *de cujus*, a falecida Olímpia, desatendendo ordem judicial (fls. 1d/2d – denúncia recebida em 18 de fevereiro de 2010 – fls. 109). Esclarece

a Acusação que **Paulo** havia sido designado pelo sistema de assistência judiciária, mantido pela Ordem dos Advogados do Brasil (fls. 18), para defender os interesses de Olímpia em vida contra a autarquia do INSS (Instituto Nacional de Seguridade Social), pleiteando benefício de aposentadoria por invalidez em favor daquela (v. cópia da procuração *ad judicia*, fls. 16). Apesar de a ação ter sido julgada procedente na instância original, a autarquia recorreu da decisão. Entrementes, Olímpia faleceu. Ato contínuo, o E. Tribunal Regional Federal da 3ª Região determinou que o INSS procedesse à apuração dos valores atrasados devidos ao espólio de Olímpia, perfazendo, assim, o aporte total de R$ 16.209,54 (v. alvará de levantamento, fls. 10). **Paulo**, então causídico de Olímpia, foi instado pelo mesmo E. Tribunal Federal a habilitar os herdeiros de Olímpia: Álvaro Flaviano Pireni, Cláudio Aparecido Pireni, Fátima Regina Pireni, José Carlos Pireni, Maria da Conceição Pireni e Mariano Pireni. Após a expedição do antedito alvará de levantamento e seguidas as demais providências legais, **Paulo** deixou de repassar aos herdeiros o respectivo valor correspondente aos valores devidos.

Após o devido processamento, o **apelante** foi **condenado**, por incurso no artigo 168, § 1°, inciso III, do Código Penal, à pena de 01 (um) ano e 04 (quatro) meses de reclusão, inicialmente em regime **aberto**, e ao pagamento de 13 (treze) dias-multa, no valor unitário mínimo, com substituição da pena corporal nos termos do artigo 44 do Código Penal.

Pretende o apelante a **absolvição**, sendo fundamentos possíveis, a **atipicidade por ausência do dolo específico do crime** ou a **insuficiência de provas**; ou ainda, a **anulação** da sentença de 1º grau. Ademais, visa ao **prequestionamento** das matérias constitucionais e infralegais apresentadas pela douta Defesa, **explicitando-se as razões pelas quais haveria contrariedade a tais normas no r. *decisum* hostilizado** (fls. 336/346).

A sentença transitou em julgado para a Acusação em 25 de novembro de 2013 (certidão de fls. 333).

Contrarrazões a fls. 349/350, com parecer da douta Procuradoria Geral de Justiça pelo desprovimento do apelo (fls. 355/358).

É o relatório.

A apelação não comporta provimento.

A condenação é de rigor.

Não reconheço **atipicidade** na conduta do acusado.

Apesar das respeitáveis considerações argumentativas da Defesa, é preciso reconhecer que a configuração do crime de apropriação indébita em si mesmo exige a verificação do dolo específico, ou seja, o intuito de apropriar-se de **coisa alheia móvel**, de que detém a posse (*animus rem sibi habendi*), independentemente de prévios vínculos contratuais.

Acesso ao Sumário

Pelo que se dessume das razões recursais, pretende a Defesa utilizar a tese da prévia dissolução contratual do mandato, com estribo no artigo 682 do Código Civil (*mors omnia solvit*), enfatizando o caráter *intuitu personae* daquele contrato, para sustentar a **atipicidade** da conduta, quando em verdade, isto não se verifica no caso concreto. Conforme se observará no oportuno reexame das provas, constatou-se o propósito de assenhoreamento pelo acusado dos referidos valores obtidos com a ação previdenciária mencionada, a começar pela própria **confissão judicial**.

Sequer se mostraria possível afastar a causa de aumento em testilha, porquanto o levantamento dos valores feito pelo réu, mesmo depois da morte da mandante Olímpia, deu-se **em função do exercício da profissão de advogado**, estando, então, incumbindo do repasse de valores aos herdeiros da autora da ação, por ordem judicial, o que não ocorreu.

Portanto, para efeitos penais, a configuração do delito não padece de dúvidas, aperfeiçoando-se a conduta típica do artigo 168, § 1º, inciso III, do Código Penal, em todas as suas dimensões.

Ademais, mesmo dentro da lógica do direito privado, melhor sorte não socorre a Defesa.

Primeiro, por conta da contradição argumentativa sustentada ao longo do processo. Com efeito, a douta Defesa havia sustentado, nas alegações finais (fls. 308), a completa inexistência de vínculo contratual, de qualquer espécie, entre os herdeiros da mandante Olímpia e os ofendidos do crime, os herdeiros dela, concluindo que **Paulo, ora apelante**, os teria procurado para um acerto nunca aceito por aqueles (fato este não comprovado). Aliás, esta alegação pode ser, ao revés, entendida como uma admissão de seu intuito de não repassar os valores, apropriando-se deles ilicitamente.

Esta última observação foi enfatizada pelo douto Juízo *a quo*, segundo o qual "***ainda que se entendesse pela extinção do mandato com a morte da autora da ação beneficiária (Olímpia Aníbal Pirani), o fato é que a contratação de honorários advocatícios para habilitação de herdeiros não foi demonstrada nos autos, seja através de prova documental, seja através de prova oral***" (fls. 322).

Dessume-se dos autos, a propósito, que a r. sentença ora vergastada, tanto neste excerto, como em sua integralidade mesmo, atende adequadamente ao **princípio da motivação das decisões judiciais**, nos termos do artigo 93, inciso IX, da CR/88, perfeitamente preservado e não afrontado no caso concreto.

Por certo, o artigo 674 do Código Civil impõe ao procurador a obrigação de concluir o negócio, com base no **princípio da boa fé**, regente da contratualística moderna, embora ciente da morte do mandante, dentre outras possíveis situações.

E, diversamente do quanto se sustentou a fls. 308, seria completamente

Acesso ao Sumário

despiciendo estabelecer novo contrato de mandato com os herdeiros para tal fim: 1) porque a entrega dos valores provinha, em essência, de uma **ordem judicial** emanada do E. Tribunal Regional Federal da 3ª Região; 2) porque, pelo **princípio da *saisine***, a herança deve transmitir-se, desde logo, aos herdeiros legítimos, em razão de expressa determinação legal do artigo 1.784 do Código Civil.

Logo, não há que se falar em impossibilidade de execução do contrato, a despeito da resilição contratual provocada pela morte da mandante, a autora da ação previdenciária, Olímpia.

Urge reconhecer, em suma, a **tipicidade** do crime, portanto, afastando-se o pleito absolutório com fundamento no artigo 386, inciso III, do Código de Processo Penal. Eis as razões pelas quais não se poderia apontar qualquer vulneração, no r. *decisum* objurgado, ao teor do artigo 168 do Código Penal, nem ao artigo 386, inciso III, do Código de Processo Penal.

Há provas suficientes à condenação.

Como bem indicou o douto Juízo *a quo*, a **materialidade delitiva** encontra respaldo probatório no ofício de requisição para instauração de inquérito policial (fls. 02/12) e no relatório da autoridade policial (fls. 99/104), o qual sintetiza o bloco monolítico de provas orais, reiteradas em juízo, consistentes nos depoimentos dos herdeiros de Olímpia, todos confirmando, em síntese, que **Paulo** se apropriara da quantia recebida do INSS.

Fátima Regina Pireni (fls. 151) explicou que sua genitora Olímpia havia ajuizado uma ação de aposentadoria por invalidez contra o INSS e **Paulo** era seu advogado. Tendo a ação sido julgada procedente, gerou-se um crédito no valor de **R$ 16.209,00** (dezesseis mil, duzentos e nove reais), levantado pelo referido procurador.

Segundo Fátima, **Paulo** havia oferecido o repasse no valor inicial de **R$ 7 mil** (sete mil reais) e, após uma reunião com os irmãos dela na residência do advogado, a quantia de **R$ 8 mil** (oito mil reais) foi oferecida. Por fim, Fátima completou que "*até a presente data, o acusado não efetuou o pagamento do valor devido por ele à declarante e seus irmãos*".

Maria da Conceição Pireni (fls. 152) repetiu, em essência, as alegações da irmã Fátima. Acrescentou que soube no Fórum que ela e seus irmãos teriam direito à quantia total aproximada de **R$ 16 mil** (dezesseis mil reais), por isso, entrou em contato com o réu diversas vezes para cobrar o valor devido, "*mas ele sempre respondia que não tinha dinheiro no momento, mas que iria levantar o dinheiro e pagar a família*".

Cláudio Aparecido Pireni (fls. 153) apresentou depoimento coerente com as alegações de suas irmãs, atestando o inadimplemento do acusado e a apropriação indevida dos valores. Explicou que, após a reunião em que Paulo

Acesso ao Sumário

tentou dissuadir os herdeiros a aceitar a quantia de **R$ 8 mil** (oito mil), valor este recusado por todos, foi agendada uma nova reunião, à qual o réu não compareceu.

Álvaro Flaviano Pireni (fls. 154) e Mariano Pireni (fls. 194) reiteraram integralmente as alegações apresentadas por seus irmãos. Mariano destacou que **Paulo Henrique** pretendia entregar-lhes uma quantia muito abaixo do *quantum* devido. Como os herdeiros não aceitaram a proposta, deram àquele um prazo de 45 dias para solver o crédito, o que nunca ocorreu.

Além dos herdeiros de Olímpia, esses fatos também são confirmados pela testemunha de acusação, que também é advogado, Alexandre Marangon Pincerato (fls. 181). Noutro vértice, o depoimento da testemunha de defesa Hamilton Rufo Júnior, colhido pelo sistema audiovisual e encartado em mídia inicialmente ausente e só meses depois recuperada e trazida aos autos (fls. 375/376), não altera a compreensão do caso, pois este apenas foi colega de turma do réu na Faculdade de Direito, mas nunca militaram juntos na advocacia, raramente manteve contato com **Paulo** e, sobretudo, não tem o menor conhecimento dos fatos (fls. 376).

Nem mesmo o próprio acusado chegou a apresentar versão distinta sob o crivo do contraditório, vindo a **confessar integralmente**, em interrogatório judicial (fls. 299/300). Sendo indeclinável o valor probatório da confissão emitida pelo acusado (artigo 197 do Código de Processo Penal), é, no mínimo, ilógico pretender a absolvição com fundamento no artigo 386, inciso VII, do Código de Processo Penal, em instância recursal, razão pela qual se entende, não haver vulneração a tal dispositivo também.

Vale destacar, noutro giro verbal, que, entendendo como devida uma parte substancial daqueles valores (o réu confessou em juízo que havia acordado com Olímpia receber 20% do montante, fls. 300), haveria meios lícitos para realizar a "retenção" da quantia, como a ação de depósito. Ademais, sob a forja do contraditório, **Paulo** alegou dificuldades financeiras, o que não constitui, por certo, escusa legítima para a conduta. Na recalcitrância em apresentar o numerário devido a Olímpia e, posteriormente, ao espólio desta, dessume-se a intenção delitiva. O *animus rem sibi habendi* (intenção de ter a coisa para si) restou perfeitamente caracterizado.

Nesse sentido, há valiosos precedentes desta C. 8ª Câmara Criminal do E. Tribunal de Justiça:

> "*APROPRIAÇÃO INDÉBITA:* ***levantamento de depósito judicial por advogada em nome de cliente, não repassado a vítima – materialidade comprovada pelos documentos juntados aos autos – autoria****. (...)*" (TJSP, Apelação nº 0007700-48.2009.8.26.0572, Relator MM. Juiz Lauro Mens de Mello, julg. 19/03/2015, destaquei);
>
> *Apelação Criminal. APROPRIAÇÃO INDÉBITA - Art. 168, § 1º, III, do*

Acesso ao Sumário

*Código Penal. PRELIMINARES - Alegação de inépcia da denúncia - Inocorrência - Prefacial acusatória que descreve satisfatoriamente a conduta do agente e suas circunstâncias, em obediência ao art. 41 do Código de Processo Penal. Nulidade - Arguição de cerceamento de defesa, em razão de não ter a acusação arrolado testemunha supostamente responsável pelo delito ora em análise - Não acolhimento - Prova que incumbe a quem alega - Demais diligências requeridas alcançadas pela preclusão - Preliminares rejeitadas - **Pleito de absolvição sob o argumento de insuficiência probatória - Impossibilidade - Materialidade e autoria demonstradas - Réu que se apropriou de quantia em dinheiro pertencentes à vítima, em virtude da profissão que exercia - Consubstanciada a prática do ilícito penal - Conjunto probatório robusto a ensejar a condenação** - Pena e regime prisional corretos - Indenização nos termos do art. 387, IV, do CPP afastada (...) Recurso parcialmente provido.* (TJSP, Apelação nº 0422070-97.2010.8.26.0000, Relator Des. Camilo Léllis, julg. 17/10/2013, v.u., destaquei).

Como ambas as partes puderam usufruir fartamente das garantias do **contraditório** e da **ampla defesa**, indicando o réu testemunhas de defesa que não alteraram, substancialmente, o entendimento do caso (v. mídias, fls. 226 e 376), as provas são sólidas e robustas o suficiente para infirmar a tese defensiva. Logo, inviável sustentar-se afronta ao princípio do artigo 5º, incisos LIV e LV, da Lei Maior (devido processo legal e contraditório).

Note-se, por fim, conforme se depreende da certidão de objeto e pé de fls. 361/365, referente à ação de prestação de constas perante a Vara Única da Comarca de Bilac (autos nº 0000631-27.2011.8.26.0076), aquela ação (de prestação de contas), ajuizada pelos herdeiros de Olímpia contra o réu, **não** tem influência direta no resultado deste julgamento.

As penas estipuladas mostram-se adequadas, conforme se poderá analisar oportunamente, apesar da **transação** entre as partes no que toca à matéria patrimonial, com extinção daquele feito (fls. 365).

A independência eleita pelo sistema processual brasileiro entre as esferas penal e cível torna-as infensas a interferência recíproca nesse talante. Eventual excesso de execução dos herdeiros de Olímpia contra o réu deve seguir os trâmites próprios previstos perante a esfera competente, previstos no Código de Processo Civil.

A condenação é de rigor.

Não houve recurso da Acusação.

A dosimetria da pena é infensa a reparos, portanto.

Na lógica do modelo trifásico (artigo 68 do Código Penal), a pena-base foi fixada no piso legal, destacando-se a primariedade do acusado, já que "***as***

Acesso ao Sumário

circunstâncias do artigo 59 do Código Penal não lhe são desfavoráveis, não havendo motivos para fixação da pena-base acima do mínimo legal". Na regra da proporcionalidade, os 10 (dez) dias-multa seguiram-se no valor mínimo também (artigo 49, caput e parágrafos, do Código Penal).

Na fase intermediária, a pena permaneceu no mesmo patamar, apesar da confissão judicial, porquanto já estipulada no mínimo. Adequada a decisão, em vista da **Súmula nº 231** do C. Superior Tribunal de Justiça.

Por fim, na derradeira etapa da dosimetria da pena, inexistindo outros fatores técnicos, era imperativo o aumento da reprimenda, em razão da causa legal de aumento, à **fração de 1/3**, pelo fato de o réu ter cometido o crime no exercício da profissão.

Ao final, a pena foi fixada em 01 (um) ano e 04 (quatro) meses de reclusão, inicialmente em regime **aberto** (adequado, em vista da natureza não violenta do crime e da primariedade e demais atributos abonadores do réu), e pagamento de 13 (treze) dias-multa, no valor unitário mínimo.

Presentes, de fato, os requisitos do artigo 44 do Código Penal, a pena corporal foi substituída por duas penas restritivas de direitos, vale dizer, a prestação pecuniária às vítimas, no aporte de R$ 16.209,54 (dezesseis mil, duzentos e nove reais e cinquenta e quatro centavos), com atualização monetária e juros de mora de 1% (um por cento) ao mês a contar da data do delito – ao que tudo indica, já devidamente cumprida sob o prisma da execução penal, considerando-se a decisão judicial homologatória da transação entre o acusado e os herdeiros de Olímpia na esfera cível em **16 de abril de 2015** (fls. 365) – e pagamento de 26 (vinte e seis) dias-multa, no valor unitário mínimo, em acréscimo aos 13 (treze) dias-multa originalmente estipulados (fls. 324).

Nada obstante, isso implica o reconhecimento quanto ao cumprimento de uma das penas, de forma provisória, sem se alterar, porém, o resultado do próprio julgamento ou da dosimetria penal.

Inexistindo razões para reforma, em qualquer aspecto, da r. sentença de 1º grau, mantenho-a por seus próprios fundamentos.

Sobre o prequestionamento reclamado, cumpre consignar que não há necessidade do magistrado se manifestar expressamente sobre os pontos prequestionados, contanto que enfrente as questões jurídicas aplicáveis ao caso concreto, o que aqui foi feito. De qualquer maneira, se apontou, de forma expressa, avaliação dos pontos arguidos, deixando incontroversa a análise das questões específicas.

Do exposto, por meu voto, **NEGO PROVIMENTO** ao apelo.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0041523-53.2014.8.26.0114, da Comarca de Campinas, em que é apelante JEFFERSON WILLIAN DE JESUS RODRIGUES DE CARVALHO, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 16ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento em parte ao recurso, nos termos do v. acórdão. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 11.275)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores GUILHERME DE SOUZA NUCCI (Presidente), LEME GARCIA e OSNI PEREIRA.

São Paulo, 23 de fevereiro de 2016.

GUILHERME DE SOUZA NUCCI, Relator

Ementa: Apelação. Furto duplamente qualificado. Pleito de afastamento da qualificadora relativa ao rompimento de obstáculo. Necessidade. Ausência de laudo pericial. Inaplicabilidade do art. 167 do CPP. Possibilidade de ser a prova pericial suprida pela testemunhal quando for impossível a realização da perícia, não se prestando para suprir a inépcia do Estado. Qualificadora afastada.

Pleito de incidência do privilégio. Consideração do valor do bem subtraído em conjunto com o prejuízo causado no local dos fatos. Somatória que ultrapassa um salário mínimo. Apelo parcialmente provido.

VOTO

Pela sentença de fls. 76/80, proferida em 19/01/2015 pelo MM. Juiz de Direito, Dr. Matheus Barbosa Pandino, da 6ª Vara Criminal de Campinas, JEFFERSON WILLIAN JESUS RODRIGUES CARVALHO foi condenado às penas de 2 anos e 6 meses de reclusão, em regime inicial aberto, e pagamento de 15 dias multa, dando-o como incurso no art. 155, § 4º, I e IV, do Código Penal. A privativa de liberdade foi substituída por duas restritivas de direitos, consistente em prestação de serviços à comunidade e prestação pecuniária de um salário mínimo destinado a entidade assistencial.

Irresignada, a defensoria do réu maneja recurso de apelação, requerendo

Acesso ao Sumário

o afastamento da qualificadora relativa ao rompimento de obstáculo e o reconhecimento do privilégio (fls. 86/93).

O Ministério Público se bateu pelo acerto do *decisum* (fls. 101/103) e a Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo improvimento ao apelo (fls. 113/117).

É o relatório.

Inexistindo insurgência contra a conclusão condenatória, passo a apreciar os pleitos defensivos.

Segundo restou apurado, o apelante, juntamente com outro indivíduo não identificado, passavam pelo local dos fatos e resolveram subtrair os pneus de um veículo Fiat/Punto, estacionado na via pública. Após quebrarem o vidro traseiro do automóvel, subtraíram o estepe e a roda traseira.

Contudo, a conduta criminosa foi observada por um transeunte, o qual informou à vítima as características pessoais dos agentes.

Sustenta o defensor do apelante não ser possível a manutenção da qualificadora referente ao rompimento de obstáculo ante a ausência de laudo pericial.

Neste ponto, razão assiste ao causídico.

Isto porque a inépcia do Estado em proceder rapidamente à perícia não poderá, em qualquer hipótese, prejudicar o acusado.

O art. 167, segundo o qual a prova pericial pode ser suprida pela testemunhal, deve reservar-se às hipóteses nas quais o agente oculta os vestígios ou quando, por motivos deveras relevantes, não seja possível a realização da perícia.

Não se presta, portanto, a suprir a omissão do poder público.

Desta feira, deve ser afastada a qualificadora relativa ao rompimento de obstáculo.

Em seguida, o privilégio não deve ser reconhecido.

Embora ambos os pneus subtraídos tenham sido avaliados em R$ 500,00, valor este inferior ao salário mínimo vigente à época dos fatos, faz-se necessário a consideração de todo o prejuízo causado à vítima.

No caso dos autos, além dos pneus, deve-se também considerar o prejuízo sofrido com a substituição do vidro quebrado.

Com isto, o valor ultrapassa o salário mínimo vigente, motivo pelo qual tenho por inviável a incidência do privilégio.

Passo à análise das reprimendas.

Na primeira fase da dosimetria foram valoradas negativamente a pluralidade de circunstâncias qualificadoras e os antecedentes do réu, sendo a básica posta em 3 anos de reclusão.

Acesso ao Sumário

Contudo, conforme exposto acima, estando afastada a qualificadora do rompimento de obstáculo, reduzo a pena-base para 2 anos e 6 meses de reclusão.

Na segunda fase, em virtude da confissão, a pena deve se reduzida em 1/6, tornando-se definitiva em 2 anos e 1 mês de reclusão, e pagamento de 11 dias-multa.

Por fim, foi fixado o regime aberto e substituída por duas restritivas de direitos, tudo a desmerecer reparos.

Ante o exposto, pelo meu voto, dou parcial provimento ao apelo defensivo para afastar a qualificadora referente ao rompimento de obstáculo e fixar as reprimendas em 2 anos e 1 mês de detenção e pagamento de 11 dias-multa, mantendo-se, no mais, a r. sentença atacada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0019823-59.2014.8.26.0554, da Comarca de Santo André, em que são apelantes WESLEY ROBSON FERNANDES e CELSO SANTOS DA SILVA, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 4ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 15.507)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores IVAN SARTORI (Presidente sem voto), EDISON BRANDÃO e EUVALDO CHAIB.

São Paulo, 23 de fevereiro de 2016.

CAMILO LÉLLIS, Relator

Ementa: APELAÇÃO CRIMINAL – Desacato – ABSOLVIÇÃO – Descabimento – Crime que não conflita com a CF/88 nem com a Convenção Americana de Direitos Humanos (Decreto 678/92) – Direito à liberdade de pensamento e expressão que não é absoluto, não podendo ser invocado para desprestigiar a Administração Pública – Materialidade delitiva e autoria devidamente comprovadas pela prova oral – Dolo evidenciado – Depoimentos de agentes públicos – Validade – Embriaguez voluntária que não exclui a imputabilidade penal – Condenação mantida –

Acesso ao Sumário

Penas criteriosamente fixadas – Regime semiaberto adequado, considerando a reincidência – Inviável a substituição ou a suspensão da pena – Sentença mantida – Recurso desprovido.

VOTO

Vistos.

Pela r. sentença a fls. 113/119, **Wesley Robson Fernandes** e **Celso Santos da Silva** foram condenados às penas de 08 meses e 05 dias de detenção, em regime semiaberto, ambos como incursos no art. 331 do Código Penal.

Inconformados, apelam os réus em busca da absolvição. Alegam que a conduta é atípica, pois o crime não foi recepcionado pela Constituição Federal ou porque teve sua eficácia paralisada pela vigência da Convenção Americana de Direitos Humanos. Sustentam, ainda, que não houve dolo e que as provas carreadas aos autos são insuficientes para embasar a condenação. Subsidiariamente, postulam o afastamento da majoração da pena-base e a substituição da reprimenda privativa de liberdade ou a aplicação do "sursis" (fls. 134/142).

Contrariado o recurso (fls. 145/147), subiram os autos, tendo a douta Procuradoria Geral de Justiça opinado pelo desprovimento do apelo (fls. 152/160).

É o relatório.

De início deve ser rechaçada a tese de que o crime de desacato não encontra guarida constitucional.

Por primeiro, não se desconhece a proteção insculpida no art. 5º, XI, da CF que assegura ser "*livre a expressão da atividade intelectual, artística, cientifica e de comunicação, independentemente de censura ou licença*".

Nem se ignora que a liberdade de pensamento e expressão foi reforçada no art. 13 da Convenção Americana sobre os Direitos Humanos, promulgada pelo Decreto n° 678/1992, segundo o qual "*Toda pessoa tem direito à liberdade de pensamento e de expressão. Esse direito compreende a liberdade de buscar, receber e difundir informações e idéias de toda natureza, sem consideração de fronteiras, verbalmente ou por escrito, ou em forma impressa ou artística, ou por qualquer outro processo de sua escolha*." (art. 13.1).

Cumpre frisar, contudo, que o direito à liberdade de expressão (assim como os demais direitos fundamentais) não é absoluto, vale dizer, pode sofrer limitações e restrições, desde que de caráter excepcional.

A propósito, confira-se o posicionamento do Pretório Excelso:

"PROCESSO PENAL. PRISÃO CAUTELAR. EXCESSO DE PRAZO.

Acesso ao Sumário

CRITÉRIO DA RAZOABILIDADE. INÉPCIA DA DENÚNCIA. AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA. INOCORRÊNCIA. INDIVIDUALIZAÇÃO DE CONDUTA. VALORAÇÃO DE PROVA. IMPOSSIBILIDADE EM HABEAS CORPUS.

(...) 6. ***Na contemporaneidade, não se reconhece a presença de direitos absolutos, mesmo de estatura de direitos fundamentais previstos no art. 5º, da Constituição Federal, e em textos de Tratados e Convenções Internacionais em matéria de direitos humanos. Os critérios e métodos da razoabilidade e da proporcionalidade se afiguram fundamentais neste contexto, de modo a não permitir que haja prevalência de determinado direito ou interesse sobre outro de igual ou maior estatura jurídico-valorativa****. 7. Ordem denegada."* (HC 93250/MS, 2a Turma, Rel. Min. Ellen Gracie, DJe 27.06.2008).

"EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. OMISSÕES. INEXISTÊNCIA. DEVIDO PROCESSO LEGAL E AMPLA DEFESA. VIOLAÇÃO. OFENSA REFLEXA. SUPREMACIA DO INTERSSE PÚBLICO. LIMITAÇÕES. POSSIBILIDADE. ARTIGO 37, CAPUT, CB/88. OFENSA INDIRETA. ARTIGO 92, § 2º, LC N. 53/01 DO ESTADO DE RORAIMA. APRECIAÇÃO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. 1. As alegações de desrespeito aos postulados da ampla defesa e do devido processo legal consubstanciam ofensa reflexa à Constituição do Brasil, circunstância que não viabiliza o acesso à instância extraordinária. Precedentes. ***2. Inexistem garantias e direitos absolutos. As razões de relevante interesse público ou as exigências derivadas do princípio de convivência das liberdades permitem, ainda que excepcionalmente, a restrição de prerrogativas individuais ou coletivas. Não há, portanto, violação do princípio da supremacia do interesse público.*** *3. Eventual ofensa ao caput do artigo 37 da CB/88 seria apenas indireta, vez que implica o prévio exame da legislação infraconstitucional, não permitindo a interposição do apelo extremo. 4. A questão referente à suposta inconstitucionalidade do artigo 92, § 2º, da Lei Complementar estadual n. 53/01 não foi argüida perante as instâncias precedentes, o que impede sua apreciação por este Tribunal. Agravo regimental a que se nega provimento."* (RE 455283/RR, 2ª Turma, Rel. Min. Eros Grau, DJ 05.05.2006).

Nessa toada, não se vislumbra a aventada incompatibilidade material entre o delito de desacato e a Constituição Federal.

Tal crime tem por escopo a proteção do respeito, do prestígio da função pública, assegurando, por consequência, o regular andamento das atividades administrativas, no qual figura como sujeito passivo não apenas o Estado, mas

Acesso ao Sumário

também o servidor maculado na sua honra profissional (vítima secundária)[1].

Do sopesamento resultante do conflito desses dois princípios, pois, não há como, tolerar, escudada no direito à livre expressão, manifestações verdadeiramente afrontosas ao prestígio da Administração Pública, desacompanhadas da respectiva responsabilidade penal.

Em outros dizeres, é perfeitamente permitida a crítica, ainda que exacerbada, sobre os atos da Administração Pública, externando pensamentos que lhe são contrários e desfavoráveis; referido direito, afinal, é um dos pilares sustentadores do Estado Democrático de Direito.

O que não pode ser aceito; todavia, são manifestações acintosas com o nítido propósito de humilhar, menoscabar, menosprezar o servidor (desacreditando, por consequência, a própria função pública), como no caso dos autos, sob o manto de se validar o desproporcional exercício da liberdade de expressão em nítida violação de direitos da mesma envergadura.

Saliente-se que a própria Convenção Americana prevê em seu art. 13.2 que:

> *"2. O exercício do direito previsto no inciso precedente não pode estar sujeito a censura prévia, mas a responsabilidades ulteriores, que devem ser expressamente fixadas pela lei e ser necessárias para assegurar:*
>
> *a. o respeito aos direitos ou à reputação das demais pessoas; ou*
>
> *b. a proteção da segurança nacional, da ordem pública, ou da saúde ou da moral públicas".*

Não prospera, portanto, a alegação da combativa defesa.

Nesse sentido, confira-se, também, o seguinte julgado deste egrégio Tribunal de Justiça:

> *"Habeas Corpus – Crime de desacato – Alegada derrogação do tipo penal pela Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de San José. Não ocorrência. Ordem denegada"* (Habeas Corpus nº 2182246-08.2015.8.26.0000, 9ª Câm. Crim., Rel. Souza Nery, j. 05.11.2015).

Superada tal questão, passa-se à análise do mérito, propriamente dito.

A imputação é a de que, no dia 20 de setembro de 2014, por volta das 11h30, na Rua das Hortências, nº 1.200, Vila Helena, comarca de Santo André, os apelantes desacataram os policiais militares Douglas Penteado e Fernando Rigueti do Amaral, no exercício da função.

Narra a denúncia que os réus visualizaram os policiais militares na viatura e, visando a menosprezá-los, gritaram que "iriam matar os policiais" e os xingaram com diversos insultos, dentre eles: "cuzão". Na sequência, os acusados foram abordados pelos policiais militares e novamente reiteraram as

1 Manual de Direito Penal, Parte Especial, Rogério Sanches Cunha, Editora JusPODIVM, 7a, ed., 2015, p. 776.

Acesso ao Sumário

ofensas. Desta maneira, eles foram conduzidos ao distrito policial.

A materialidade delitiva está comprovada pelo auto de prisão em flagrante (fls. 02/03) e boletim de ocorrência (fls. 13/17), tudo em consonância com a prova oral.

Por seu turno, a autoria é induvidosa.

Silentes em solo policial (fls. 08/09), os apelantes negaram a prática dos fatos em juízo (mídia a fls. 128).

Celso alegou que estavam embriagados e, em determinado momento, começaram a discutir entre si. A mãe do interrogado surgiu e, então, os acusados decidiram ir a outro local. Ambos estavam alterados e passaram pelos policiais, momento em que foram interpelados e agredidos por eles. Em nenhum momento, proferiram xingamentos contra os policiais.

Wesley disse que estava com o corréu, voltando da balada e alcoolizados. Estavam discutindo entre si e xingando um ao outro, quando foram abordados pelos policiais. Os xingamentos não foram direcionados aos policiais.

Tais negativas foram infirmadas pelo conjunto probatório.

A vítima Fernando narrou que estava com seu parceiro parada na rua, quando os acusados passaram e, sem qualquer motivo aparente, xingaram-nos de "assassinos de farda", "cuzão", "filhos da puta", dizendo, ainda, que "iriam matar polícia". Por tal motivo, houve a abordagem dos apelantes, os quais, indagados a respeito, repetiram as ofensas, sendo necessário o uso de força moderada para contê-los (mídia a fls. 128).

No mesmo sentido, as palavras da vítima Douglas, ouvida somente em sede policial (fls. 06).

Neste ponto, não consta nos autos qualquer prova de que as vítimas quisessem injustamente incriminar os apelantes, inexistindo, assim, motivos para que não se dê crédito às suas palavras.

Já Ressureição dos Santos, genitora de **Celso**, afirmou que não houve agressão por parte dos policiais, o que infirma o quanto alegado pelo seu próprio filho **Celso** (mídia a fls. 128). De outra banda, embora Ressureição tenha dito que não ouviu os xingamentos feitos aos policiais, essa versão conflita com o quanto narrado na fase extrajudicial, ocasião em que asseverou que os acusados os ofenderam, "mesmo depois de diversas tentativas dos policiais em acalmá-los" (fls. 07).

Logo, diante dos elementos de convicção coligidos, não há que se cogitar absolvição por insuficiência probatória.

Inatendível, de igual modo, a alegação de ausência de dolo.

Primeiramente, é sabido que a embriaguez voluntária ou culposa não exclui a imputabilidade penal, nos termos do art. 28, II, do Código Penal.

Acesso ao Sumário

Ademais, o fato de os acusados estarem embriagados não descaracteriza o desacato, pois essa condição não dá ao cidadão o direito de ofender impunemente funcionário público no exercício de sua função. Admitir tal comportamento seria descriminalizar a intenção de insultar, pois nenhum indivíduo normal dirige ofensa a outrem sem que de alguma forma se encontre contrariado em seus interesses pessoais.

Neste sentido, já julgou esta Colenda Câmara de Direito Criminal:

"O réu tentou, sem êxito, legitimar a conduta, invocando estado de embriaguez, mas tal exculpa não o torna isento da pena, uma vez que voluntária e preordenada, não decorrente de força maior ou caso fortuito.

A este teor, quem ofende a milicianos incide, invariavelmente, nas penas do art. 331 do Código Penal, não exculpando o fato de estar embriagado, exaltado ou nervoso.

Isto porque, a se tolerar, em pessoas nessas condições direito de humilhar, por palavras ou ações, impunemente, o funcionário público no exercício da sua função ou em razão dela, estar-se-á dando azo ao surgimento de balburdia intransponível na conceituação do crime de desacato, mesmo porque nenhum indivíduo normal busca desprestigiar, humilhar ou ofender outrem sem que se encontre contrariado em seus interesses e, portanto, fora de seu estado normal.

O núcleo do tipo é o verbo desacatar que significa ofender, humilhar, agredir ou desprestigiar. O recorrente insultou a policiais que cumpriam o estrito dever legal. O crime, pois, está configurado porque insultar vítima, dirigindo-lhe palavra de insulto, configura desacato (RT 524/363, 530/414, 540/352, 580/408 e 711/340).

O tipo incriminador não exige ânimo calmo, de maneira que estado de exaltação ou cólera não excluem elemento subjetivo, mesmo porque o dolo é apenas genérico (RT 304/478, 327/397, 388/275, 393/347, 401/289, 417/285, 445/413, 467/382, 699/315 e 727/528)." (Apelação nº 0000034-43.2010.8.26.0060, Rel. Euvaldo Chaib, j. em 03.02.2015).

Vislumbra-se, portanto, que o "animus" dos acusados foi direcionado a desprezar e diminuir os agentes enquanto servidores públicos, no exercício de suas funções.

No mais, descabida a alegação de abuso de autoridade, tendo em vista que a abordagem somente ocorreu após serem proferidas, a título gratuito, as expressões humilhantes e de menosprezo, e não após eventual atitude suspeita dos acusados.

Note-se que sequer agressão aos réus houve, o que foi comprovado não só pela genitora de Celso, mas também pelos laudos periciais que não constataram lesões corporais nos apelantes (fls. 84/86).

Acesso ao Sumário

Condenação, pois, irrefutável.

As penas-base foram fixadas em 1/6 acima do piso legal, considerando que os acusados perpetraram o delito, enquanto estavam em cumprimento de pena anteriormente imposta. Tal proceder se mostrou escorreito, visto que denota maior reprovabilidade a conduta daquele que, em pleno cumprimento de pena, oportunidade propícia para se reajustar e retornar ao seio da sociedade torna a delinquir, numa clara demonstração de que inócua foi sua ressocialização até então.

Nesse diapasão, julgado deste egrégio Tribunal de Justiça:

"Observe-se ser adequada a fixação da pena-base acima do mínimo legal, uma vez que o acusado praticou o crime ora em análise enquanto estava em cumprimento de pena pela prática de outro delito, o que denota maior reprovabilidade de sua conduta, como bem ponderou o i. juiz sentenciante. Pelo mesmo motivo, adequado o regime inicial fechado." (Apelação nº 0002241-27.2013.8.26.0604, 8ª Câm. Crim., Rel. Grassi Neto, j. em 21.08.2014).

Na segunda fase, em razão da agravante da reincidência de ambos os apelantes, houve nova majoração de 1/6.

Neste aspecto, é certo que seria de bom alvitre que a sentença mencionasse os feitos que embasaram tal gravame ou ao menos indicasse as folhas em que acostadas as respectivas certidões. Referido lapso, contudo, em nada macula o "decisum", sobretudo porque um simples compulsar dos apensos de antecedentes permite extrair que os feitos referidos estão acostados a fls. 14 e 17 do apenso de **Wesley** e fls. 21 do apenso de **Celso**. Ressalte-se, aliás, que, sendo **Celso** birreincidente, foi ele deveras beneficiado com o mesmo aumento de 1/6 aplicado a **Wesley**, apesar de distintas as circunstâncias jurídicas.

Nem se alegue eventual "bis in idem", conforme se extrai do julgado do colendo Superior Tribunal de Justiça, "mutatis mutandis":

"4. O juiz sentenciante considerou, para majorar a pena-base, o fato de o Paciente ter cometido o crime quando gozava de livramento condicional, o que não confunde com o fato de ser o Paciente reincidente. 5. Não se trata de violação ao princípio do non bis in idem, visto que, na hipótese dos autos, existem dois fatos diferentes justificando a elevação da pena. O que não se admite, sob pena de bis in idem, é a valoração de um mesmo fato, em momentos diversos." (HC 259232/SP, 5ª Turma, Rel. Min. Laurita Vaz, DJe 07.03.2014).

Como se nota, incensuráveis as reprimendas.

No mais, o regime inicial semiaberto é o mais recomendável ao caso concreto, em virtude da circunstância judicial negativa (que até justificou a exacerbação das penas-base) somada à reincidência, a evidenciar que o regime

Acesso ao Sumário

mais brando não se mostraria suficiente e necessário à repressão e prevenção do delito.

Pelos mesmos motivos, não é recomendada a substituição da pena privativa de liberdade.

Neste diapasão, já se pronunciou esta Colenda Câmara:

"A nódoa recidiva justificou a fixação o regime intermediário e também afasta a possibilidade de substituição da reprimenda por brandas alternativas, o que não se mostra suficiente para a prevenção e reprovação da conduta praticada." (Apelação nº 0005776-09.2014.8.26.0222, Rel. Euvaldo Chaib, j. em 20.10.2015).

Por derradeiro, a reincidência em crime doloso inviabiliza a concessão da suspensão da pena.

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

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 3000492-45.2013.8.26.0596, da Comarca de Serrana, em que é apelante CARLOS ALBERTO PROCÓPIO DE ALMEIDA, 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: "Deram provimento ao recurso, para absolver o acusado Carlos Alberto Procópio de Almeida da imputação pela prática do delito previsto no art. 330, do Código Penal, com fulcro no art. 386, inciso III, do Código de Processo Penal. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 6.000)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores SÉRGIO COELHO (Presidente) e SOUZA NERY.

São Paulo, 25 de fevereiro de 2016.

AMARO THOMÉ, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: DESOBEDIÊNCIA – DESCUMPRIMENTO DE MEDIDA PROTETIVA PREVISTA NA LEI Nº 11.340/06 – PRETENDIDA A ABSOLVIÇÃO POR INSUFICIÊNCIA PROBATÓRIA OU POR ATIPICIDADE DA CONDUTA – ACOLHIMENTO – HAVENDO PREVISÃO EXPRESSA NO ORDENAMENTO JURÍDICO

DE OUTRAS MEDIDAS, COMO A PRISÃO PREVENTIVA, A SEREM TOMADAS EM CASO DE DESCUMPRIMENTO DAS MEDIDAS PROTETIVAS DA LEI MARIA DA PENHA, NÃO SE CONFIGURA O CRIME DE DESOBEDIÊNCIA – RECURSO PROVIDO.

VOTO

Cuida-se de apelação interposta por **Carlos Alberto Procópio de Almeida** contra a r. sentença de fls. 82/85, que o condenou pela prática do delito previsto no art. 330, *caput*, do Código Penal, ao cumprimento de **06 meses de detenção**, em regime inicial aberto, e ao pagamento de 30 dias-multa, no mínimo legal. A pena privativa de liberdade foi suspensa nos termos do artigo 77, do Código Penal, com as condições previstas no artigo 77, § 1º e § 2º e artigo 78, ambos do Código Penal.

Em suas razões, a defesa do acusado pugna pela absolvição do acusado, argumentando a insuficiência probatória ou atipicidade da conduta (fls. 91/94).

O recurso foi contrarrazoado pelo Ministério Público (fls. 100/101).

A Douta Procuradoria Geral de Justiça pugna pelo não provimento do recurso (fls. 113/116).

É o relatório.

O réu foi denunciado (fls. 01i/02i) porque, no dia 25 de setembro de 2013, por volta das 17h00min, na rua Dez de Abril, centro, onde funciona uma fábrica de costura, na Comarca de Serrana, desobedeceu a ordem legal da Juíza de Direito daquela Comarca.

Não há dúvida de que o acusado efetivamente descumpriu medida protetiva prevista na Lei nº 11.340/06, em especial pelo boletim de ocorrência (fls. 03/04), bem como pela prova oral colhida durante a instrução (mídia de fl. 75).

No entanto, não se encontra configurado o crime de desobediência, uma vez que a jurisprudência tem entendido no sentido de que o descumprimento de medidas protetivas estipuladas pela Lei nº 11.340/06, por importar em consequências de outra natureza, constitui fato atípico.

Nesse sentido, a orientação do Col. STJ:

"Não configura o crime de desobediência o descumprimento das medidas protetivas da Lei n. 11.340/2006, visto que a previsão em lei de penalidade administrativa ou civil para a hipótese de desobediência à ordem legal afasta o crime previsto no art. 330 do Código Penal, salvo ressalva expressa de cumulação, inexistente no caso." (STJ, HC 285620/

Acesso ao Sumário

RS, 5ª Turma, Min. Rel. Marco Aurélio Bellizze, julg. 07/08/2014, publ. DJe 15/08/2014)

"O crime de desobediência previsto no art. 330, do CP, somente se perfaz quando inexistir cumulação de sanção específica de outra natureza em caso de descumprimento de ordem judicial. 2. Na Lei Maria da Penha, lex speciallis, existe previsão de prisão preventiva para aquele que descumprir a medida protetiva acauteladora da integridade da vítima (art. 313, III, do CPP)." (AgRg no REsp 1445446/MS, Rel. Min. Moura Ribeiro, publ. DJe 06/06/2014).

No mesmo sentido tem decidido este Egrégio Tribunal de Justiça:

"Entretanto, a inobservância da medida protetiva não configura o crime de desobediência, pois ao descumpridor de ordem judicial é cominada sanção de natureza civil, processual ou administrativa. Nesta seara, a Lei 11.340/2006 (Lei Maria da Penha) e a Lei 12.403/2011 preveem mecanismos próprios destinados ao cumprimento de medidas protetivas de urgência. Com efeito, o art. 22, § 4º, da Lei 11.340/2006, inclusive, autoriza a incidência do art. 461, § 5º do Código de Processo Civil, norma nitidamente aberta que enumera exemplificativamente as medidas que a tutela do bem jurídico reclama de modo mais específico. Assim, a intervenção do Direito Penal deve ser mínima nas relações sociais, pelo que, nessa hipótese, o legislador priorizou resoluções próprias das searas administrativa e civil, pelo que não se pode falar em crime." (TJ/SP, Apelação nº 3000373-51.2013.8.26.0025, 11ª Câmara de Direito Criminal, Rel. Salles Abreu, 12/11/2014).

Com efeito, considerando que há previsão expressa de outras medidas frente ao descumprimento das medidas protetivas decorrentes da Lei nº 11.340/06 (Lei Maria da Penha), dentre elas a prisão preventiva decorrente do art. 313, inc. III, do Código de Processo Penal, não configura a conduta do acusado o delito de desobediência.

No mais, não há nos autos cópia da medida protetiva concedida.

Ante o exposto, **dou provimento** ao recurso, para absolver o acusado **Carlos Alberto Procópio de Almeida** da imputação pela prática do delito previsto no art. 330, do Código Penal, com fulcro no art. 386, inciso III, do Código de Processo Penal.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0000058-

21.2013.8.26.0172, da Comarca de Eldorado, em que é apelante S.M.S., 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: "Não Conheceram do recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 921)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores FERNANDO SIMÃO (Presidente) e ALBERTO ANDERSON FILHO.

São Paulo, 25 de fevereiro de 2016.

REINALDO CINTRA, Relator

Ementa: Apelação. Homicídio qualificado. Art. 121, §2º, II, III e IV, do CP. Segundo apelo com fundamento no art. 593, III, *d*, do CPP. Inadmissibilidade. Art. 593, §3º, do CPP, que veda expressamente o conhecimento de segunda apelação com fundamento em julgamento manifestamente contrário à prova dos autos. Recurso não conhecido.

VOTO

Trata-se de apelação interposta por S.M.S., condenado pela prática do crime de homicídio qualificado (art. 121, §2º, incisos II, III e IV, do CP) à pena de 22 (vinte e dois) anos de reclusão, a ser cumprida em regime inicial fechado.

Questiona o apelante o julgamento sob o fundamento de manifesta contrariedade à prova dos autos.

Afirma que a suposta vítima realizou transações bancárias após seu sumiço, o que evidencia que não foi morta e questiona a prova testemunhal.

Em contrarrazões o Ministério Público bateu pelo não conhecimento do recurso (fls. 880/897), assim como o assistente de acusação (fls. 903/913).

Houve manifestação da d. Procuradoria Geral de Justiça, também pelo não conhecimento do apelo (fls. 915/919), e os autos vieram conclusos para julgamento.

É o relatório.

O apelo merece não merece sequer ser conhecido.

Dispõe o art. 593, §3º, do Código de Processo Penal que se a apelação se fundar no inciso III, alínea *d* do mesmo artigo (decisão dos jurados manifestamente contrária à prova dos autos), e o Tribunal "***se convencer de que a decisão dos jurados é manifestamente contrária à prova dos autos, dar-lhe-á provimento para sujeitar o réu a novo julgamento; não se admite, porém, pelo mesmo motivo, segunda apelação***" (grifo nosso).

Acesso ao Sumário

Como se vê às fls. 620/635, o apelante já interpôs recurso com os mesmos fundamentos, pleito que foi provido (fls. 705/708) e ensejou novo julgamento pelo Tribunal do Júri.

Portanto, novamente condenado, não pode se valer de novo apelo com mesmo fundamento, por expressa vedação legal, razão pela qual não se conhece do recurso.

Neste sentido:

"O Tribunal, ao qual a irresignação é dirigida, não pode substituir a vontade dos jurados, que é soberana, sendo possível apenas retificar a decisão contrária à lei expressa ou à decisão dos jurados, retificar a aplicação da pena e corrigir dosimetria da pena fixada ou anular o julgamento e submeter o réu a novo Conselho de Sentença, na hipótese prevista no art. 593, inciso III, alínea d do Código de Processo Penal, não se admitindo, contudo, nova apelação no mesmo sentido". (STJ, HC 228182-PB, 5ª Turma, relator Min. Gilson Dipp, 27/03/2012).

Ante o exposto, **NÃO SE CONHECE** do recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0018914-67.2014.8.26.0602, da Comarca de Sorocaba, em que é apelante DAVI FELIPE ROCHA, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 4ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U. Sustentou oralmente o Ilmo. Defensor, Dr. Mario Del Cistia Filho, e usou da palavra a Exma. Procuradora de Justiça, Dra. Sandra Jardim.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 21.875)**

O julgamento teve a participação dos Exmo. Desembargadores IVAN SARTORI (Presidente) e EUVALDO CHAIB.

São Paulo, 23 de fevereiro de 2016.

EDISON BRANDÃO, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: APELAÇÃO – TRÁFICO, POSSE DE ARMA DE FOGO E RECEPTAÇÃO – Autorias e materialidades delitivas nitidamente delineadas nos autos – Absolvição – Impossibilidade – Palavra policial que se reveste de fé-pública e, estando afinada com os demais elementos de convicção,

determinam a condenação – Retratação judicial mal formulada – Alegação de erro de tipo ou de proibição não demonstrada – Condenação de rigor – Pleito para reconhecimento da continuidade delitiva – Crimes permanentes que não foram praticados com aproveitamento das mesmas condições de tempo, lugar e modo de execução – Descabimento – Aplicação do benefício previsto no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06 – Impossibilidade – Enorme quantidade de drogas, cocaína e maconha e pluralidade de crimes, indicando insuficiência de qualquer benefício – Regime fechado de rigor – Recurso defensivo desprovido.

VOTO

Cuida-se de recurso de apelação interposto por **DAVI FELIPE ROCHA** contra a r. sentença de fls. 620/630 que o condenou por incursão ao art. 33, caput, da Lei nº 11.343/06, art. 16, caput, da Lei 10.826/03 e art. 180, caput, do Código Penal, todos em concurso material, a 03 penas privativas de liberdade, a saber: a) **10 anos de reclusão, no regime fechado**, pelo crime de tráfico ilícito de drogas; b) **04 anos e 06 meses de reclusão, no regime inicial semiaberto, e pagamento de 15 dias-multa, no piso legal**, pelo crime de posse ilegal de arma de fogo; e c) **01 ano de reclusão, no regime aberto, e pagamento 10 dias-multa**, pelo crime de receptação própria.

Inconformado, busca a absolvição apontando insuficiência de provas e erro de tipo ou de proibição, diante do desconhecimento sobre a guarda de qualquer produto ilícito ou decorrente de crime. Alternativamente, quer o reconhecimento da continuidade delitiva e aplicação, no grau máximo, do redutor previsto no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06 e abrandamento do regime prisional (fls. 662/668).

Ofertadas as contrarrazões (fls. 670/681), a Douta Procuradoria Geral de Justiça, em seu parecer, opinou pelo improvimento do recurso (fls. 689/700).

Relatei.

Consta da denúncia, resumidamente, que no dia 16 de junho de 2014, por volta da 01h30min, agindo em concurso com Elisabeth Fasiaben Lino e Pedro Roberto Molina de Moraes, (ambos absolvidos) o réu tinha em depósito e guardava, para fins de entrega a terceiros, 09 tijolos de cocaína (9.092,60g) e 05 tabletes de maconha (943,30g). Consta, também, que entre os dias 29 de dezembro de 2013 e 16 de junho de 2014, em hora, o grupo adquiriu, recebeu e ocultou o veículo HYUNDAI/I30 que sabiam ser produto de crime. Consta, por fim, que no dia 16 de junho de 2014, eles possuíam, tinham em depósito

Acesso ao Sumário

e ocultavam, uma metralhadora, marca Famai, semiautomática, 9mm, de fabricação argentina e 02 carregadores de fuzil 556, sendo um deles com três cartuchos íntegros e 01 de 09mm, todos de uso restrito. Segundo apurado, policiais militares em serviço foram informados, através de denúncia anônima, de que o veículo HYUNDAI/I30, produto de crime, estaria com as placas trocadas, e encontrava-se na Rua Antônia Lopes Bravo, nº 175, endereço para o qual se deslocaram e aguardaram a chegada de alguém, tendo DAVI e Elisabeth surgido e se identificado como proprietários do imóvel, autorizando o ingresso dos militares que localizaram, logo na entrada, debaixo de uma escada, 09 tijolos de cocaína. Em seguida, localizaram o veículo Hyundai I30, que estava com diversos sinais de identificação adulterados e, ao pesquisarem a numeração chassi, constataram que se tratava de produto de roubo, na cidade de Votorantim/SP. Neste contexto, os policiais vistoriaram o interior da residência e localizaram junto ao sótão uma bolsa grande, de nylon, de cor azul, contendo: 01 metralhadora semiautomática, marca "Famai", com numeração de fábrica 02705, 9mm, desmuniciada, com um carregador com capacidade para quarenta cartuchos; 02 carregadores de calibre 556, sendo um deles com 03 munições do mesmo calibre nominal; 01 tripé, marca GPS; 01 cinturão de nylon, na cor preta, com suporte para carregador; 05 porções de "maconha" e 01 balança de precisão (fls. 1d/5d).

Em primeiro lugar, malgrado não ter havido reclamo ministerial, percebe-se incorreção na fixação do regime semiaberto em relação ao crime previsto no Estatuto do Desarmamento e aberto em relação à receptação, já que tendo sido estes ilícitos praticados em concurso material com o de tráfico, a somatória de tais penas alcançou 15 anos e 06 meses de reclusão ultrapassando, portanto, em muito o limite previsto no art. 33, § 2º, *a*, do Código Penal.

A defesa se bate pela inexistência de prova suficiente para a condenação diante, principalmente, das contradições entre as versões apresentadas pelos policiais na fase administrativa e judicial, alegando ter sido esta a única fonte de convencimento do magistrado monocrático.

Acesso ao Sumário

Alega, ainda, erro de tipo ou de proibição, já que todo o material ilícito, ou seja, os entorpecentes e armamentos estariam no interior do automóvel que ficava graciosamente na garagem do imóvel do réu, que simplesmente cedia uma vaga para a guarda do veículo de um desconhecido.

Não é, entretanto, o que sobressalta dos autos.

Auto de exibição e apreensão (fls. 36/38), acompanhado de fotografias (fls. 39/42), laudo de constatação provisório (fls. 44/45) e definitivo (fls. 193/197), bem como auto de avaliação (fls. 68/68v) e perícias realizadas na balança digital (fls. 212/213), no armamento (fls. 230/232) e no imóvel (fls. 390/395), atestam a materialidade dos delitos, lembrando-se que o boletim de ocorrência do roubo

do HYUNDAI (fls. 53/55) comprova, ainda, o crime antecedente à receptação.

Com a autoria não foi diferente.

Cesar Roberto Feitosa explicou na fase administrativa ter ido até a residência do réu movido por denúncia apontando a existência de um veículo produto de roubo que ostentava placas adulteradas e, ao chegar ao local, antes mesmo de analisar o automóvel, encontrou 9 "tijolos" de cocaína. Observou o carro e notou diversos sinais identificadores modificados, constatando, após pesquisa pelo número do chassi, sua origem espúria. Dando continuidade à diligência, vistoriou o imóvel e, no sótão, encontrou uma bolsa contendo uma metralhadora, carregadores, um tripé e um cinturão para o transporte de munição, além de 5 tabletes de maconha e uma balança de precisão. Indagado, DAVI informou que Pedro Roberto Molina havia lhe oferecido R$ 5.000,00 para deixar o veículo e a cocaína em sua garagem, alegando desconhecer a existência da bolsa com armas e maconha em seu sótão. Elisabete, por sua vez, negou ciência, mas afirmou ter desconfiado da procedência do automóvel trazido por "Pedrinho", amigo de seu marido que tem, inclusive, um celular exclusivo para manterem contato, recebendo semanalmente um novo chip (fls. 04/05).

Daniel Ferreira e Hebron Buono de Oliveira repetiram a mesma narrativa.

Preso em flagrante DAVI confirmou ter permitido o ingresso dos policiais na casa cedida pela família de sua futura esposa e que estava em reforma, bem como o encontro, por eles, do automóvel HYUNDAI/I30 que guardava a pedido de "Zeca". Avocou, ainda, para si, a propriedade não só da cocaína, como também da metralhadora, munição e tabletes de maconha encontrados no sótão (fls. 11/12).

Elisabeth, por seu turno, afirmou que ao indagar a quem pertencia o automóvel HYUNDAI, seu noivo alegou ter permitido que "Pedrinho" o guardasse ali. Ciente do encontro de entorpecentes e armas, bem como da origem ilícita do automóvel, indicou aos policiais os possíveis locais em que "Pedrinho" poderia ser encontrado, desconfiando que todos os ilícitos a ele pertencessem. Indicou, ainda, outras amizades suspeitas de seu noivo, algumas presas por envolvimento com tráfico, e que sempre se reuniam em uma chácara em Araçoiaba da Serra (fls. 13/15).

Pedro Roberto Molina de Moraes confirmou conhecer o réu desde a infância, tendo com ele forte laço de amizade negando, entretanto, a propriedade ou vínculo a qualquer ilícito (fls. 117/118).

Na audiência de instrução e julgamento, gravada e armazenada em mídia digital (CD – fls. 539), os elementos de convicção se tornaram ainda mais fortes.

Cesar Roberto Feitosa confirmou ter ido ao local depois de receber denúncia sobre o I30 de origem ilícita, repetindo que ao chegar lá encontrou um imóvel em reforma com um portão que impedia a visão da garagem. Pouco

Acesso ao Sumário

depois chegou um casal que negou, a princípio, a existência de um automóvel no local, mas acabou permitindo o ingresso, ocasião em que visualizou o carro e, sob uma escada, encontrou a cocaína e, no sótão, uma mala com uma submetralhadora, um tripé, munição e maconha. Entrevistados separadamente, depois de uma negativa inicial ambos acabaram informando terem recebido cerca de R$ 5.000,00 de "Pedrinho" para guardar os objetos ilícitos. Lembrado de seu depoimento policial, confirmou que os objetos estavam na casa, segundo os réus, havia mais de uma semana.

Daniel Ferreira confirmou que a partir da informação remetida ao tenente Feitosa, foi com ele e o tenente Hebron ao local onde confirmaram a existência do veículo. Enquanto pesquisavam a chapa do automóvel o casal apareceu e, depois de relutar um pouco, permitiu o ingresso no imóvel onde, de pronto, encontraram um pacote com "tijolos" de pó branco que o réu confirmou tratar-se de cocaína. Vistoriaram o carro e perceberam a troca de diversos sinais indicadores, mas ao encontrarem uma etiqueta com numeração do chassi constataram sua origem ilícita. No interior do imóvel, ainda, no sótão, encontraram uma mochila ou bolsa de nylon com armas e maconha. O réu acabou indicando "Pedrinho" como proprietário dos ilícitos enquanto Elisabeth pedia que ele dissesse a verdade. Ao final da diligência constatou que o réu receberia, ou recebeu, cerca de R$ 5.000,00 para guardar os objetos, tendo Elisabeth fornecido o nome completo do tal "Pedrinho". Na ocasião o réu alegou ter retirado a droga do carro para dar uma volta, deixando-a sob a escada, mas em relação ao armamento, malgrado o pedido de Elisabeth para que dissesse a verdade, ele afirmava desconhecer sua existência. Relatou, ainda, que ao serem questionados sobre a localização de "Pedrinho", Elisabeth informou que seria difícil, vez que eles trocavam os chips dos celulares constantemente.

Não se percebe, assim, como afirmado pela defesa, existência de qualquer contradição nos depoimentos que, ao contrário, se complementam e deixam clara a responsabilidade criminal do réu.

DAVI sim, ao contrário, modificou sua versão negando, em juízo, qualquer responsabilidade criminal.

Acesso ao Sumário

Deu, entretanto, confuso e pouco crível depoimento afirmando ter comprado o carro no dia anterior num feirão, pagando um sinal de R$ 7.500,00 e ficando com o telefone do vendedor para, depois de leva-lo à vistoria, pagar o restante. Como sua noiva não gostava de "Pedrinho", seu amigo de infância, e talvez reclamasse da aquisição de um automóvel tão caro, disse a ela que o carro era de "Pedrinho", quando na verdade era seu. Relatou, ainda, ter emprestado a garagem para um rapaz que conheceu em frente à fábrica em que trabalhava, gratuitamente, não explicando qual relação ele teria com os ilícitos encontrados em sua casa que, acredita, tenham sido deixados por alguém que invadiu o imóvel pelo muro dos fundos, que era baixo.

Sua incrível retratação, contudo, não foi suficiente para macular a firme e segura prova que aponta, sem sombra de dúvidas, a responsabilidade criminal do réu.

A explicação de que avocou para si toda a responsabilidade na fase policial depois de aconselhado por um amigo advogado que explicou que assim sua noiva seria liberada, do mesmo modo, não foi convincente.

Impossível, assim, sequer cogitar-se a absolvição por insuficiência de provas.

Testemunhas defensivas, referenciais, se limitaram a tecer comentários abonadores da conduta prévia de seu parente e vizinho que, no ver delas, seria imaculada.

A tese trazida pela defesa de que as drogas e armas estavam no veículo deixado no local por um amigo não encontra amparo em nenhum elemento de convicção.

Os policiais foram claros em afirmar que a cocaína estava sob uma escada na garagem e que o armamento e a maconha estavam escondidos sobre a laje, no sótão do imóvel, local cujo acesso era difícil e se deu com emprego de uma escada encontrada nos fundos do imóvel, que estava em reforma.

Deste modo, as tentativas em fazer crer que alguém teria invadido o imóvel e lá escondido as drogas e armamentos ou, ainda, de que todos os objetos ilícitos estariam no carro deixado na garagem por um desconhecido, foram em vão.

O próprio réu, aliás, depois de avocar para si a responsabilidade por todos os bens, voltou atrás e afirmou ter comprado o carro num feirão no dia anterior, por preço bem abaixo do mercado, deixando-o estacionado no local em que foi encontrado.

Elisabeth também mudou sua versão, desta feita buscando invalidar a ação policial afirmando que depois do ingresso na casa, eles retiraram pacotes do automóvel, cuja existência desconhecia, e colocaram sob a escada, relatando, na sequência, que eles continham drogas. O carro, segundo seu noivo informou, seria de "Pedrinho", acreditando, por isso, que as drogas também eram dele. Disse que não viu o encontro de armas e mais drogas cuja existência ficou sabendo apenas na Delegacia. Relatou, por fim, malgrado namorar com DAVI há 8 ou 9 anos, estando com casamento agendado para dali a um mês, não ter muito contato com ele, pois se encontravam apenas nos finais de semana, e isso quando ela não trabalhava.

Sua narrativa, além de ir de encontro à do réu, se afasta da palavra dos policiais que não teriam razão alguma para mentir e, falsamente, acusar um inocente.

Inaceitáveis, assim, as teses de erro de tipo ou de proibição, pois além

Acesso ao Sumário

de não comprovado que o carro seria de um terceiro, em cujo interior estaria a cocaína, o armamento e a maconha foram encontrados escondidos no interior do imóvel e, portanto, não poderiam ter sido levados pelo tal "Pedrinho" ou por alguém que invadisse um imóvel em reforma, seguramente frequentado por diversos trabalhadores, para lá deixar tão valiosos bens.

A tentativa de macular o depoimento dos policiais, como se viu, não surtiu efeito.

De fato, tem se tornado cada vez mais comum a invocação de flagrantes forjados ou de irregularidade na conduta dos policiais, como forma de ilidir o honesto e competente trabalho de agentes da lei e como forma de acusados se isentarem de responsabilidade.

Isso, porém, ao invés deve ser aceito, deve ser de pronto coibido, eis que a conduta isolada de alguns policiais que agem ao arrepio da lei não pode ser generalizada nem tida como regra, sendo certo que se trata de exceções, às quais, demais disso, devem ser cabalmente comprovadas.

O Estado tem seus agentes concursados legalmente aptos a reprimir o crime, e seus depoimentos somente podem ser afastados se demonstrada eventual irregularidade ou interesse particular na condenação do acusado, o que não se deu no caso em tela.

Demais disso, as falas destes profissionais, que, escolhidos pelo Estado para desempenhar a nobre função de proteção da população, possuem fé-pública, sendo seus depoimentos dignos de crédito e plena validade. E não se pode desmerecer o depoimento da testemunha policial apenas por sua condição de agente da lei, sendo firme a jurisprudência neste sentido:

> "O valor do depoimento testemunhal de servidores policiais - especialmente quando prestado em juízo, sob a garantia do contraditório - reveste-se de inquestionável eficácia probatória, não se podendo desqualificá-lo pelo só fato de emanar de agentes estatais incumbidos, por dever de ofício, da repressão penal. O depoimento testemunhal do agente policial somente não terá valor, quando se evidenciar que esse servidor do Estado, por revelar interesse particular na investigação penal, age facciosamente ou quando se demonstrar - tal como ocorre com as demais testemunhas - que as suas declarações não encontram suporte e nem se harmonizam com outros elementos probatórios idôneos. Doutrina e jurisprudência" **(HC 73518/SP, Rel. Min. CELSO DE MELLO, j. 26/03/1996, Primeira Turma, DJ 18-10-1996).**

E consoante lição do mestre ARY BELFORT:

> "A tese da insuficiência testemunhal quando emane de agentes de Polícia, consiste em velharia em boa hora mandada ao bolor dos armários de reminiscências especiosas. Desde que verossímeis; desde que partidas de pessoas insuspeitas ou desinteressadas, desde que

Acesso ao Sumário

nada se lhes oponha de valia há nenhuma razão, de ordem alguma, para que se repudie a palavra de, precisamente, pessoas a quem o Estado confere a missão importantíssima de, coibindo o crime, operar, e nada menos, a própria prisão" **(RJTJESP 136/477).**

Ao contrário: é testemunha que depõe compromissada, com presunção de veracidade por ser funcionário público, narrando sobre os atos que, de ofício, foram praticados no exercício das suas funções.

Ademais, como afastaríamos tais palavras, se na esmagadora maioria das prisões por crime de tráfico as únicas testemunhas são os próprios condutores, responsáveis pela prisão em flagrante?

Seria um equívoco jurídico, com implicações graves à vida em sociedade, se os Doutos Juízes e Desembargadores deste Tribunal de Justiça passassem a absolver indistintamente réus em casos como o presente, em que a fala dos servidores acaba sendo determinante para a condenação.

Portanto, ainda que o réu negue a prática dos crimes descritos na inicial, a Justiça não pode fechar os olhos para as evidências dos autos, devendo o Poder Judiciário estar sensível às artimanhas, cada vez mais aperfeiçoadas, utilizadas pelos criminosos para se furtarem da aplicação da lei penal.

Pelas provas colhidas, restou devidamente comprovado que o réu guardava entorpecentes consigo para fins de tráfico, bem como armamento pesado e um veículo produto de ilícito.

Inatendíveis, ainda, os pleitos alternativos.

Tratando-se o tráfico, a posse de armas e a receptação, de crimes permanentes, oriundos de desígnios autônomos e protegendo objetos jurídicos diversos, impossível falar-se em continuidade delitiva.

Não há nos autos, de qualquer modo, indicação de que os demais crimes foram praticados com aproveitamento das mesmas condições de tempo e lugar do primeiro, até porque não se sabe o que aconteceu primeiro, ou seja, se primeiro o réu recebeu o carro, primeiro guardou as drogas ou primeiro teve a posse dos armamentos.

Correto, assim, o reconhecimento do concurso material entre os crimes, todos permanentes, oriundos de desígnios autônomos.

As penas, dosadas com critério e justificação, sequer foram objeto da insurgência defensiva que, neste ponto, limita seu pleito à aplicação do privilégio previsto no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06.

A reprimenda do tráfico foi elevada no dobro em razão da enorme quantidade de cocaína e maconha que, segundo estimativa do culto magistrado monocrático, seriam suficientes para a transformação em 27.000 porções de cocaína e 1.000 de maconha, com gravíssimos prejuízos à saúde pública.

As circunstâncias do artigo 59 do CP, bem como o artigo 42 da Lei nº

Acesso ao Sumário

11343/06, permitem elevação da pena-base em face da quantidade e variedade significativa de droga apreendida, que renderiam um grande retorno comercial, denotando uma habitualidade delituosa e uma traficância atuante, indicando uma culpabilidade acima da média e servindo para atender grande quantidade de dependentes com clara destruição da dignidade.

Com efeito, o art. 42 da Lei 11.343/06 determina expressamente que a natureza e quantidade da substância apreendida sejam consideradas na fixação da pena-base, inclusive com preponderância sobre os ditames do art. 59 do Código Penal.

E não apenas pela quantidade, mas também e principalmente porque tamanho montante de drogas jamais seria deixado aos cuidados de um pequeno traficante, houve correto afastamento do benefício previsto no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06.

A nova Lei de Drogas recrudesceu o tratamento aplicado aos traficantes, agravando a dosagem penal, passando a variar de 05 a 15 anos de reclusão e pagamento de 500 a 1500 dias- multa.

Da mesma feita, passou a criar uma causa de redução, diminuindo o rigor da norma a fim de beneficiar o chamado "pequeno traficante" ou "traficante eventual", desde que atendesse a determinados requisitos.

Com efeito, para fazer jus à aplicação do redutor previsto na superveniente legislação, o réu deve ser primário, de bons antecedentes e não pode se dedicar à atividade criminosa ou integrar organizações criminosas.

Ocorre que, no caso dos autos, o réu foi surpreendido mantendo em depósito e guardando considerável quantidade e variedade de drogas, sendo evidente que não pode ser tido como pequeno traficante e vir a ser beneficiado com mesma redução de pena daquele que vende, ocasionalmente, algumas poucas porções de drogas, em uma esquina, eis que, tal redução, dar- se-ia em afronta ao princípio da individualização das penas.

Ora, restou demonstrado o envolvimento do réu com a traficância de grande monta e de forma não eventual. Primeiro porque tamanha quantidade e variedade de drogas não se obtêm facilmente, do dia para noite, nem de forma isolada. Segundo porque além do tráfico, o réu foi flagrado praticando outros ilícitos, deixando claro fazer do crime seu meio de vida e, portanto, sua dedicação a atividades criminosas, expresso óbice legal.

Acesso ao Sumário

Ademais, é certo que o réu compunha uma verdadeira organização destinada à traficância, com diversos envolvidos, cada qual com suas tarefas como: fornecimento, transporte, repasse a terceiros e posterior venda dos entorpecentes.

E nem se alegue que o réu estaria apenas armazenando ou guardando, de maneira ocasional aqueles entorpecentes, sendo evidente que não se confiaria

tamanha quantidade de drogas a uma pessoa que não estivesse verdadeiramente envolvida na organização do tráfico, devendo-se destacar o alto valor de mercado das substâncias apreendidas.

Portanto, todos os fatores analisados demonstram de forma clara que o réu vinha se dedicando à atividade criminosa, fazendo do tráfico seu meio de vida.

Assim, à luz das peculiaridades do caso em tela, em que pese a primariedade do réu, é inegável que as circunstâncias concretas do delito praticado impedem a aplicação do § 4º, do artigo 33, da Lei 11.343/06.

Frise-se que mencionado parágrafo emprega o termo "poderão", o que seguramente indica não ser obrigatória a redução.

Nesse sentido:

"A diminuição permitida pelo § 4º do art. 33, por outro lado, não pode ser concedida. A lei dispõe que as penas poderão ser reduzidas, o que faculta ao juiz sua concessão, após a análise do caso concreto, respeitado o princípio da individualização da pena. Na hipótese, a quantidade de droga apreendida, aliada aos informes policiais de que o apelante já se dedicava ao tráfico ilícito de entorpecentes e ao fato de o apelante ter sido preso em companhia de usuários de drogas, demonstram a conduta social e a personalidade do agente voltada para o crime. Tais circunstâncias impedem a concessão do redutor, já que o apelante não pode ser considerado pequeno traficante" **(TJSP, Ap.990.08.078177-4, 9ª Câmara, Rel. Galvão Bueno, j. 29/01/2009).**

As modalidades prisionais, por fim, foram fixadas com critério, não merecendo modificação alguma, muito menos em relação ao tráfico, como pleiteado pela combativa defesa.

Em que pese a existência de decisões em sentido contrário nos Tribunais Superiores, não vinculantes, de rigor o regime inicial fechado para o cumprimento das sanções, de acordo com a determinação constante no artigo 1º da Lei 11.464/07, que regula os crimes hediondos, hipótese equiparada ao caso concreto, não havendo que se falar na inconstitucionalidade da disposição, que busca justamente dar tratamento diferenciado a este tipo de crime, nos exatos termos da Constituição Federal.

Por outro lado, cumpre registrar que o Magistrado pode fixar o regime inicial de cumprimento da pena de acordo com seu convencimento - respeitados os ditames legais para tanto, estabelecendo aquele que será suficiente para reprovação e prevenção do delito, nos termos do artigo 59, inciso III, do Código Penal.

Cumpre observar que o ilícito do qual ora se trata, equiparado a hediondo, tem como principal engrenagem motora a dependência química e psíquica, principalmente por parte de jovens de diferentes classes sociais, o que acaba por

Acesso ao Sumário

resultar no aumento da criminalidade pelo cometimento de crimes mais graves em prol do sustento de tal vício.

Daí o reconhecimento da alta periculosidade da conduta, de forma que o cumprimento de pena privativa de liberdade em regime mais severo permitirá ao réu uma maior recuperação, bem como a importante reflexão quanto ao impacto social e a gravidade de sua conduta.

Nada, portanto, há para ser modificado.

Posto isto, **NEGO PROVIMENTO** à apelação interposta.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 3002434-04.2013.8.26.0438, da Comarca de Penápolis, em que é apelante SILVAL ROMEU BIANCONI, 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: "Negam provimento ao apelo. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 0513)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ALCIDES MALOSSI JUNIOR (Presidente sem voto), MARCO ANTÔNIO COGAN e LOURI BARBIERO.

São Paulo, 25 de fevereiro de 2016.

CARLOS MONNERAT, Relator

Ementa: APELAÇÃO CRIMINAL. Lesão corporal no âmbito das relações domésticas. A Defesa alega que a denúncia deveria ter sido rejeitada liminarmente por ausência de justa causa para a ação penal, porquanto o laudo constatou somente eritema, além de ter sido realizado de forma indireta. Também alega nulidade *ab initio* em razão da não realização da audiência elencada no artigo 16 da Lei nº 11.340/06 a fim de verificar possível renúncia à representação. Crime de lesão corporal configurado. Depoimento da vítima e testemunha são aptos a ensejar a sentença condenatória. Materialidade delitiva suficientemente comprovada pelo laudo de

Acesso ao Sumário

exame de corpo de delito, eritema caracteriza lesão corporal. Exame indireto que encontra supedâneo no artigo 158 do Código de Processo Penal. Lesão corporal leve no âmbito doméstico e familiar é ação penal pública incondicionada, não havendo qualquer mácula do disposto no artigo 16 da Lei nº 11.340/06, porquanto não sendo mais a representação condição de procedibilidade, não há que se falar em audiência para retratação de representação antes do recebimento da denúncia. - Recurso improvido.

VOTO

Ao relatório da r. sentença, que se acolhe, acrescenta-se que SILVAL ROMEU BIANCONI foi condenado pelo juízo da 4ª Vara de Penápolis à pena de 03 (três) meses de detenção, em regime inicial aberto, por infração ao artigo 129, § 9º do Código Penal.

A Defesa, nas Razões Recursais às fls. 106/111, suscita, por primeiro, que a denúncia deveria ter sido rejeitada liminarmente por ausência de justa causa para a ação penal, porquanto o laudo pericial, realizado de forma indireta, constatou tão somente eritema, o que não constituiria lesão corporal. Também requer a nulidade *ab initio* do processo, em razão da inobservância ao disposto no artigo 16 da Lei nº 11.340/06, já que não houve a oitiva da ofendida acerca de eventual retratação da representação anteriormente ofertada.

Nas contrarrazões (fls. 116/122) o Promotor de Justiça oficiante rebateu as premissas retromencionadas.

Regularmente processado o recurso, pelo seu improvimento é o parecer da douta Procuradoria Geral de Justiça (cf. fls. 124/126).

Relatados, passo a decidir.

A sentença bem analisou a prova.

Ao que consta da denúncia, no dia 20 de agosto de 2013, SILVAL ROMEU BIANCONI ofendeu a integridade corporal de *Sueli Alves Garofano*, sua ex companheira, causando-lhe lesões corporais.

Segundo apurou-se, a vítima estaria caminhando em logradouro público acompanhada de sua irmã, quando SILVAL a encontrou e passou a agredi-la.

A prova acusatória é robusta a corroborar tais fatos.

Nas duas fases da persecução penal a vítima relatou com exatidão o ocorrido, narrando que no dia dos fatos estava caminhando juntamente com sua irmã, quando encontrou com SILVAL e que passaram a discutir, momento em que ele a intitulou de "biscate" e "vagabunda", passando a deferir-lhe socos nos

Acesso ao Sumário

braços, rosto e pernas (cf. fl. 05 e mídia de fl. 67).

A irmã da vítima, *Silmara Garofano*, confirmou o ocorrido (cf. fl. 04 e mídia de fl. 67).

Na fase policial (cf. fl. 07) SILVAL confessou a agressão a *Sueli*, relatando que "*desferiu uma cabeçada atingindo o rosto de Sueli e também deu lhe alguns tapas*" (sic), negando ter proferido ameaças ou xingamento. Em juízo, no entanto, disse que não a agrediu e que somente a teria procurado para tratar sobre assuntos referentes aos filhos, relatando que ela o teria empurrado e que ele somente teria se protegido das agressões (mídia de fl. 67).

A negativa do ora Apelante restou isolada diante dos demais elementos de prova constantes dos autos.

Ao contrário do que alega a combativa defesa, não há ausência de justa causa para a ação penal, porquanto a materialidade delitiva está suficientemente comprovada pelo boletim de ocorrência (cf. fls. 03/04), depoimentos da vítima e testemunha, além do laudo de exame de corpo de delito que constatou a existência de "*eritema em antebraço direito*", caracterizando lesão corporal de natureza leve (cf. fl. 08), sendo que a lesividade da conduta, juntamente com as demais provas amealhadas no processo, possuem condão suficiente a embasar a ação penal e, por conseguinte, a sentença condenatória.

Vale ressaltar que hematomas, eritemas ou vermelhidão na epiderme caracterizam por si só lesão corporal de natureza leve.

Ademais, o exame indireto encontra supedâneo no artigo 158 do Código de Processo Penal que estabelece que "*Quando a infração deixar vestígios, será indispensável o exame de corpo de delito, direto ou* ***indireto*** *(...)*" (grifo nosso).

No que tange à nulidade vergastada, é imprescindível a análise do informativo nº 654 do Supremo Tribunal Federal, em razão da ADI 4424, que assentou a discussão referente à representação nos delitos de lesão corporal no âmbito das relações domésticas, de tal sorte que sedimentou o entendimento de que se trata de ação penal pública incondicionada.

Não sendo mais a representação condição de procedibilidade, a ausência da audiência do artigo 16 da Lei nº 11.340/06 não macula o processo em tela, já que referida audiência se presta às "*ações penais públicas condicionadas à representação da ofendida*".

Desta forma, referida audiência ainda persiste para crimes nos quais a representação se perfaz necessária, como é o caso da ameaça.

A dosimetria da pena não merece reparos.

Na primeira fase, a pena foi corretamente fixada no mínimo legal.

Na segunda fase, a fim de não incorrer em "*bis in idem*" como bem ponderou o i. Magistrado *a quo*, não houve a incidência da agravante prevista

Acesso ao Sumário

no artigo 62, inciso II, letra "f" do Código Penal.

Não havendo causas de aumento ou diminuição na terceira fase, a reprimenda restou definitiva em 03 (três) meses de detenção, em regime que se coaduna com a pena aplicada, qual seja, o inicial aberto.

Ante ao exposto, **NEG**O provimento ao apelo.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0047875-75.2008.8.26.0554, da Comarca de Santo André, em que é apelante M.B.M., 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: "Rejeitadas as preliminares, negaram provimento. V.U. Compareceu o Dr. Luiz Carlos Spindola.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 23.893)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores SOUZA NERY (Presidente sem voto), ROBERTO SOLIMENE e OTAVIO ROCHA.

São Paulo, 26 de fevereiro de 2016.

ENCINAS MANFRÉ, Relator

Ementa: PRELIMINARES. Cerceamento de defesa. Inocorrência. Inteligência das Súmulas 273 do Superior Tribunal de Justiça e 155 do Supremo Tribunal Federal. Investigação pelo Ministério Público. Possibilidade. Arguições preliminares desacolhidas.

ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR EM CONTINUIDADE

DELITIVA. Réu que constrangera a vítima, mediante graves ameaças, a praticar e a permitir que com ela fossem praticados atos libidinosos. Condutas plurais que se verificaram em mesmas condições de tempo, local e modo de execução. Absolvição por falta de provas. Inadmissibilidade. Demonstrativos seguros. Condenação que se impõe. Pena corretamente dosada e individualizada. Recurso, assim, improvido.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de apelação (folhas 578 a 617) por M.B.M. à respeitável sentença (folhas 552 a 562) pela qual condenado a cumprir pena de oito (8) anos e dois (2) meses de reclusão, regime inicial fechado, haja vista, então, infração aos artigos 214, 61, II, a, e 71, *caput*, todos do Código Penal.

Esse apelante alegou, em suma, o seguinte: a) preliminarmente, nulidade da instrução criminal em razão de cerceamento de defesa; b) desvalia das provas colhidas na fase de inquérito; c) sobre o mérito, ter havido, no máximo, mera contravenção penal de importunação ofensiva ao pudor; d) serem contraditórias as falas da suposta vítima; e) não fora por essa ofendida registrada a ocorrência em momento oportuno; f) deverem ser considerados os relatos das testemunhas da defesa; g) ausência de comprovação sobre supostas ligações telefônicas dele, réu, para ela, vítima; h) legalidade da busca e apreensão havida; i) fragilidade do conjunto probatório; j) assim, objetivar a correspondente absolvição nos termos do artigo 386, VII, do Código de Processo Penal; k) por fim, prequestionar em relação à matéria.

A digna Promotoria de Justiça respondeu (folhas 621 a 641) sustentando, em resumo, não prevalecer o alegado por esse recorrente e, desse modo, dever ser mantida a sentença.

Sobreveio parecer da douta Procuradoria de Justiça no sentido de ser negado provimento ao apelo (folhas 646 a 653).

Sustentaram oralmente em Plenário o ilustre defensor do acusado e o digno Procurador de Justiça então oficiante.

É o **relatório**, preservado, no mais, o dessa decisão *a quo.*

Impõe-se o improvimento do recurso.

Antes da exposição das razões relativas a esse deslinde, ficam desacolhidas as sobreditas arguições preliminares.

Inicialmente, não se verificou a apontada nulidade da instrução criminal, posto que houvera intimação de defensor constituído pelo réu, ora apelante, acerca da expedição de carta precatória para ouvida de testemunha (folhas 323).

Ademais, esse ato de oitiva fora realizado em presença de advogado "ad hoc", então nomeado para acompanhamento próprio (folhas 325), o qual pudera formular perguntas tendentes, assim, ao esclarecimento de *pontos* tidos como *controversos*. Daí não se ter verificado prejuízo à defesa.

A esse respeito, ainda, são de registro as Súmulas 273 do Superior Tribunal de Justiça e 155 do Supremo Tribunal Federal.

Outrossim, o poder de investigação criminal do Ministério Público está diretamente ligado ao cumprimento da respectiva função de promover, privativamente, a ação penal pública.

Acesso ao Sumário

Além disso, e sem olvido à Súmula 234 do Superior Tribunal de Justiça, considera-se a seguinte anotação de Damásio de Jesus:

"*Diligências investigatórias pelo representante do MP. Admissibilidade, com fundamento na LONMP (STJ, REsp 331.788, 5ª Turma, Rel. Min. Laurita Vaz, DJU (8.8.2003, p. 228). Vide, também, STJ, RT 816/481)*"[1].

Logo, e porquanto não se possa reconhecer nulidade se não houver mácula à apuração da verdade real ou prejuízo efetivo à defesa, se itera desacolher o sustentado preliminarmente por esse apelante.

No que concerne à matéria de fundo, melhor razão não assiste a esse acusado.

A propósito, são sólidas as provas dos continuados fatos à época tipificados como atentados violentos ao pudor cometidos por esse réu contra P.C.R.M., os quais, por sinal, praticados mediante grave ameaça.

Os seguros demonstrativos de caráter material estão consubstanciados em cópias relativas a *procedimento averiguatório* (folhas 6/11).

A comprovação da autoria, por sua vez, deu-se por meio da declaração dessa ofendida e dos depoimentos de testemunhas arroladas pela acusação, todos em Juízo.

Com efeito, essa vítima declarou (folhas 327/336) fosse o respectivo filho conduzido coercitivamente ao distrito policial no qual atuava como "Chefe dos Investigadores" esse acusado. Portanto, dirigira-se ela a esse local. Ato contínuo, em sala cuja porta permanecera fechada, esse agente agarrou-a, tocando-lhe no corpo sobre as vestes. Após esse evento, seguiram-se telefonemas pelos quais ele lhe exigiu encontro e ameaçava, para a hipótese de negativa de atendimento, causar mal injusto e grave a esse descendente dela.

Asseverou fosse forçada a entrar no automóvel desse sentenciado, com o qual seguiram até um motel, onde, sob ameaça perpetrada com arma de fogo, foi obrigada a nele *fazer sexo oral.*

Sobrelevam as declarações dessa ofendida, pois basicamente harmônicas ao revelado também sob o crivo do contraditório por uma irmã, C.C.R.C. (folhas 337/341), pela vizinha, M.S.S.M. (folhas 342/345), a filha, P.R.L. (folhas 346/349), e a sogra dela (identidade protegida, folhas 372/391).

Aliás, essa descendente da vítima testemunhou algumas das ligações telefônicas feitas a P. por esse réu.

Asseverou essa filha atendesse alguns desses telefonemas feitos por pessoa do sexo masculino, os quais causavam visível nervosismo à ofendida.

Isso não bastasse, as testemunhas arroladas pela ilustre defesa (folhas 392/466), como bem ressaltado pela digna juíza da causa, são, na maioria, policiais civis subordinados ao réu, que, ao depor, revelaram extremo

1 *Código de processo penal anotado*, 26ª edição, Saraiva, 2014, página 242.

Acesso ao Sumário

corporativismo e parcialidade a comprometer as respectivas falas.

Portanto, de somenos a negativa de autoria apresentada por esse sentenciado em Juízo (folhas 468/488).

A bem ver, ainda, consoante constou do parecer da douta Procuradoria de Justiça (folhas 652), "*diante de uma situação concreta e comprovada, de que seu filho era perseguido e detido constantemente por policiais do 2º Distrito Policial de Santo André, a ofendida se sentiu inferiorizada, constrangida, sem poder reagir ou evitar os ataques sexuais do apelante, cedeu e não ofereceu resistência, tendo ele se aproveitado desse fato e efetivamente praticado com ela os atos libidinosos descritos na inicial acusatória*".

Vistos esses fundamentos, segura a prova dos continuados atentados violentos ao pudor (assim nominados à época) praticados por esse acusado em relação a essa vítima, aliás, mediante grave ameaça e abuso de poder, tudo, ademais, a justificar a condenação verificada em primeira instância.

Logo, não se empreende absolvição e nem tampouco desclassificação desse comportamento.

Por sinal, um dos atos libidinosos perpetrados por esse acusado consistiu em felação, o que muito se distancia da simples importunação ofensiva ao pudor.

Não se olvida, ademais, ser de somenos a alegada demora pela vítima para noticiar os fatos ocorridos às autoridades, pois, contrariamente ao sustentado pela ilustre defesa, e conforme constou da respeitável decisão atacada (folhas 560), o lapso havido "*é um tempo até pequeno para que mães consigam internalizar o luto do filho, dor que não pode ser comparada a qualquer outro sofrimento do ser humano*".

E pesa ter sido apresentado por essa ofendida requerimento para instauração de expediente investigatório passado tão-somente um mês e meio do óbito desse descendente (folhas 11, 12 e 19). Esse procedimento fora arquivado administrativamente.

Poder-se-á, outrossim, argumentar que não houve comprovação sobre os sobreditos telefonemas feitos por esse réu a ela, vítima. Contudo, sobreleva constar de ofício encaminhado ao Juízo pela Diretoria de Segurança da "Telecomunicações de São Paulo S.A." (folhas 150), entre o mais, que "*o tempo de armazenagem dos dados de bilhetagem em nossos sistemas não é superior a 290 (duzentos e noventa) dias a contar da data ou período que ocorreram as ligações*". Logo, prejudicada ficou essa prova.

Ainda poder-se-á objetar que, no supracitado motel, não consta registro do encontro entre esse réu e a ofendida. Porém, extrai-se da certidão do Oficial de Justiça a folhas 155, em parte, o seguinte:

"(...) certifico, também que, na ocasião, a Sra. S. informou-me que não é seguro que todos os hóspedes que passaram pelo motel tenham sido efetivamente

registrados no livro de registros compulsado, uma vez que há orientação do sindicato de classe de que tal registro em livro não é imprescindível e, assim sendo, por vezes as atendentes deixam de preenchê-lo. Certifico ainda que a Sra. S. informou-me que o estabelecimento não possui sistema informatizado de controle de hóspedes, porém, além do livro de registros consultado, o motel realiza controle de entrada e permanência de clientes no local por meio de comandas de papel em que, entretanto, é apenas registrada a placa do veículo do cliente ou, em sua falta, um número de controle interno (...). É seguro que há uma comanda para cada hospedagem havida, porém elas são mantidas em arquivo apenas por um ano, após o qual são destruídas (...)".

Vistas essas especificidades, e dado o peso do declarado pelas vítimas em hipóteses de crimes dessa espécie – e a ilustre defesa não se incumbiu provar tivesse ela intuito malévolo de urdir para falsamente imputar contra esse acusado –, mantém-se a condenação dele corretamente imposta pela digna juíza da causa.

No que tange à dosimetria da pena, também, nada há que se alterar na respeitável sentença.

Considerando favoráveis a esse réu as circunstâncias judiciais, a digna juíza da causa fixou a sanção básica conforme o mínimo legal (seis anos de reclusão).

Presente a agravante genérica pelo abuso de autoridade (artigo 61, II, *a*, desse Código), Sua Excelência bem exasperou essa pena de sexta parte (1/6).

Por fim, comprovado terem sido plurais os abusos cometidos por esse sentenciado (ao menos, dois), aliás, nas mesmas condições de tempo, lugar e maneira de execução, correto exasperar-se essa sanção nos termos do artigo 71, *caput*, dessa norma. Por sinal, verificou-se aumento em grau proporcional ao número de infrações havidas (um sexto).

Destarte, mantém-se a pena aplicada a esse apelante, qual seja, oito (8) anos e dois (2) meses de reclusão, por infringência aos artigos 214, 61, II, *a*, e 71, *caput*, do Código Penal.

Considerado esse *quantum* fixado, não bastasse a hediondez da conduta praticada, justificável, necessário, se impor regime fechado para o inicial cumprimento dessa pena privativa de liberdade. Também por esses motivos, incabível a concessão dos benefícios previstos nos artigos 44 e 77 do supradito Código.

Dado ser oportuno, ora não se inflige perda do cargo público, uma vez que a respeito não constou da sentença.

Portanto, desacolhe-se o todo alegado pela ilustre defesa (motivo de descrição resumida no relatório deste voto) e, desse modo, mantém-se a respeitável sentença, aliás, ainda, pelo correspondente conteúdo.

Acesso ao Sumário

Derradeiramente, são de relevo o bem-lançado parecer da douta Procuradoria de Justiça e o artigo 252 do Regimento Interno desta Corte.

À vista do exposto, nega-se provimento ao recurso.

É como voto.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0052693-27.2011.8.26.0405, da Comarca de Osasco, em que é apelante WILTON PEREIRA DOS SANTOS, 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 parcial provimento ao apelo a fim de desclassificar a conduta para o crime do art. 12, § 2º, da Lei nº 9.609/98, tornando insubsistente a condenação de primeira instância para implementação da fase do artigo 89, da Lei 9.099/95; deliberando ainda que, caso não seja implementado o benefício ou havendo revogação, outra sentença seja proferida, observada a nova capitulação legal da conduta. V.U.", de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 24.717)**

O julgamento teve a participação dos Exmo. Desembargadores NUEVO CAMPOS (Presidente sem voto), CARLOS BUENO e FÁBIO GOUVÊA.

São Paulo, 3 de março de 2016.

RACHID VAZ DE ALMEIDA, Relatora

Ementa: Apelação Criminal – VIOLAÇÃO DE DIREITO AUTORAL – Exposição à venda de jogo de computador contrafeito com violação de direito autoral – Materialidade e autoria induvidosas – Princípios da adequação social e insignificância – Falta de amparo legal – Conceito de programa de computador – Conduta que se amolda àquela do art. 12, da Lei 9.609/98 – Desclassificação – Necessidade – Remessa à origem para eventual suspensão do processo – PARCIAL PROVIMENTO.

VOTO

WILTON PEREIRA DOS SANTOS foi condenado a cumprir penas de **dois anos de reclusão**, mais pagamento de **dez dias- multa**, em **regime aberto**,

substituída a pena privativa de liberdade por restritiva de direito, consistente em **prestação de serviços à comunidade**, por igual prazo, e **proibição de frequentar determinados lugares**, pela prática do crime de **violação de direito autoral** (art. 184, § 2º, do Código Penal), conforme r. sentença da fls. 158/163, declarada a fls. 167.

O acusado recorreu arguindo, preliminarmente, a inconstitucionalidade dos §§ do artigo 184 do Código Penal por afronta ao princípio da proporcionalidade, pugnando pela absolvição ou desclassificação da conduta para a figura do artigo 12, da Lei 9.609/98 ou para o *caput* do artigo 184, do Código Penal, implementando-se a fase de oferecimento da proposta de *sursis* processual pelo Ministério Público; postulando, no mais, a absolvição por falta de provas ou por atipicidade formal da conduta, porquanto não identificados os titulares dos direitos supostamente violados, ou, ainda, por atipicidade da conduta levando-se em consideração os princípios da adequação social e da insignificância, ou, por fim, por ausência de dolo e inexigibilidade de conduta diversa; (fls. 177/197).

Recurso contra-arrazoado (fls. 199/206), o parecer da Procuradoria-Geral de Justiça é pelo acolhimento da preliminar e, no mérito, pelo não provimento (fls. 212/222).

É O RELATÓRIO.

Deixo de me pronunciar sobre a questão preliminar ante a solução que será dada ao mérito recursal.

O apelante foi condenado porque, nas condições descritas na incoativa, tinha em depósito e expunha à venda, com intuito de lucro, cópias contrafeitas de jogos eletrônicos, reproduzidos com violação de direitos autorais.

A materialidade é induvidosa, restando demonstrada pelo boletim de ocorrência (fls. 03/05), pela apreensão dos produtos contrafeitos (fls. 13/16), bem como pelo laudo pericial atestando a contrafação (fls. 22/24).

No mais, anoto que reformulei meu entendimento para reconhecer a materialidade delitiva ainda que não identificados e notificados os titulares dos direitos violados.

A autoria também é atribuída com segurança ao apelante, evidenciada pela robusta prova testemunhal produzida, consubstanciada no relato do policial responsável pela apreensão dos produtos contrafeitos em poder do réu, assim como pela confissão judicial.

Inaplicável o princípio da adequação social para eximir a responsabilidade do recorrente. A conduta, embora tolerada com relativa difusão, continua sendo lesiva não só aos autores dos direitos autorais, mas, também, à sociedade em geral, que perde com a arrecadação de tributos.

Não há amparo legal para o pleito defensivo, sendo certo que o ordenamento jurídico em vigor não reconhece o indigitado princípio, assim

Acesso ao Sumário

como o princípio da insignificância, como causa excludente da ilicitude ou da culpabilidade.

A reprovabilidade da conduta praticada pelo réu é evidente e não há nenhum indicativo concreto de que seja ela socialmente adequada, afastando-se a tipicidade material[1].

As intensas campanhas, públicas ou privadas, empreendidas contra os atos de pirataria demonstram que a atividade, em alguns casos, encontra-se inserida no âmbito da criminalidade organizada de modo a merecer resposta penal.

A excludente da inexigibilidade de conduta diversa não merece guarida. Isto porque, não há prova segura de que o comércio de produtos falsificados serviria para assegurar a sua subsistência, porquanto se encontrava desempregado. A propósito, sequer o acusado trouxe esta versão para os autos. Pelo contrário, afirmou que trabalhava como técnico em refrigeração e que comercializava CDs de jogos para incrementar sua renda (fls. 136).

Em suma, não restou comprovada qualquer ameaça a bem maior juridicamente tutelado, a justificar e autorizar o cometimento do ilícito penal tratado nestes autos.

O dolo do apelante é manifesto. Tinha pleno conhecimento do ilícito e mesmo assim optou pela prática delituosa.

Em um aspecto, porém, dever ser beneficiado. Conforme se extrai dos autos, o material apreendido em poder do recorrente se refere a títulos de programas de jogos gravados em mídia óptica.

Insere-se, assim, no conceito de programa de computador, segundo o qual, de acordo com o art. 1º da Lei 9.609/98, "*é a expressão de um conjunto organizado de instruções em linguagem natural ou codificada, contida em suporte físico de qualquer natureza, de emprego necessário em máquinas automáticas de tratamento da informação, dispositivos, instrumentos ou equipamentos periféricos, baseados em técnica digital ou análoga, para fazê-los funcionar de modo e para fins determinados*".

Acesso ao Sumário

O jogo nada mais é do que um *software*, ou seja, um conjunto de instruções em linguagem de máquina, que pode ser gravado em diferentes suportes físicos para funcionar em computador ou consoles de videogames.

Assim, pelo princípio da especialidade, a conduta do acusado se subsome ao art. 12, § 2º, da Lei nº 9.609/98, reclamando, pois, a desclassificação.

O crime, na espécie, não é de ação penal privada, porquanto o fato delituoso acarreta sonegação fiscal e perda da arrecadação tributária (artigo 12, § 3º, inciso II, da Lei 9.609/98).

Por outro lado, a pena mínima cominada para a indigitada infração é de

1 Súmula 502 do C. Superior Tribunal de Justiça.

um ano, o que possibilita, em tese, a suspensão do processo nos termos do art. 89, da Lei nº 9.099/95.

Posto isto, pelo meu voto, dou parcial provimento ao apelo a fim de desclassificar a conduta para o crime do art. 12, § 2º, da Lei nº 9.609/98, tornando insubsistente a condenação de primeira instância para implementação da fase do artigo 89, da Lei 9.099/95; deliberando ainda que, caso não seja implementado o benefício ou havendo revogação, outra sentença seja proferida, observada a nova capitulação legal da conduta.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0070053-65.2014.8.26.0050, da Comarca de São Paulo, em que é apelante/apelado MATHEUS MAYRONN MENDES ALVES DE SOUZA, é apelado/apelante MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 4ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento aos recursos. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 28.764)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores IVAN SARTORI (Presidente), CAMILO LÉLLIS e EDISON BRANDÃO.

São Paulo, 8 de março de 2016.

IVAN SARTORI, Relator

Ementa: Apelações do Ministério Público e da defesa – Portes ilegais de armas de fogo de uso permitido e restrito – Princípio da consunção que se aplica na espécie – Autoria e materialidade bem comprovadas – Depoimentos dos agentes policiais em harmonia com as demais provas dos autos – Negativa do réu que restou isolada – Reprimendas bem dosadas – Regime aberto e substituição da corporal mantidos – Recursos desprovidos.

VOTO

Ação penal em que incurso o réu nos arts. 14 e 16 da Lei nº 10.826/03.

A r. sentença é de procedência parcial, decretada a absolvição quanto ao delito do art. 14 da Lei de Armas, com espeque no princípio da consunção, mas

Acesso ao Sumário

impostas as penas de 03 anos de reclusão, em regime aberto, e 10 dias-multa, diária mínima, pelo outro crime. A física foi substituída por restritiva de direito consistente em prestação de serviço pelo prazo da corporal e multa de 10 dias, diária no mínimo legal.

Recorrem as partes.

O Ministério Público pede a condenação também pelo delito do art. 14 da Lei 10.826/03, regime semiaberto e a cassação da substituição da corporal (fls. 131/6).

Já o condenado busca a absolvição, dada a insuficiência probatória, e, subsidiariamente, a redução da pena ao mínimo legal (fl. 139/43).

Contrarrazões às fls. 146/8 e 153/7.

A Procuradoria de Justiça é pelo desprovimento de ambos os recursos (fls. 163/8).

Recurso bem processado.

É o relatório, adotado, no mais, o de primeiro grau.

A teor do flagrante de fls. 02/9, b.o. de fls. 11/3, auto de exibição/apreensão de fls. 14/5 e laudo pericial das armas apreendidas (fls. 93/6), o réu mantinha sob sua guarda, sem autorização legal ou regulamentar: 01 revólver calibre 38, marca Rossi, nº J192482; 03 cartuchos íntegros do mesmo calibre; 01 cartucho calibre 380; 01 pistola, calibre 45, marca Springfiel, com numeração suprimida; e 08 cartuchos íntegros do mesmo calibre.

Colhe-se dos autos que, aos 08.08.2014, policiais militares, após denuncia anônima, diligenciaram até a residência do ora sentenciado e lá encontraram, sob sua cama, o armamento suso mencionado.

No flagrante, o increpado preferiu o silêncio (fl. 08).

Em pretório, negou a prática delitiva. Disse que, na noite anterior ao flagrante, recebeu uma mochila do amigo "Lu", com quem jogava bola. Ele pediu que a guardasse, pois era muito pesada e não queria carrega-la para a casa da namorada, para onde estava indo. Não abriu a mochila, nem sabia o que continha. Nunca mais teve contato com o amigo (fl. 79).

Mas, os policiais oficiantes foram firmes em seus testemunhos ao azo do flagrante, ratificando, em juízo, sua versão administrativa e em todos os seus termos, tudo conforme relatado na peça matriz. Asseveraram, inclusive, que o acusado, ao ser indagado, confirmou que guardava armas no local (fls. 05, 07, 75 e 76).

Acesso ao Sumário

E não é de suspeitar-se da narrativa dos detentores, em inexistindo fator ao revés e prestando eles compromisso como qualquer testemunha.

No respeitante:

"(...) Os policiais não se encontram legalmente impedidos de depor

*sobre atos de ofício nos processos de cuja fase investigatória tenham participado, no exercício de suas funções, revestindo-se tais depoimentos de inquestionável eficácia probatória, sobretudo quando prestados em juízo, sob a garantia do contraditório. Precedentes" (*HC 223086/SP, Rel. Min. Laurita Vaz, Quinta Turma, j. 19/11/13);

"(...) 4. Conforme entendimento desta Corte, o depoimento de policiais responsáveis pela prisão em flagrante do acusado constitui meio de prova idôneo a embasar o édito condenatório, mormente quando corroborado em Juízo, no âmbito do devido processo legal." (HC 217475, Rel. Min. Jorge Mussi, Quinta Turma, j. 09/11/11).

E desta Casa de Justiça:

"(...) E não há que se desmerecer a palavra dos policiais, pois não são suspeitos, apenas pela função que ocupam. Ao revés, por serem agentes públicos investidos em cargos cujas atribuições se ligam umbilical e essencialmente à segurança pública, não têm qualquer interesse em prejudicar inocentes, principalmente quando os relatos apresentados são coerentes e seguros, de maneira que, não havendo absolutamente nada no conjunto probatório que desabone seus testemunhos, a estes deve ser conferida relevante força probante" (Apelação nº 0041502-75.2014.8.26.0050, 4ª Câmara, Rel. Camilo Léllis, j. 28/04/15).

Ademais, o denunciado sequer indicou a qualificação completa de "Lu", de quem teria pego a mochila, de sorte a se poder localizá-lo e, eventualmente, confirmar a versão dada.

Já as testemunhas de defesa Wanderley Monteiro Silva e Maria Aparecida Souza não presenciaram o ocorrido e se limitaram a tecer considerações sobre o réu, que seria ótima pessoa, honesto e decente (fls. 77/8).

Nesse contexto, existente prova suficiente para a condenação, embasada em testemunhos e laudo pericial das armas, este a externar: "*Ensaios experimentais aqui efetuados permitiram verificar que estas armas encontravam-se aptas à realização de disparos*." (fls. 93/6).

E, muito embora seja o caso de tipicidade da conduta descrita no art. 14 da Lei de Armas, aplicável mesmo, na espécie, o princípio da consunção.

É que a localização de armamento de uso permitido e restrito, num mesmo contexto fático, rende ensejo a uma única prática delitiva.

No respeitante, aresto desta Corte:

"(...) À luz do princípio da consunção, tendo os delitos dos artigos 12 e 16, parágrafo único, inciso IV, da Lei nº 10.826/03 sido cometidos no mesmo contexto fático e considerando que visam proteger o mesmo bem jurídico, qual seja, a incolumidade pública, mostra-se de rigor a absorção do crime menos grave (artigo 12) pelo crime mais grave (artigo 16). Tendo

Acesso ao Sumário

o conjunto probatório se mostrado uníssono em demonstrar a prática do delito do artigo 16, parágrafo único, inciso IV, da Lei nº 10.826/03, inviável a solução absolutória." (Apelação 0011282-40.2012.8.26.0220, 1ª Câmara Criminal Extraordinária, Des. Luis Augusto de Sampaio Arruda, j. 30.06.2015).

E, da Instância Especial:

"HABEAS CORPUS. PORTE ILEGAL DE ARMAS E MUNIÇÕES DE USO PERMITIDO E DE USO RESTRITO. 1. RECONHECIMENTO DE CRIME ÚNICO. MESMO CONTEXTO FÁTICO. APLICAÇÃO DA PENA DO DELITO MAIS GRAVE. DELITO MENOS GRAVE ABSORVIDO PELO MAIS AUSTERO. 2. REGIME PRISIONAL. SUBSTITUIÇÃO DE PENA. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS LEGAIS. CIRCUNSTÂNCIA EM QUE O CRIME FOI PRATICADO. GRANDE QUANTIDADE E DIVERSIDADE DE ARMAS E MUNIÇÕES APREENDIDAS. 3. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA. 1. É de se reconhecer a incidência de crime único no caso de apreensão de armas e munições apreendidas nas mesmas circunstâncias fáticas, em razão de única ofensa ao bem jurídico protegido, aplicando-se somente a reprimenda do delito mais grave, sob pena de bis in idem [...] 4. Habeas corpus parcialmente concedido para, afastada a condenação no tocante ao delito previsto no art. 14 da Lei nº 10.826/2003, pela incidência de crime único, fixar as reprimendas dos pacientes em 3 anos e 6 meses de reclusão e 42 dias-multa, mantidos os demais termos do decreto condenatório." (HC nº 163.783/RJ, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, Quinta Turma, julgado em 14/02/2012).

Bem lançada, portanto, a sentença.

As bases foram fixadas no linde inferior, em 03 anos de reclusão e 10 dias-multa, diária mínima, dada a primariedade e bons antecedentes do increpado, tornada definitiva, ante a ausência de outras circunstâncias modificadoras.

Daí por que inconsistente o pleito subsidiário da defesa, dada a impossibilidade de redução da reprimenda aquém do mínimo.

Pelos mesmos motivos, elegeu-se o regime aberto, substituindo-se a física por restritiva de direito e multa, como relatado, o que se mantém, dês que preenchidos os requisitos subjetivos do art. 44, II e III, do CP.

Realmente, segundo os autos, o réu, com apenas 19 anos, não tem antecedentes, como visto, parece trabalhar como autônomo, vive com a mãe e tem um filho de 1 mês (fls. 19, 38, 40/1 do apenso).

A prisão, sem dúvida, agravará seu caráter. É preciso que lhe seja dada a oportunidade de seguir a senda saudável da vida, máxime porque tem um filho para criar e sustentar.

Acesso ao Sumário

E o volume do armamento, por si só, não é motivo para majoração, eis que apenas dois os artefatos, sucedendo que não extravasada circunstância elementar do tipo.

Nega-se provimento aos recursos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0038228-30.2013.8.26.0506, da Comarca de Ribeirão Preto, em que são apelantes MARCOS BORGES DA SILVA e ADRIANO LOPES, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 6ª Câmara Criminal Extraordinária do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 1.396)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores SOUZA NERY (Presidente) e EUVALDO CHAIB.

São Paulo, 26 de fevereiro de 2016.

OTAVIO ROCHA, Relator

Ementa: Apelação – Furto – Concurso de Agentes – Aplicação por analogia do art. 171, § 1º – Inviável – Recurso desprovido.

VOTO

Inconformados com o teor da r. sentença de fls. 75/78, por meio da qual foram condenados, individualmente, ao cumprimento de 02 anos de reclusão, em regime aberto, e pagamento de 25 dias-multa, pela prática do delito do artigo 155, § 4º, incisos IV, do Código Penal, contra ela se insurgiram os sentenciados supra mencionados às fls. 82/83, arrazoando o apelo i. Defensor Público que os assiste às fls. 93/95.

O i. Defensor Público alega, exclusivamente, que deve ser aplicada, por analogia, a causa de diminuição de pena prevista no art. § 1º do art. 171 do Código Penal. Para tanto, aduz que "*embora o § 2º do art. 155 do Código Penal não mencione 'prejuízo', é perfeitamente possível a aplicação analógica do § 1º do art. 171 do Código Penal ao caso. Em ambos casos, o pequeno desvalor do resultado reflete favoravelmente ao réu na fixação da pena*" (fl. 94).

Bem processado o recurso, com a apresentação de contrarrazões (fls.

97/99), opinou a douta Procuradoria-Geral de Justiça pelo seu desprovimento (fls. 104/106).

É o relatório.

Verifico, desde logo, que a defesa insurge-se exclusivamente com relação à redução da pena corporal aplicada, não trazendo argumentos voltados a criticar a decisão recorrida no que respeita ao juízo condenatório nela expressado.

Cumpre ressaltar que o assentimento tácito da parte apelante quanto ao julgamento de procedência da ação penal, sintoma de justa correlação entre o conteúdo da decisão judicial e o valor das provas e indícios trazidos ao processo, revela ampla compreensão dos elementos que compõem a causa na medida em que, do exame dos autos, é forçoso concluir que aquela solução se impunha como a mais justa e adequada para o caso *sub examen.*

Com efeito, não remanesce dúvida insuperável quanto à autoria e a materialidade da infração, que restaram bem elucidadas pelas provas orais colhidas em juízo. De resto, não ficou evidenciada, tanto antes como agora, qualquer causa de exclusão da antijuridicidade e da culpabilidade que pudessem favorecer o acusado.

Desse modo, e por não vislumbrar a presença de erro material, nulidade ou matéria teratológica que devesse ensejar o pronunciamento desta Corte *ex-officio*, passo ao exame estrito do pleito deduzido no apelo (*tantum devolutum quantum appellatum*), nos termos do artigo 599 do Código de Processo Penal.

Não merece acatamento o argumento de que o "privilégio" se impõe em face de ter a vítima recuperado o bem subtraído, mediante aplicação analógica da norma do artigo 171, § 1º, do Código Penal, que dispõe que "*Se o criminoso é primário, e é de pequeno valor o prejuízo, o juiz pode aplicar a pena conforme o disposto no art. 155, § 2º*".

Em que pese ter o legislador, ao instituir referida norma, feito alusão ao benefício previsto no artigo 155, § 2º, é evidente que o fez apenas por imperativo de lógica de elaboração legislativa, uma vez que ao referir-se a "valor de prejuízo" ao invés de "de pequeno valor da coisa furtada", teve em mente que o delito de furto, contrariamente ao de estelionato, implica necessariamente a subtração de bem alheio, enquanto o estelionato configura-se com a mera obtenção de vantagem econômica indevida em *prejuízo* alheio.

Não há, pois, qualquer razão ontológica capaz de motivar a pretendida analogia, quer porque não há lacuna alguma na norma do § 2º do artigo 155 do CP que a autorize, quer porque, como tem entendido a jurisprudência, a norma do parágrafo 2º no artigo 155 do Código Penal tem o escopo único de beneficiar o agente que visa subtrair bem de pequeno valor, não se estendendo àquele que por qualquer motivo não logra a posse definitiva do bem subtraído (hipótese em que pode a vítima não sofrer prejuízo algum), até porque, para atender essa

Acesso ao Sumário

situação, há a norma do artigo 14, inciso II, do Código Penal.

Sobre o tema, DAMÁSIO[1] ensina que ao aplicar "*o critério do prejuízo efetivo para o benefício do furto, teríamos a seguinte consequência: jamais haveria tentativa da forma típica simples; toda tentativa seria privilegiada, em face da ausência de prejuízo, inerente à ausência de consumação do fato. No estelionato, o prejuízo da vítima constitui elemento do tipo: 'obter... vantagem ilícita em prejuízo alheio'. Inexistente o prejuízo, o fato é atípico... A transportar o critério do prejuízo, que informa o privilégio do estelionato, para o delito de furto, força é aceitar todas as suas consequências lógicas. E isso levaria a efeitos absurdos. Quando de vulto o prejuízo causado pelo furto, teríamos a forma típica simples ou qualificada; quando de pequeno valor, privilegiada; quando, entretanto, pela apreensão, restituição ou reparação do dano, ou na hipótese de tentativa, inexistisse prejuízo, ficaria excluído o crime, tal qual ocorre no estelionato. Evidente que esta não foi a vontade da lei*".

Cito, como exemplo desse entendimento, as seguintes ementas de acórdão (extraídas aleatoriamente de inúmeras outras no mesmo sentido) [destaquei]:

> *HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO. FURTO QUALIFICADO TENTADO. RES FURTIVA. VALOR SUPERIOR AO SALÁRIO MÍNIMO. RECONHECIMENTO DO PRIVILÉGIO DO ARTIGO 155, § 2º, DO CP. IMPOSSIBILIDADE. INEXISTÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. 1. O Superior Tribunal de Justiça, na esteira do que vem decidindo o Supremo Tribunal Federal, não admite que o remédio constitucional seja utilizado em substituição ao recurso próprio (apelação, agravo em execução, recurso especial), tampouco à revisão criminal, ressalvadas as situações em que, à vista da flagrante ilegalidade do ato apontado como coator, em prejuízo da liberdade do (a) paciente, seja cogente a concessão, de ofício, da ordem de habeas corpus. 2. Para o reconhecimento do crime de furto privilegiado - direito subjetivo do réu - a norma penal exige a conjugação de dois requisitos objetivos, consubstanciados na primariedade e no pequeno valor da coisa furtada que, na linha do entendimento pacificado neste Superior Tribunal de Justiça, não deve ultrapassar o valor do salário mínimo vigente à época dos fatos. **3. É indiferente que o bem furtado tenha sido restituído à vítima, pois o critério legal para o reconhecimento do privilégio é somente o pequeno valor da coisa furtada**. 4. Na hipótese, em que houve tentativa de furto qualificado pelo arrombamento, o valor da res furtiva era superior ao salário mínimo então vigente, circunstância que impede o reconhecimento do privilégio legal. 5. Habeas corpus não conhecido. (STJ, HABEAS CORPUS Nº 132.422 – SP, T6 - SEXTA TURMA Relator: Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, Data de Julgamento: 18/06/2014, DJ-E de 04.08.2014)*

1 EVANGELISTA DE JESUS, DAMÁSIO. *Direito penal, 2º volume: parte especial; Crimes contra a pessoa a crimes contra o patrimônio. São Paulo: Ed. Saraiva, 2015, págs. 364/365.*

Acesso ao Sumário

*PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. OFENSA AO PRINCÍPIO DA COLEGIALIDADE. INOCORRÊNCIA. ART. 557, CAPUT, DO CPC. RECURSO MANIFESTAMENTE INADMISSÍVEL E IMPROCEDENTE. AFRONTA AO ART. 155, § 2º, DO CP. FURTO PRIVILEGIADO. PARÂMETRO COM BASE NO VALOR DA COISA SUBTRAÍDA. INDIFERENÇA QUANTO AO PREJUÍZO SOFRIDO PELA VÍTIMA. ACÓRDÃO EM CONFORMIDADE COM A JURISPRUDÊNCIA DESTA CORTE. SÚMULA 83/STJ. MALFERIMENTO AO ART. 93, IX, DA CF. MATÉRIA CONSTITUCIONAL. NÃO CABIMENTO. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1. Não há se falar em ofensa ao princípio da colegialidade, quando a decisão monocrática é proferida em obediência ao artigo 557 do Código de Processo Civil, que franqueia ao relator a possibilidade de negar seguimento ao recurso, quando manifestamente inadmissível e improcedente. **2. Este Tribunal Superior sufragou entendimento no sentido de que "a ausência de prejuízo em razão da restituição à vítima dos objetos furtados não constitui requisito para o reconhecimento do furto privilegiado", já que "o critério legal estabelecido no art. 155, § 2º, do CP, é o do pequeno valor da coisa furtada e não do prejuízo sofrido pela vítima**". (REsp 67.215/SP, Rel. Min. EDSON VIDIGAL, QUINTA TURMA, DJ 27/05/1996) 3. A análise de matéria constitucional não é de competência desta Corte, mas sim do Supremo Tribunal Federal, por expressa determinação da Constituição Federal. 4. Agravo regimental a que se nega provimento. (STJ - AgRg no AREsp: 153360 PR 2012/0062420-0, Relator: Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Data de Julgamento: 27/08/2013, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 19/09/2013)*

Inviável, enfim, o acolhimento da tese defensiva.

Verifico, por outro lado, que as penas não merecem qualquer reparo, eis que foram criteriosamente dosadas e bem fundamentadas pelo magistrado *a quo*, em obediência aos parâmetros previstos em lei.

Correto o regime inicial aberto para o cumprimento da pena corporal, tendo em vista que os apelantes são primários e não ostentam antecedentes.

Diante do exposto, pelo meu voto, **CONHEÇO** e **NEGO PROVIMENTO** ao recurso.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 9000025-13.2007.8.26.0001, da Comarca de São Paulo, em que é apelante LUCIANO

SANTOS DA SILVA, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 13ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Por unanimidade, conheceram em parte do recurso, e por maioria, negaram provimento. Vencido parcialmente o relator sorteado, que dava parcial provimento apenas para reconhecer a atenuante da confissão e continua na relatoria. Declara voto vencedor o Revisor, Des. De Paula Santos.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 21.324)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores MOREIRA DA SILVA (Presidente), DE PAULA SANTOS e FRANÇA CARVALHO.

São Paulo, 3 de março de 2016.

MOREIRA DA SILVA, Relator

Ementa: Apelação criminal – Homicídio qualificado – Apelante submetido a julgamento pelo Tribunal do Júri – Veredicto condenatório – Preliminar – Nulidade pela ausência do réu no julgamento – Inocorrência – Com a alteração trazida pela Lei 11.719/08, não é mais exigida a presença do acusado que, devidamente intimado, deixa de comparecer à sessão de julgamento do Tribunal do Júri – Não arguida a suposta nulidade em momento oportuno – Prejuízo, de resto, não evidenciado – Pleito de anulação do julgamento por ter sido a condenação manifestadamente contrária à prova dos autos e redução da pena pelo afastamento da qualificadora, bem como pelo reconhecimento da confissão espontânea – Admissibilidade parcial – Réu submetido ao segundo Júri Popular – Não cabimento de segunda apelação pelo mérito (que envolve tanto a condenação pelo homicídio, quanto o reconhecimento da qualificadora), pretendendo-se nova decisão do Conselho de Sentença, ainda que o segundo recurso seja da parte contrária – Inteligência do art. 593, § 3º, *in fine*, Código de Processo Penal – Recurso não conhecido nessa parte – No tocante à pena – Acolhimento parcial – Apelante condenado a cumprir pena de 13 (treze) anos de reclusão, em regime inicial fechado – Mantido o aumento da pena-base na fração

Acesso ao Sumário

1/12 (um doze avos) – Fundamentação adequada – Dolo exacerbado – Na segunda fase, em razão da confissão espontânea, evidenciada nos autos, sendo irrelevante se parcial ou integral, espontânea ou não, nos termos da Súmula nº 545 do Superior Tribunal de Justiça, reduz-se a reprimenda ao mínimo legal, tornada definitiva à mingua de outras causas modificativas – Ainda que a circunstância atenuante não tenha sido alegada em debates, de rigor seu reconhecimento seja em razão de seu caráter objetivo, seja razão dos princípios da individualização da pena, da ampla defesa e da proporcionalidade – Precedente do STF – Vencido, no entanto, o relator no atinente à redução da pena. Recurso parcialmente conhecido e, nessa extensão, improvido.

VOTO

1. Trata-se de Apelação Criminal interposta por **Luciano Santos da Silva** contra o r. veredicto que o condenou à pena de 13 (treze) anos de reclusão, a ser descontada em regime inicial fechado, como incurso no artigo 121, parágrafo 2º, inciso I, do Código Penal.

Inconformado, recorre o réu. Preliminarmente alega nulidade do julgamento realizado sem a presença do acusado. No mérito, por entender ter sido a condenação manifestamente contrária à prova dos autos, pleiteia a anulação do julgamento para que seja submetido a novo Júri. Subsidiariamente, requer o afastamento da qualificadora, a redução da reprimenda-base ao mínimo legal e o reconhecimento da confissão espontânea (fls. 630/638).

Processado o recurso, opina a d. Procuradoria Geral de Justiça pelo não conhecimento ou, no mérito pelo improvimento (fls. 653/656).

É o relatório.

2. Impende salientar que a preliminar de nulidade arguida pela combativa Defesa não merece acolhida.

É que o artigo 457 do Código de Processo Penal, com a modificação trazida pela Lei n° 11.719/2008, não mais exige a presença do acusado no seu julgamento, desde que regularmente intimado.

Deve-se consignar, todavia, que o apelante foi devidamente intimado e requereu redesignação de data da sessão, cujo pedido restou atendido. Com isso, foram feitas, novamente, as intimações (fls. 608/610) e, ainda assim, o réu não compareceu, bem como não apresentou justificativa.

Ademais, não se pode deixar de registrar que a i. Defesa técnica quedou-

Acesso ao Sumário

se inerte quando da realização do ato judicial objurgado, permitindo que transcorresse *in albis*, pois, a oportunidade em que poderia insurgir-se, a ensejar a ideia de preclusão.

Além disso, não cuidou a i. Defesa de demonstrar, concretamente, a efetiva ocorrência de prejuízo.

Afasta-se, pois, a preliminar.

No mérito, a irresignação defensiva, cognoscível em parte, é de ser parcialmente provida.

Com efeito, o réu fora submetido a primeiro julgamento pelo Tribunal do Júri em 20 de abril de 2013, perante o 2° Tribunal do Júri da Comarca de São Paulo, sendo ao final condenado à pena de 5 (cinco) anos de reclusão, em regime inicial semiaberto, como incurso no artigo 121, parágrafo 1°, do Código Penal (fls. 494/495).

As partes recorreram. O Ministério Público pleiteou a anulação do julgamento, sob a alegação de que, especialmente no tocante ao reconhecimento da violenta emoção, a decisão foi manifestamente contrária à prova dos autos (fls. 520/525). O réu, por sua vez, requereu tão somente a redução da reprimenda, seja pela aplicação da fração máxima prevista para o homicídio privilegiado, seja pelo reconhecimento da confissão espontânea (fls. 513/515).

Esta Colenda Corte de Justiça, em julgamento realizado aos 21 de agosto de 2014, através do v. acórdão de fls. 562/569, acolheu o apelo da acusação, para cassar o veredicto dos jurados e determinar a submissão do réu Luciano a novo julgamento pelo Tribunal do Júri, considerando que a decisão foi manifestamente contrária à prova dos autos.

O novo julgamento foi realizado e o acusado, desta vez, foi condenado, por infração ao artigo 121, parágrafo 2º, inciso I, do Código Penal (fls. 623/623-verso).

Ora, na hipótese incide a vedação estabelecida pelo artigo 593, parágrafo 3º, parte final, do Estatuto Adjetivo Penal, segundo o qual não se admite uma segunda apelação pelo mesmo motivo, ainda que o recurso tenha sido interposto pela parte contrária, não havendo ressalva por parte do legislador a respeito.

Importante salientar que a expressão *'pelo mesmo motivo'*, segundo a doutrina e a jurisprudência, tem o significado de *'mesmo fundamento'*. Daí a impossibilidade de nova apelação com fulcro no mesmo dispositivo, qual seja, a decisão dos jurados ter sido manifestamente contrária à prova dos autos, ainda que o recurso do primeiro julgamento tenha sido interposto pela parte *ex adversa.*

Sobre o assunto, veja-se o escólio do festado processualista e Magistrado Guilherme de Souza Nucci:

"(...) Impossibilidade de segunda apelação pelo mesmo motivo:

Acesso ao Sumário

é razoável a proibição de haver recurso contra veredicto popular, por duas vezes, com base na mesma motivação, evitando-se a prorrogação infindável dos julgamentos. Ademais, se na primeira apelação, considerou o Tribunal que a decisão foi manifestamente contrária à prova dos autos, quando o júri condenou o réu sem prova suficiente, por exemplo, determinando novo julgamento, não tem o menor cabimento, quando o Conselho de Sentença, na segunda sessão, absolver o acusado, tornar a haver questionamento sobre o mérito. Afinal, se foi contrária à prova a condenação, não pode também ser contrária à prova a absolvição. Seria interminável a possibilidade de renovação dos veredictos. Por isso, o correto é permitir que uma única vez seja apresentada a apelação, com base nessa alínea, ainda que as teses se alterem nos dois julgamentos proferidos" (g.n).[1]

Pacífica e reiterada é a orientação jurisprudencial nesse sentido:

"Anulada a decisão dos jurados, por manifestamente contrária à prova dos autos, inadmissível a interposição de nova apelação pelo mesmo motivo, nos expressos termos do art. 593, §3º, in fine, Código de Processo Penal, pouco importando que o recurso anterior, do primeiro julgamento a que foi submetido o réu, tenha sido interposto pela parte contrária" (JTJ 164/300).

E ainda:

"Não se conhece da apelação, sob o fundamento de decisão contra a prova dos autos quando, com tal fundamento, foi anulado julgamento anterior"[2]

Repise-se, ainda, ser irrelevante o fato de a segunda apelação ter sido interposta pela parte *ex adversa:*

"Uma vez anulado o primeiro julgamento, perante o Tribunal do Júri, em face de apelação interposta com base no art. 593, III, d, do Código de Processo Penal, outro recurso, com o mesmo fundamento, é descabido ainda que apresentado pela outra parte (parágrafo 3º do mesmo dispositivo). Desse modo, fica respeitado o princípio da soberania do júri, tão constitucional quanto o da isonomia."[3]

No mesmo teor: JSTF 265/304; RT 554/419, 569/308, 572/327, 600/324, 618/355, 627/279, 630/338, 650/69, 779/569, 784/599 e 786/727; RJTJERGS 148/137, 185/152, 185/158 e 162/110; Lex JTJ 164/300 e 236/316.

De outra banda, é fundamental destacar que também a qualificadora integra o mérito, objeto da apreciação resultante no veredicto dos jurados, máxime por dizer respeito a "elemento acidental do crime, e não circunstância

Acesso ao Sumário

1 - NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal Comentado*. 8ª ed., São Paulo: RT, 2008, p. 960.

2 - RJTJERGS 162/110.

3 - STF, 1ª T., HC 77.686/RJ, rel. Min. Sydney Sanches, DJU de 16/04/99, pág. 4.

da pena"[4], donde não se poder apreciá-la nem mesmo sob a perspectiva da majoração que provoca na pena.

Nessa conformidade, tem-se que a hipótese de qualificadora improcedente e dissociada das provas dos autos gera a ideia da necessidade de novo julgamento com base no artigo 593, inciso III, alínea "d", do Código de Processo Penal (*decisão manifestamente contrária à prova dos autos*), consoante preleciona a doutrina na ensinança do preclaro jurista Guilherme de Souza Nucci[5].

Portanto, também esse tema trazido no bojo da irresignação defensiva carece de análise desta Corte de Justiça por inserir-se em vedado segundo apelo.

Frente a esse contexto, do qual emerge a inadmissibilidade de segunda apelação com vistas à anulação do julgamento ao argumento de condenação manifestamente contrária à prova dos autos, não se conhece do recurso no tocante aos pedidos de nulidade e de afastamento da qualificadora.

Por outro lado, quanto ao pleito de reconhecimento da atenuante da confissão espontânea de rigor o provimento do apelo, como se verá.

Na primeira fase do cálculo, por apresentar-se de todo escorreito e bem justificado, fica mantido o aumento. Com efeito, levando em conta as circunstâncias do artigo 59 do Código Penal, o douto Magistrado definiu e elevou justificadamente a pena-base para além do mínimo legal, na fração da metade (1/12), perfazendo 13 anos, ao fundamento de que "*o réu apresentou dolo exacerbado, tendo deferido um dos golpes nas costas vítima. Ainda que a morte da vítima seja a consequência natural em crime de homicídios, no caso em voga, não se pode olvidar o intenso sofrimento experimentado por Taina, não apenas em razão dos diversos e profundos golpes recebidos, mas também, por ter permanecido internada por mais de 20 dias, conforme relatório médico juntado, com diversos procedimentos médicos realizados. Entendo que apenas desta forma dá-se cumprimento integral ao princípio da individualização da pena, pois todo o sofrimento da vítima e a violência empregada não podem ser ignorados*".

Na segunda etapa, contudo, a confissão espontânea está evidenciada nos autos (fls. 373/374) e haverá de ser considerada, irrelevante se parcial ou integral, espontânea ou não, consoante a orientação firmada na Súmula nº 545 do Colendo Superior Tribunal de Justiça: "***Quando a confissão for utilizada para a formação do convencimento do julgador, o réu fará jus à atenuante prevista no art. 65, III, d, do Código Penal***.", pelo que poder ser reconhecida a correspondente circunstância atenuante.

Cumpre esclarecer ainda, nesse ponto, ser de rigor o reconhecimento da confissão espontânea, apesar de não ter sido alegada nos debates (fls. 627), como determina o artigo 492, inciso I, alínea "*b*", do Código de Processo Penal,

4 - STF-HC 66.334-6/SP, Tribunal Pleno, Rel. Moreira Alves, j. 08.03.1989.

5 - Tribunal do Júri, RT, 2008, p. 394.

Acesso ao Sumário

uma vez que este dispositivo legal deve ser interpretado à luz dos princípios da individualização da pena, da proporcionalidade e da ampla defesa (ou plena defesa, por se tratar de crime de competência do tribunal do júri).

Com efeito, ao afastar a possibilidade de reconhecimento da atenuante da confissão espontânea não alegada nos debates, iguala-se a pena de um réu que se arrepende e confessa o delito à daquele que não tomou tal atitude, o que desvirtua a finalidade do instituto que é prestigiar quem coopera com a justiça na elucidação do fato criminoso.

Vale lembrar, também, que a confissão manifestada pelo réu se traduz na expressão de uma vertente do princípio constitucional da ampla defesa, consistente na autodefesa (art. 5º, LV, CF), pelo que há de ser respeitado (esse princípio) na interpretação da norma infraconstitucional em comento (art. 492, I, "*b*", do CPP) de sorte a viabilizar o reconhecimento dessa circunstância, afigurando-se irrelevante, e pouco importa a razão, que não tenha sido objeto dos debates no plenário do Júri.

E mais, essa confissão - a exemplo da menoridade relativa e da senilidade -, é circunstância atenuante de caráter objetivo, de modo que sua apreciação independe de análise subjetiva do julgador.

No sentido do quanto até aqui asseverado, tem se pronunciado o Colendo Supremo Tribunal Federal já decidiu:

> ***"CONSTITUCIONAL, PENAL E PROCESSUAL PENAL. TRIBUNAL DO JÚRI. CONFISSÃO ESPONTÂNEA NÃO DEBATIDA NO PLENÁRIO. AUTODEFESA. PLENITUDE DE DEFESA. RECONHECIMENTO PELO MAGISTRADO DE OFÍCIO. POSSIBILIDADE. NATUREZA OBJETIVA DA ATENUANTE. DIREITO PÚBLICO SUBJETIVO DO RÉU. PRINCÍPIOS DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA E DA PROPORCIONALIDADE RESGUARDADOS. HARMONIZAÇÃO DO ART. 492, I, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL, AOS ART. 65, III, D, DO CÓDIGO PENAL, E ART. 5º, XXXVIII, "A", e XLVI, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA.***
>
> ***1. Pode o Juiz Presidente do Tribunal do Júri reconhecer a atenuante genérica atinente à confissão espontânea, ainda que não tenha sido debatida no plenário, quer em razão da sua natureza objetiva, quer em homenagem ao predicado da amplitude de defesa, consagrado no art. 5º, XXXVIII, "a", da Constituição da República.***
>
> ***2. É direito público subjetivo do réu ter a pena reduzida, quando confessa espontaneamente o envolvimento no crime.***
>
> ***3. A regra contida no art. 492, I, do Código de Processo Penal, deve ser interpretada em harmonia aos princípios constitucionais da individualização da pena e da proporcionalidade.***
>
> ***4. Conceder a ordem."[6]***

6 - STF, 1ª T., HC 106.376/MG, Rel. Min. Cármen Lúcia, DJU de 01/03/11.

Acesso ao Sumário

Desse modo, o pleito da defesa deveria ser acolhido, para considerar-se a circunstância da confissão, de sorte a reduzir a pena ao mínimo legal, na segunda fase, tornando-a definitiva, à míngua de causas de aumento ou diminuição, em 12 (doze) anos de reclusão, de todo adequada e proporcional à reprovação e prevenção do crime.

Em suma, seria a hipótese de se outorgar provimento parcial ao apelo com o escopo de operar-se a redução da pena em consonância com o cálculo explicitado linhas acima, se este relator não tivesse ficado vencido nesse ponto.

3. Pelo exposto, por unanimidade, **conhece-se em parte** do recurso e, nessa extensão, por maioria, **nega-se-lhe** provimento, vencido parcialmente este relator que lhe dava provimento para reduzir a pena imposta a **Luciano Santos da Silva** para 12 (doze) anos de reclusão, mantida a r. sentença monocrática.

DECLARAÇÃO DE VOTO VENCEDOR

(Voto nº 9.822)

Não obstante a qualidade do voto do E. Relator, apresento divergência parcial, pois entendo não ser cabível o reconhecimento da atenuante da confissão.

Trata-se de condenação pelo Tribunal do Júri.

Segundo o art. 492, I, "b", do CPP, o Juiz Presidente, ao sentenciar, "*considerará as circunstâncias agravantes ou atenuantes alegadas nos debates*" (Grifei).

Como se constata pela análise da Ata de Julgamento (fls.627), a existência da atenuante da confissão não foi alegada durante os debates (fls. 627).

Conforme comentário de Guilherme de Souza Nucci, "*torna-se inadmissível que o juiz presidente, de ofício, sem debate das partes em plenário, reconheça agravante ou atenuante em sua sentença. Cuida-se de nulidade absoluta*" (CPP Comentado, 12ª edição, RT, São Paulo, pág. 910) (Grifei).

Se tal raciocínio vale quanto a sentença a ser prolatada pelo Juiz Presidente, vale, também, em relação ao Acórdão a ser proferido em grau de apelação.

Diante do exposto, pelo meu voto, também conheço apenas em parte do recurso e, na parte conhecida, **nego-lhe provimento.**

DE PAULA SANTOS, Revisor

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0033335-

62.2014.8.26.0602, da Comarca de Sorocaba, em que é apelante TADIA FERNANDA DE ALMEIDA, 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: "Deram parcial provimento ao recurso defensivo, para redimensionar a pena da ré para 01 (um) ano e 03 (três) meses de reclusão, mais o pagamento de 12 (doze) dias-multa, no piso mínimo, mantida, no mais, a r. sentença condenatória. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 28.859)**

O julgamento teve a participação dos Exmo. Desembargadores SÉRGIO COELHO (Presidente), ROBERTO SOLIMENE e AMARO THOMÉ.

São Paulo, 17 de março de 2016.

SÉRGIO COELHO, Relator

Ementa: Apelação. Uso de documento público falso, em continuidade delitiva. Pleito absolutório. Impossibilidade. Confissão da ré, depoimentos das testemunhas acusatórias e prova pericial que sustentam os fatos descritos na denúncia. Pena. Aumento pela continuidade delitiva que deve guardar proporção com o número de crimes praticados. Quatro delitos que recomendam majoração na fração de 1/4. Pena redimensionada. Regime aberto e substituição mantidos. Recurso parcialmente provido, com a redução da pena.

VOTO

Pela r. sentença de fls. 113/114, cujo relatório fica adotado, **TADIA FERNANDA DE ALMEIDA** foi condenado à pena de 01 (um) ano e 08 (oito) meses de reclusão, em regime inicial aberto, e pagamento de 16 (dezesseis) dias-multa, no piso mínimo, por incursa no artigo 304, c.c. o artigo 298, "caput" (três vezes), na forma do artigo 71, todos do Código Penal, substituída a pena privativa de liberdade por uma restritiva de direitos, consistente em prestação de serviços à comunidade, por igual período, e prestação pecuniária, no importe de 01 (um) salário mínimo.

Não se conformando, apelou a sentenciada em busca da absolvição por insuficiência de provas. Subsidiariamente, pede seja aplicada a fração mínima de aumento pela continuidade (fls. 132/134).

O recurso foi regularmente processado com contrarrazões (fls. 136/139),

Acesso ao Sumário

manifestando-se a douta Procuradoria Geral de Justiça pelo não provimento do apelo (fls. 145/150).

Este é o relatório.

Cumpre, antes de tudo, ressaltar que o processo teve andamento regular e à defesa foi assegurada amplitude, de acordo com o devido processo legal.

A condenação da ré foi bem decretada.

Tadia Fernanda de Almeida foi condenada porque, nas circunstâncias de tempo e lugar descritas na denúncia, de forma continuada, por quatro vezes, fez uso de documento falso particular, consistente em atestado médico.

Segundo o apurado, Tadia compareceu ao Hospital Samaritano de Sorocaba e passou por consulta médica, sendo atendida pela Dra. Paula Roberta Ribeiro Silva, a qual forneceu à acusada um atestado médico com recomendação de afastamento do trabalho no período da tarde do mesmo dia. Todavia, a ré falsificou o referido atestado e nele inseriu informações falsas, entregando-o ao setor de recursos humanos da empresa "Gota Limpa".

Apurou-se, ainda, que a apelante falsificou outros três atestados médicos em datas posteriores e também os entregou na empresa que trabalhava, todavia a empresa suspeitou e, consultado o hospital, constatou-se então a falsidade das informações.

A materialidade ficou comprovada pelo boletim de ocorrência de autoria conhecida (fls. 04/05), documentos (fls. 07/08, 11, 34/37) e laudo pericial (fls. 19/22), que concluiu que a assinatura do médico foi impressa e os lançamentos foram preenchidos pela ré.

A autoria é, por igual, induvidosa.

Tanto na fase preparatória da ação penal (fls. 49), como em juízo (109 e 110/mídia), a acusada confessou a prática do delito, dizendo ter falsificado os atestados médicos porque estava com problemas pessoais.

A confissão da apelante foi corroborada pelos relatos das testemunhas acusatórias, que confirmaram os fatos descritos na denúncia.

Marilene Aparecida Pedroso disse que a ré trabalhou na empresa "Gota Limpa" por três meses, e apresentou os atestados médicos falsos (fls. 108 e 110/mídia).

Paula Roberta Ribeiro Silva disse ter atendido a acusada somente uma única vez, quando forneceu o atestado médico para aquele dia, sendo os demais constantes dos autos falsos (fls. 91 e 92/mídia).

Impunha-se, assim, o decreto condenatório pelo delito descrito no artigo 304, do Código Penal, desmerecendo guarida a tese de fragilidade probatória ventilada no pleito recursal.

Passo à análise da pena.

Acesso ao Sumário

A básica foi fixada no mínimo legal e assim mantida na segunda etapa. Na terceira fase do cálculo, em face da continuidade delitiva, sendo quatro os delitos praticados pela ré, entendo exagerado o aumento de 2/3 (dois terços) aplicado na origem, mostrando-se mais adequado, a meu ver, o acréscimo na fração de 1/4 (um quarto), totalizando a pena de 01 (um) ano e 03 (três) meses de reclusão, mais o pagamento de 12 (doze) dias- multa, no piso mínimo.

Com efeito, o vetor para o aumento da pena entre 1/6 (um sexto) e 2/3 (dois terços) é o número de crimes, exclusivamente. Essa é a jurisprudência do C. Superior Tribunal de Justiça: *PENAL E PROCESSO PENAL. RECURSO ESPECIAL. INSTITUTO CANDANGO DE SOLIDARIEDADE (ICS) - PECULATO E LAVAGEM DE DINHEIRO. OFENSA AOS ARTS. 381, III, E 619, AMBOS DO CPP. INOCORRÊNCIA. ACÓRDÃO DEVIDAMENTE FUNDAMENTADO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. NÃO OCORRÊNCIA. ERROS MATERIAIS NÃO APONTADOS. AUSÊNCIA DE RAZÕES JURÍDICAS DA VULNERAÇÃO. FUNDAMENTAÇÃO DEFICIENTE. SÚMULA 284/STF. VIOLAÇÃO AO ART. 79 DO CPP. DESRESPEITO A DECISÃO PROFERIDA NESTE STJ. INOCORRÊNCIA. FEITO JULGADO PREJUDICADO. DISPOSITIVO DE LEI QUE NÃO AMPARA A PRETENSÃO RECURSAL. FUNDAMENTAÇÃO DEFICIENTE. SÚMULA 284/STF. PLURALIDADE DE RÉUS. FEITOS EM FASES DIVERSAS. CONEXÃO DESACONSELHÁVEL. ACÓRDÃO EM CONFORMIDADE COM A JURISPRUDÊNCIA DESTE TRIBUNAL. SÚMULA 83/STJ. NEGATIVA DE VIGÊNCIA AOS ARTS. 231 E 234, AMBOS DO CPP. INOCORRÊNCIA. PEDIDO DE DILIGÊNCIAS. INDEFERIMENTO FUNDAMENTADO. AUSÊNCIA DE CERCEAMENTO DE DEFESA. ARESTO DE ACORDO COM O ENTENDIMENTO DO STJ. SÚMULA 83/STJ. AUSÊNCIA DE EFETIVO PREJUÍZO. PAS DE NULLITÉ SANS GRIEF. MALFERIMENTO AO ART. 198, § 1º, DO CTN. DISPOSITIVO NÃO ANALISADO. AFRONTA AO ART. 157 E 402, AMBOS DO CPP. ALEGAÇÃO DE QUEBRA DE SIGILO FISCAL E EXISTÊNCIA DE PROVAS ILÍCITAS. TESES JURÍDICAS NÃO APRECIADAS. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULAS 211/STJ, 282/STF E 356/STF. CONTRARIEDADE AOS ARTS. 327, § 1º, E 312, AMBOS DO CP. INEXISTÊNCIA. DIRIGENTES DO INSTITUTO CANDANGO DA SOLIDARIEDADE. EQUIPARAÇÃO A FUNCIONÁRIOS PÚBLICOS PARA OS FINS PENAIS. CARACTERIZAÇÃO. VILIPENDIO AOS ARTS. 312 DO CP, E 386, VII, DO CPP. ABSOLVIÇÃO. DESATENDIMENTO AOS ARTS. 49 E 60, AMBOS DO CP. PENA DE MULTA. REEXAME DE MATÉRIA FÁTICA. VEDAÇÃO. SÚMULA 7/STJ. OFENSA AOS ARTS. 1º, V, DA LEI Nº 9.613/98 E 386, III, DO CPP. ACÓRDÃO ASSENTADO EM MAIS DE UM FUNDAMENTO SUFICIENTE. RECURSO QUE NÃO ABRANGE TODOS ELES. SÚMULA 283/STF. VIOLAÇÃO AO ART. 59 DO CP. PARCIAL OCORRÊNCIA. DOSIMETRIA*

Acesso ao Sumário

DA PENA. CONSEQUÊNCIAS DO CRIME. PREJUÍZO EXACERBADO AOS COFRES PÚBLICOS. FUNDAMENTO IDÔNEO. CONDUTA SOCIAL E PERSONALIDADE. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. PENA-BASE REDUZIDA PROPORCIONALMENTE. NEGATIVA DE VIGÊNCIA AO ART. 71 DO CP. INEXISTÊNCIA. ***CONTINUIDADE DELITIVA. AUMENTO JUSTIFICADO PELO NÚMERO DE INFRAÇÕES COMETIDAS. POSSIBILIDADE.*** *ACÓRDÃO EM CONFORMIDADE COM A JURISPRUDÊNCIA DESTA CORTE. SÚMULA 83/STJ. RECURSO ESPECIAL A QUE SE DÁ PARCIAL PROVIMENTO. (...) 16. "****O aumento da pena pela continuidade delitiva, dentro do intervalo de 1/6 a 2/3, previsto no art. 71 do CPB, deve adotar o critério da quantidade de infrações praticadas. Assim, aplica-se o aumento de 1/6 pela prática de 2 infrações; 1/5, para 3 infrações; 1/4, para 4 infrações; 1/3, para 5 infrações; 1/2, para 6 infrações; e 2/3, para 7 ou mais infrações****". (AgRg no REsp 1169484/RS, Rel. Min. JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, DJe 16/11/2012) 17. Recurso especial parcialmente provido.* (STJ - REsp 1519662/DF, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 18/08/2015, DJe 01/09/2015).

O regime inicial aberto e a substituição foram criteriosamente aplicados e não comportam modificação.

Pelo exposto, dou parcial provimento ao recurso defensivo, para redimensionar a pena da ré para 01 (um) ano e 03 (três) meses de reclusão, mais o pagamento de 12 (doze) dias-multa, no piso mínimo, mantida, no mais, a r. sentença condenatória.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0004622-16.2008.8.26.0270, da Comarca de Itapeva, em que é apelante/apelado ALEXANDRE DE SOUZA LEBRAO e Agravante ELAINE MOREIRA LOPES e Apelante/A.M.P MARLENE MORAES MACIEL, 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 da defesa e ao reclamo da assistente de acusação para manter a r. sentença na íntegra por seus próprios fundamentos. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 3.142)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores FERNANDO SIMÃO (Presidente sem voto), FREITAS FILHO e OTAVIO ROCHA.

Acesso ao Sumário

São Paulo, 25 de fevereiro de 2016.
ALBERTO ANDERSON FILHO, Relator

Ementa: APELAÇÃO CRIMINAL – Homicídio culposo no exercício da profissão – Medicina – Negligência e imperícia evidenciadas – Manutenção da r. sentença condenatória – Recursos desprovidos.

VOTO

Trata-se de recursos de apelação interpostos contra a r. sentença de fls. 750/759, cujo relatório se adota, que julgou procedente a ação penal para condenar **ALEXANDER DE SOUZA LEBRÃO e ELAINE MOREIRA LOPES**, qualificados nos autos, como incursos no artigo 121, §§3º e 4º, do Código Penal, à pena de 01 (um) ano e 04 (quatro) meses de detenção, em regime inicial aberto, substituída a pena por restritiva de direitos consistente em prestação de serviço à comunidade.

Pretende a assistente de acusação sejam os réus penalizados também com base no artigo 47, inciso II e 56, ambos do Código Penal, para que não exerçam a profissão durante o período de cumprimento de pena.

Os réus pretendem absolvição, sob o argumento de que a condenação se deu apenas com base no depoimento da mãe da falecida; ausência de provas; atipicidade do fato; ausência de nexo de causalidade, além da obrigação de meio e não de fim. Subsidiariamente, almejam o afastamento da causa de aumento de pena (fls. 797 e 823/847; e 798 e 802/822).

Regularmente processados os recursos interpostos, com o oferecimento das contrarrazões (fls. 849/856; 866/878; 907/927), vieram os autos a esta Instância, tendo a Douta Procuradoria Geral de Justiça opinado pelo desprovimento dos reclamos da defesa, com o provimento do recurso interposto pela assistente da acusação (fls. 949/953).

É o relatório.

Os recursos não merecem provimento.

Os réus, nos dias 06, 08 e 09 de janeiro de 2008, no exercício de sua profissão como médicos, agindo de forma negligente e imperita e sem observar as regras técnicas, deram causa à morte da adolescente Karla Gabriella Lima Moraes.

Apurou-se que a vítima foi atendida por Elaine no pronto socorro em 03/01/2008. Mesmo com a adolescente sentindo muitas dores, a médica não chegou a lhe examinar, tendo prescrito um medicamento para hemorroidas, além do encaminhamento a um proctologista (cf. fls. 50/52).

Acesso ao Sumário

No dia 08/01/2008, à noite, a vítima novamente se dirigiu a Santa Casa, em virtude das dores e por não conseguir sequer caminhar. Nessa oportunidade, foi atendida por Alexander, que não obteve êxito no exame físico (apalpação abdominal) pelo fato de a vítima não suportar as dores na região. Sem aferir os sinais vitais ou pedir exames, foi diagnosticada gastrite e a recomendação de novos remédios.

A paciente ficou em observação, sendo que mesmo às 22h as dores não haviam cessado. O médico foi chamado e por outra vez indicou nova medicação. O quadro clínico da paciente piorou, com crises de vômito, refluxo e infiltração, além de que seu abdômen estava distendido.

Na madrugada, por volta da 1h, Alexander determinou a internação da adolescente, prescreveu dieta e medicamentos, e solicitou exames. De posse do resultado do raio X, o médico constatou que a paciente apresentava o aumento da câmara gástrica nível hidroaéreo nas alças intestinas. O agravamento do quadro fez com que Alexander acionasse a equipe cirúrgica, mas pela falta de leito, permaneceu a vítima em uma maca no corredor da sala de espera.

Às 4h20, o denunciado foi informado pela enfermagem que a vítima estava pálida, apresentava extremidades frias, baixa pressão arterial, algia abdominal, náuseas e vontade evacuar. De posse de tais informações, Alexander solicitou a presença da equipe cirúrgica, todavia, a adolescente já não possuía mais condições de ser submetida a uma cirurgia, vindo a óbito às 6h40.

A materialidade está comprovada pelo boletim de ocorrência (fls. 03/04), laudo de exame necroscópico (fls. 05/12), ficha de atendimento ambulatorial da Santa Casa (fls. 50 e 55), relatório de serviço de hemoterapia (fl. 57), relatório de prescrição médica e de enfermagem (fls. 58/61), laudos de exame de raio-X (fls. 62/63), ultrassonografia (fl. 64), registro de internação (fl. 65), informação de internação (fl. 66) e cópia da certidão de óbito (fl. 69).

Por primeiro, é inquestionável o nexo de causalidade entre a conduta dos réus e o evento morte.

A ré Elaine diagnosticou hemorroidas sem examinar a vítima ou solicitar exames.

Em Juízo, a médica informou que atendeu a vítima por solicitação de um dos responsáveis pela enfermagem, como um favor, pois a vítima queria um encaminhamento ao proctologista. A vítima relatou dor anal e em nenhum momento mencionou dores abdominais ou algo do gênero. Declarou que tentou fazer exame físico, mas que ela se recusou, por isso só procedeu ao encaminhamento a um especialista.

A testemunha Daiane Sabater, que acompanhou a vítima, disse que Elaine apenas perguntou o que a paciente sentia, mas não realizou nada além, tampouco determinou a feitura de exames. Ao contrário do relatado pela médica, disse que

Acesso ao Sumário

a adolescente afirmou sentir dores abdominais. A genitora da vítima apresentou a mesma versão dos fatos.

O réu Alexander, comunicado diversas vezes da situação da paciente, não a examinou fisicamente, deixou de solicitar exames e acionar a equipe cirúrgica ainda com tempo hábil. Ainda, ignorou o resultado constante do raio X realizado, que indicava sinais sugestivos de perfuração gástrica (fl. 62).

O médico alegou que dispensou todos os cuidados necessários, contudo pela piora abrupta não foi possível salvar a paciente. Afirmou ter procedido ao exame clínico e constatou por meio da apalpação que a vítima apresentava dor localizada na região epigástrica. Acrescentou que entre a entrada na sala de observação até sua internação não apresentou nenhum intercorrência clínica, por isso permaneceu atendendo os demais pacientes do pronto socorro. Confirmou que após dias solicitou os primeiros exames, porquanto a paciente apresentava um "quadro sintomático arrastado" (fls. 753 vº). Reafirmou que não havia nada que apontasse a necessidade de uma cirurgia no início.

Contrariando tal versão, a avó da adolescente mencionou que sua neta sofria de dores insuportáveis.

Fato é que os demais funcionários do hospital apresentaram declarações contraditórias na fase inquisitiva e em Juízo. É possível notar que, perante o Delegado de Polícia, as testemunhas demonstraram o real estado da vítima, com dores e muito sofrimento, sendo atendida de forma duvidosa. Em Juízo, tentaram isentar os médicos de culpa, dizendo que tudo foi realizado corretamente, com a dispensa de tratamento ideal à paciente.

É claro que a vítima apresentava quadro grave, com fortes dores que não cessavam, além de piora gradativa. Na ficha de atendimento ambulatorial, preenchida por Elaine, não consta registro de que a vítima tenha se recusado a realizar exame clínico.

Não faz sentido algum que um médico, em um hospital de grande porte, diante de uma situação como essas, apenas indique remédios, sem uma investigação apurada. Da mesma forma, não há explicação para que um profissional, sabendo do retorno da paciente ao hospital, aguarde sua piora para tomar medidas mais drásticas, tais como a intervenção cirúrgica.

Como responsáveis pela paciente, deveriam ter tomado todas as medidas cabíveis em tempo oportuno, o que não foi feito. A desídia dos médicos foi responsável pelo agravamento do estado da vítima, os quais como profissionais tinham o dever de agir para evitar o resultado morte.

Pelas provas acostadas, resta evidenciada a negligência e a imperícia por parte dos réus.

Pelo exposto, tem-se como afastadas as teses de atipicidade, ausência de nexo de causalidade e a alegação de obrigação meio e não fim.

Acesso ao Sumário

Consigne-se que o erro médico nada mais é que a falha no exercício da profissão, demonstrando, pois, que os profissionais não estão aptos a exercê-la de forma plena. Entretanto, a proibição do desempenho do trabalho, como pretende a assistente de acusação, acarretaria consequências gravosas, já que a medicina é o meio que possuem para subsistência e muito provavelmente também de seus parentes, o que, a meu ver, não seria uma boa alternativa para resolução deste caso.

Entendo que a reprimenda imposta pelo magistrado de primeiro grau deva ser mantida em 01 (um) ano e 04 (quatro) meses de detenção, em regime aberto, agravada a pena mínima em 1/3 (um terço) pela inobservância de regra técnica de profissão.

É caso de se manter a substituição pela restritiva de direitos, consistente na prestação de serviços à comunidade pelo mesmo período da pena corpórea, em local a ser determinado pelo Juízo das Execuções.

Não se vislumbra razão para que seja determinada a suspensão do exercício da profissão como pretende a assistência do Ministério Público.

Ante o exposto, nega-se provimento aos recursos da defesa e ao reclamo da assistente de acusação para manter a r. sentença na íntegra por seus próprios fundamentos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0002275-56.2010.8.26.0038, da Comarca de Araras, em que é apelante MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, é apelado MELCHIOR ALVES ROSA.

ACORDAM, em 16ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 28.060)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores GUILHERME DE SOUZA NUCCI (Presidente) e OTÁVIO DE ALMEIDA TOLEDO.

São Paulo, 15 de março de 2016.

NEWTON NEVES, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: MEDICAMENTOS – Ter em depósito para a venda ou entrega a consumo medicamentos sem

registro do órgão de vigilância sanitária competente, conforme resolução da ANVISA – Absolvição pela falta de materialidade do delito – Não comprovação da elementar "para a venda e/ou entrega a consumo" – Absolvição mantida – Recurso improvido.

VOTO

A r. sentença de fls. 257/258, com relatório adotado, julgou improcedente a denúncia para absolver MELCHIOR ALVES ROSA da acusação da prática do delito do art. 273, §1º-B, inciso I, do CP, por falta de provas da materialidade e de autoria, com fundamento no art. 386, inciso VII, do CPP.

Recorre o Ministério Público sustentando que está comprovada a materialidade e que o medicamento seria destinado à venda ou e/ou entrega a consumo de terceiros, em busca da condenação do recorrido (fls. 270/275).

Contrarrazões às fls. 324/325.

A d. Procuradoria Geral de Justiça propôs o provimento do recurso (fls. 328/330).

É o relatório.

O recurso não comporta provimento.

Melchior Alves Rosa foi denunciado como incurso no art. 273, §1º-B, inciso I, do Código Penal, porque no dia 11/03/2010, por volta das 14h30min, na Av. Loreto, 1104, Comarca de Araras, tinha em depósito para a venda e/ou entrega a consumo, produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais, consistente em 81 comprimidos de Pramil (Sildenafil 50mg), acondicionados em 04 cartelas com 20 comprimidos cada uma e 01 comprimido isolado, sem registro do órgão de vigilância sanitária competente, conforme resolução ANVISA Re 2.997, de 12/09/06.

Imputa a denúncia que policiais civis de Araras vinham recebendo informações de que o recorrido realizava abortos clandestinos em sua casa e que cometia condutas médicas ilegais, apesar de ser farmacêutico. Foi deferida judicialmente incursão em sua residência e em sua casa.

Em cumprimento ao mandado de busca e apreensão na farmácia do apelado, os policiais encontraram na sala de injeções, dentro de uma gaveta, um comprimido de Pramil. Dentro de um armário, os policiais encontraram escondidas quatro cartelas de Pramil intactas, contendo cada uma vinte comprimidos, produtos estes sem registro na ANVISA.

Na casa do recorrido encontraram também inúmeros materiais e instrumentos usados na medicina, bem como um carimbo em nome do médico Edson de Souza Brito Garcia, CRM 47.103, que faz parte de inquérito policial

Acesso ao Sumário

autônomo, em função de anterior investigação para apuração de crime de tentativa de aborto.

Conclui a denúncia que diante da prisão em flagrante de Melchior com os medicamentos, da natureza e quantidade destes, das investigações policiais, dos antecedentes criminais e da fama do réu dos meios policiais e demais elementos dos autos, os medicamentos seriam entregues a consumo de terceiras pessoas.

Ao cabo da instrução processual não se desincumbiu a acusação de comprovar a materialidade do delito e que as cápsulas apreendidas seriam destinadas à venda e/ou entrega a consumo de terceiros, motivo pelo qual deve prevalecer a r. sentença atacada.

Restou comprovado sob o crivo do contraditório que os policiais civis Fernando César e Benedito Marcos, em cumprimento a mandado de busca e apreensão expedido em razão de notícia de suposta venda de medicamentos abortivos pelo réu, apreenderam as quatro cartelas com rótulo estampando "pramil" na residência do réu.

Melchior admitiu ter adquirido os comprimidos nesta capital e alegou que iria consumi-los.

A localização dos comprimidos na residência e na conjugada farmácia de Melchior é fato cabalmente comprovado nos autos, nada trazendo as testemunhas de defesa a lançar dúvidas sobre a apreensão dos comprimidos.

Contudo, e como bem fundamentado pelo d. juiz de Direito, "*o laudo pericial é incompleto e não deixa certo se os comprimidos apreendidos ostentam o princípio ativo mencionado na Resolução ANVISA copiada às fls. 27*".

De fato, o laudo pericial de fls. 123/124 é demasiadamente precário e raso em seu conteúdo, limitando-se a descrever a aparência do que foi apreendido, indicando que eram quatro cartelas com vinte comprimidos cada e um comprimido avulso, de cor azul, estampado ser Pramil Sildenafil 50mg, contendo no verso dizeres em outro idioma: "*Elaborado por LAQUIMICA FARMACEUTICA S.A. Para su Division NOVOPHAR*".

Neste quadro, não há como se condenar o réu como incurso no art. 273, §1º-B, inciso I, do Código Penal, pela venda de comprimidos cujo conteúdo é incerto.

Aceitar o contrário seria admitir, em paralelo, condenação por tráfico de entorpecentes (art. 33, ***caput***, da Lei n.º 11.343/06) a indivíduo surpreendido com embalagens estampando no rótulo os dizeres "***marihuana***" ou "***cannabis sativa***", com escritos em idioma de país no qual a comercialização e o consumo de tal substância é permitido.

A dúvida sobre a presença ou não do princípio ativo nos comprimidos implica, inclusive, em invencível incerteza quanto ao correto enquadramento do fato à norma penal incriminadora, a exemplo do delito de ter em depósito

Acesso ao Sumário

produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais falsificado, corrompido, adulterado ou alterado.

Além de não comprovada a materialidade do delito, também não restou comprovada a circunstância elementar do tipo penal incriminador consistente no fato de que aqueles comprimidos seriam destinados para a venda e/ou entrega a consumo.

Não há nos autos sequer notícia anônima de que Melchior já vendeu ou costumava vender ou entregar o medicamento ao consumo de terceiros.

A localização dos comprimidos na residência e no estabelecimento comercial que mantinha não indica, sozinha, de modo seguro que seriam destinados ao consumo de terceiros.

A circunstância do local onde foram localizados os comprimidos revela indícios e suspeitas de que seriam destinados a terceiros.

Contudo, admitir como certa a destinação por esta isolada circunstância representa admitir condenação por dedução sem qualquer amparo ou complementação na prova colhida, o que não é aceito para a prolação de sentença penal condenatória.

Correta e coerente ao acervo probatório colhido a r. sentença absolutória porque frágil é a prova no tocante à materialidade do crime e à circunstância elementar do tipo penal consistente na destinação dos comprimidos a entrega ou venda a consumo.

Do exposto, e pelo meu voto, nego provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos nesses autos de Apelação nº 0005121-12.2012.8.26.0156, da Comarca de Cruzeiro, em que é apelante MARCO ANTONIO FERREIRA DE OLIVEIRA, 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: "Julgaram prejudicado o recurso da defesa, acolheram a preliminar trazida em contrarrazões ministeriais e, desclassificando a conduta para o crime do art. 12, § 2º, da Lei nº 9.609/1998: (i) decretaram a nulidade do feito, desde o recebimento da denúncia; e (ii) na forma do art. 103, cc. o art. 107, IV, ambos do Código Penal, decretaram a extinção de punibilidade do acusado, face à ocorrência da decadência. V.U." de conformidade com o voto de Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 38.550)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores IVAN

Acesso ao Sumário

SARTORI (Presidente) e EUVALDO CHAIB.

São Paulo, 22 de março de 2016.

LUIS SOARES DE MELLO, Relator

Ementa: Violação de direito autoral (art. 184, § 2º, do Cód. Penal). Condenação na origem. Denúncia que descreve exposição à venda de cópias não autorizadas de jogos de videogame. Material classificado como programa de computador, nos termos do art. 1º da Lei nº 9.609/1998. Conduta que se amolda na descrição típica do art. 12, § 3º, da L. nº 9.609/98 (violação de direitos de autor de programa de computador). Precedentes deste E. Tribunal de Justiça. Crime de ação penal privada exclusiva. Ilegitimidade ativa do Ministério Público. Declaração de nulidade processual, desde o recebimento da denúncia. Inexistência de queixa-crime oferecida no prazo semestral. Decadência do direito de ação. Recurso prejudicado, com decretação da extinção da punibilidade (art. 103, cc. art. 107, IV, ambos do Cód. Penal).

VOTO

Visto.

Ao relatório da sentença douta, que se acolhe e adota, acrescenta-se que **Marco Antonio Ferreira de Oliveira** saiu **condenado** às penas de ***2 anos de reclusão*** (regime aberto), ***mais 10 dias-multa***, mínimo valor unitário – *substituída a corporal por restritiva de direito* – , pela prática da infração penal capitulada no art. 184, § 2º, do Código Penal (*violação de direito autoral*).

O apelo do acusado – *f. 78/83* – pretende, essencialmente, a modificação do julgado em sua parte meritória e conclusiva, buscando a improcedência da demanda e consequente inversão do resultado, com absolvição, por ***(i)*** atipicidade da conduta, diante da falsificação grosseira das mídias, ou ***(ii)*** insuficiência probatória quanto à materialidade delitiva.

Sobrevieram contrarrazões que, por equívoco, não diziam respeito a este processo – *f. 103/104.*

Autos distribuídos – *f. 108* –, foram imediatamente encaminhados à douta Procuradoria de Justiça que, após vista regular, concluiu, em parecer respeitável, pela conversão do julgamento em diligência, para juntada de contrarrazões, e, no mérito, pelo improvimento do inconformismo recursal – *f. 109/118* –, chegando

Acesso ao Sumário

o feito ao Gabinete do Relator aos *16.out.2014 – f. 119.*

O julgamento foi convertido em diligência para aquela finalidade – *124/127.*

A seguir, o Ministério Público apresentou peça de contrarrazões – *f. 139/141* –, defendendo ***(i)*** a nulificação do feito desde o recebimento da denúncia, uma vez que a conduta descrita na exordial se amoldaria ao crime previsto no art. 12, § 2º, da Lei nº 9.609/1998 (*violação de direitos de autor de programa de computador*), de ação penal privada, e ***(ii)*** a declaração da extinção da punibilidade do réu, por força da decadência, pois transcorrido o prazo legal sem o oferecimento de queixa-crime.

Autos novamente conclusos aos ***3.dez.2015*** *– f. 149.*

É o relatório.

Desnecessário o exame meritório.

Isto porque inegavelmente presente, "*in casu*", o vício de **nulidade processual** apontado pelo d. representante ministerial em peça de contrarrazões.

Com efeito, precisamente como alegado pelo "*Parquet*", a denúncia imputa ao réu a conduta de expor à venda cópias não autorizadas de ***jogos de videogame***, armazenadas em *584 mídias (DVD's).*

Por sua vez, o laudo pericial de *f. 7/10* atesta que as mídias apreendidas, contendo ***jogos eletrônicos***, não são originais.

Trata-se, assim, de material que se amolda ao conceito de **programa de computador** ("*software*"), nos termos definidos pelo art. 1º da Lei nº 9.609/1998:

> *"Art. 1º Programa de computador é a expressão de um conjunto organizado de instruções em linguagem natural ou codificada, contida em suporte físico de qualquer natureza, de emprego necessário em máquinas automáticas de tratamento da informação, dispositivos, instrumentos ou equipamentos periféricos, baseados em técnica digital ou análoga, para fazê-los funcionar de modo e para fins determinados."*

De efeito.

Depreende-se dos autos que as mídias encontradas em poder do réu consistem ***exclusivamente*** em cópias de jogos virtuais, que, instalados em computador ou aparelho de videogame, permitem a execução das atividades a que se destinam.

De sorte que o material é compreendido no conceito legal de programa de computador, acima indicado.

Por conseguinte, a conduta imputada ao acusado, tal como descrita na denúncia – *exposição à venda de cópias de jogos de videogame, produzidas com violação de direito autoral* – amolda-se, verdadeiramente, na figura típica contida no **art. 12, § 2º, da Lei nº 9.609/1998.**

Acesso ao Sumário

Nesses termos, não há que se falar, "*data venia*", na caracterização do crime de violação de direito autoral (*art. 184, § 2º, do Cód. Penal*), mas sim do delito de ***violação de direitos de autor de programa de computador*** (*art. 12, § 2º, da Lei nº 9.609/1998*).

Assim tem decidido reiteradamente este E. Tribunal de Justiça, como em recentíssimo julgado desta C. Câmara Criminal:

> *"Ementa: APELAÇÃO – VIOLAÇÃO DE DIREITO AUTORAL – Jogos de videogame – programas de computador – Conduta que se amolda do art. 12, § 2º, da Lei 9.609/98 – Tipo penal que não foi descrito na denúncia – Aplicação em Segundo Grau do disposto no art. 384 do CPP – Impossibilidade – Súmula 453 do STF – Absolvição de rigor – Recurso defensivo provido."* (Apelação Criminal nº 0000223-15.2012.8.26.0201, 4ª Câmara de Direito Criminal, Rel. Des. Edison Brandão, j. 15/12/2015, v.u.)

Firmada a correta capitulação legal da conduta descrita na peça exordial, observa-se que se trata de crime de ***ação privada exclusiva***, procedendo-se mediante **queixa**, pois não comprovadas as exceções previstas no art. 12, § 3º, da Lei nº 9.609/1998 (*prejuízo de entidade de direito público, autarquia, empresa pública, sociedade de economia mista ou fundação instituída pelo poder público, ou resultado de sonegação fiscal, perda de arrecadação tributária ou prática de crime contra a ordem tributária ou contra as relações de consumo*).

Por este motivo, possui plena razão o d. representante ministerial ao apontar, em contrarrazões, que falece legitimidade ao Ministério Público para promover a ação penal contra o acusado.

Forçoso, assim, o reconhecimento da **nulidade** do feito desde a ***decisão de recebimento da denúncia.***

Além disso, tendo em vista que os fatos ocorreram em ***30.mar.2012*** *(f. 3/4) – data em que se tornou conhecida a autoria delitiva* – e, também, que foi certificada nos autos a inexistência de queixa ofertada contra o réu a respeito daqueles (*f. 135*), conclui-se que o prazo semestral para oferecimento da ação privada há muito já se esgotou (*art. 103 do Código Penal e art. 38 do Cód. de Processo Penal*).

Daí porque ocorrida a **decadência**, causa de extinção da punibilidade.

Necessária a decretação da ***extinção da punibilidade*** do acusado, dessarte.

Precisamente esta a solução reiteradamente adotada por este E. Tribunal, em casos semelhantes:

> "*Ementa: VIOLAÇÃO DE DIREITO AUTORAL. Impetração ministerial visando à anulação da sentença, determinando a instrução do feito até final condenação do apelado no delito previsto no artigo 184, §2º, do CP – IMPOSSIBILIDADE – Conduta deve ser desclassificada para o crime previsto no artigo 12, §2º, da Lei 9.609/98 – Delito de ação penal*

Acesso ao Sumário

privada que se procede mediante queixa – DVDs de jogos eletrônicos (videogames) são considerados espécies de programas de computador – Processo anulado desde o início, com rejeição da denúncia – Extinta a punibilidade do agente pela decadência do direito de representação – RECURSO PREJUDICADO, com reconhecimento da EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE do apelado pela ocorrência da decadência." (Apelação Criminal nº 0006851-26.2010.8.26.0642, TJSP, 3ª Câmara de Direito Criminal, Rel. Des. Ruy Alberto Leme Cavalheiro, j. 29/09/2015, v.u.)

"Ementa: VIOLAÇÃO DE DIREITO DE AUTOR DE PROGRAMA DE COMPUTADOR (artigo 12, § 2º, da Lei nº 9.609/98) - Apreensão de DVD's de jogos eletrônicos (Playstation 2) - Conduta que tem como objeto a violação de programa de computador - Ação penal de iniciativa privada, nos termos do disposto no artigo 12, § 3º, da Lei nº 9.609/98 - Nulidade por ilegitimidade de parte - Ocorrência - Reconhecimento, de ofício, da nulidade do processo, com a consequente extinção da punibilidade do réu, pelo decurso do prazo decadencial, prejudicado o exame do mérito recursal para esse delito. VIOLAÇÃO DE DIREITO AUTORAL - Réu que também expôs à venda DVD´s contendo cópias não autorizadas de músicas, filmes e shows diversos, com intuito de lucro - Confissão extrajudicial corroborada pelas demais provas dos autos - Autoria e materialidade delitivas demonstradas - Inviável a aplicação do princípio da adequação social - Inteligência da Súmula 502 do STJ - Atipicidade não reconhecida - Condenação devida. PENA E REGIME PRISIONAL - Pena fixada com critério e corretamente - Regime prisional alterado para o aberto - Necessidade - Recurso parcialmente provido." (Apelação Criminal nº 0010676-80.2011.8.26.0047, TJSP, 1ª Câmara Criminal Extraordinária, Rel. Des. Nelson Fonseca Junior, j. 29/10/2015, v.u.) (g.n.)

POSTO, prejudicado o recurso da defesa, acolhe-se a preliminar trazida em contrarrazões ministeriais e, desclassificando-se a conduta para o crime do art. 12, § 2º, da Lei nº 9.609/1998:

(i) decreta-se a nulidade do feito, desde o recebimento da denúncia; e

(ii) na forma do art. 103, cc. o art. 107, IV, ambos do Código Penal, ***decreta-se a extinção de punibilidade do acusado***, face à ocorrência da decadência.

Acesso ao Sumário

Embargos de Declaração

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos de Declaração nº 0003752-75.2013.8.26.0114/50000, da Comarca de Campinas, em que é

embargante FÁBIO DE MORAES BERNAL, é embargado EGRÉGIA 5ª CÂMARA DE DIREITO CRIMINAL.

ACORDAM, em 5ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Rejeitaram os embargos de declaração. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 26.548)**

O julgamento teve a participação dos Exmo. Desembargadores PINHEIRO FRANCO (Presidente sem voto), SÉRGIO RIBAS e JUVENAL DUARTE.

São Paulo, 18 de fevereiro de 2016.

TRISTÃO RIBEIRO, Relator

Ementa: EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. Omissões e contradições do v. acórdão embargado. Inocorrência. Propósito de prequestionamento. Embargos de declaração rejeitados.

VOTO

Vistos.

Trata-se de EMBARGOS DE DECLARAÇÃO oferecidos por FÁBIO DE MORAES BERNAL ao v. acórdão de fls. 598/605, proferido por esta Colenda Câmara, que, por votação unânime, negou provimento ao recurso defensivo e acolheu o inconformismo ministerial para pronunciá-lo, nos termos da denúncia, pela infração do artigo 121, § 2º, inciso II, do Código Penal.

O embargante sustenta que o v. acórdão é contraditório e omisso, por não ter exposto as razões pelas quais não acolheu os argumentos e os elementos de prova trazidos pela defesa em suas razões e contrarrazões, na discussão sobre dolo eventual, qualificadora do motivo fútil e adequação da conduta ao tipo previsto no artigo 302, da Lei nº 9.503/97, e a figura qualificada. Para fim de prequestionamento, pede que se faça menção expressa aos artigos 155, 156, 167 e 413, do Código de Processo Penal, 1º, 18, incisos I e II, e 121, § 2º, inciso II, do Código Penal, e 302, "caput" e § 2º, e 306, da Lei nº 9.503/97.

É o relatório.

Os embargos não comportam acolhimento.

O v. acórdão embargado não contém qualquer omissão, contradição, obscuridade ou ambiguidade, visto que se manifestou expressamente acerca de todas as questões suscitadas nas razões e contrarrazões de inconformismo, dando a cada uma delas a solução reputada adequada pela Turma Julgadora.

E, ainda que não tenha mencionado expressamente os dispositivos legais tidos por violados, o acórdão analisou integralmente a matéria, daí porque não

Acesso ao Sumário

há falar em omissão, pois, de acordo com iterativa jurisprudência, "***interposto o recurso especial pela alínea 'a' do permissivo constitucional, tendo a matéria objeto da irresignação sido debatida no Tribunal de origem, é dispensável a expressa menção dos dispositivos legais tidos por violados, é o chamado prequestionamento implícito***" (STJ, 5ª Turma, REsp 1107991/RS, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, DJe 24.05.2010).

Ressalte-se que simples leitura do v. acórdão evidencia que foram abordadas todas as questões relevantes para o julgamento do recurso em sentido estrito, sopesando-se, na íntegra, os argumentos trazidos pelas partes.

O postulante pretende, na verdade, mediante a utilização dos embargos declaratórios, questionar a correção do julgado e obter, em consequência, a desconstituição do ato decisório. É sabido que os embargos de declaração não devem, em princípio, revestir-se de caráter infringente, admitindo-se-lhes, no entanto, maior elasticidade, em caráter excepcional, nos casos de erro material evidente ou de manifesta nulidade do acórdão, o que não é a hipótese dos autos.

Assim, examinadas de forma clara e motivada as questões suscitadas, não há campo para nova discussão acerca dos fundamentos do v. acórdão embargado, conforme se pretende, tendo em vista que "***os embargos de declaração prestam-se às hipóteses do artigo 535 do Código de Processo Civil e não para rediscutir os fundamentos do acórdão embargado***" (STF, AI-AgR-ED 600070/MG, 2ª Turma, Rel. Min. Eros Grau, DJe 04.04.2008).

Ainda, conforme decisão do Colendo Supremo Tribunal Federal, "***os embargos de declaração, quando regularmente utilizados, destinam-se, precipuamente, a desfazer obscuridades, a afastar contradições e a suprir omissões que se registrem, eventualmente, no acórdão proferido pelo Tribunal. Os embargos declaratórios, no entanto, revelam-se incabíveis, quando a parte recorrente – a pretexto de esclarecer uma inexistente situação de obscuridade, omissão ou contradição, vem a utilizá-los com o objetivo de infringir o julgado e de, assim, viabilizar um indevido reexame da causa, com evidente desvio e subversão da função jurídico-processual para que se acha especificamente vocacionada essa modalidade de recurso***" (AI-AgR-ED 653882/SP, 2ª Turma, Rel. Min. Celso de Mello, j. 02.09.2008).

Acesso ao Sumário

Mencione-se, finalmente, que o Colendo Supremo Tribunal Federal decidiu, recentemente, que a figura do artigo 302, § 2º, do Código de Trânsito Brasileiro, introduzida pela Lei nº 12.971/2014, apenas trata de hipótese de forma qualificada do crime culposo, não impedindo que o agente que assumiu o risco do resultado responda por dolo eventual (HC 131.861, Rel. Min. Gilmar Mendes), tal como, aliás, consta do v. acórdão embargado.

Portanto, inexiste no v. acórdão embargado qualquer omissão ou contradição a ser sanada, estando esgotada a prestação jurisdicional por parte

desta Egrégia Câmara.

Ante o exposto, rejeito os embargos de declaração.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos de Declaração nº 0061047-39.2011.8.26.0050/50000, da Comarca de São Paulo, em que é embargante WILDO BATISTA DA SILVA DUARTE, é embargado COLENDA 15ª CÂMARA DE DIREITO CRIMINAL.

ACORDAM, em 15ª Câmara de Direito Criminal 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 9.599)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores WILLIAN CAMPOS (Presidente) e POÇAS LEITÃO.

São Paulo, 10 de março de 2016.

DE PAULA SANTOS, Relator

Ementa: EMBARGOS DE DECLARAÇÃO – Nulidade não configurada – Defensoria Pública regularmente intimada da sessão de julgamento – Mandado para intimação pessoal cumprido, do qual constou a ciência de que processos adiados ou tidos como sobra seriam incluídos na pauta da sessão subsequente, o que efetivamente ocorreu – Ausência de qualquer ambiguidade, obscuridade, contradição ou omissão no julgado, sendo que o embargante se limitou a alegar a presença daquela nulidade inexistente – Prequestionamento – Desnecessidade de citação numérica dos dispositivos legais invocados – Embargos rejeitados.

VOTO

Cuida-se de embargos de declaração (fls. 184/185) interpostos por WILDO BATISTA DA SILVA DUARTE, em face do Acórdão de fls. 168/179, por meio do qual se negou provimento ao seu apelo, mas foi dado provimento ao recurso da Acusação, para fixação de regime inicial fechado, mantida a condenação do embargante como incurso no artigo 157, §2º, II e V, do Código Penal, a 05 (cinco) anos e 06 (seis) meses de reclusão, além de 13 (treze) dias-

Acesso ao Sumário

multa, no valor unitário mínimo.

Alega o embargante que deve ser reconhecida a nulidade absoluta do v. Acórdão pela falta de intimação da Defensoria Pública da data da sessão do julgamento. Alega que a Defensoria foi intimada para o julgamento a ser realizado em 03/07/2014, mas o julgamento em questão ocorreu no dia 22/07/2014, sem notícia de nova intimação. Requer, assim, o acolhimento e provimento dos presentes embargos, a fim de que seja declarada a nulidade absoluta do julgado, com realização de novo julgamento, agora com a intimação da Defesa.

Lançou-se certidão nos autos (fls. 191), juntando-se extrato de andamento processual (fls. 192/194).

É o relatório.

Não há ambiguidade, omissão, contradição, obscuridade ou qualquer nulidade que macule o julgado.

Ao contrário do afirmado pelo embargante, verifica-se que a Defensoria Pública foi regularmente intimada para o julgamento da apelação por meio do mandado juntado a fls. 164. Referido mandado foi devidamente recebido na Defensoria Pública no dia 13/06/2014, às 12:39, como comprova o protocolo (fls. 164, *in fine*), sendo que o processo em tela consta efetivamente da lista anexa (fls. 165). E no mandado em tela está expressamente consignado que, embora marcada a sessão de julgamento para o dia 03/07/2014, às 13:00 horas, a Defesa ficava ciente de que, caso naquela oportunidade os autos permanecessem como sobra, seriam necessariamente incluídos na pauta da sessão seguinte.

Realmente, na hipótese concreta, de acordo com a certidão lançada a fls. 191 e com o extrato de movimentação processual juntado (fls. 193), na sessão designada para o dia 03/07/2014, o processo foi tido como *sobra* e incluído na pauta da sessão subsequente, que se realizou em 24/07/2014.

Em suma, pelo teor da documentação acostada, pode-se verificar que foi expedido, deveras, mandado para intimação pessoal dos doutos Defensores Públicos do Estado e para que a Defesa, assim, ficasse "*ciente de que os referidos autos encontram-se no Cartório da 15ª Câmara Criminal e que, caso permaneçam como sobra ou adiado, por qualquer motivo, ou até pela não devolução oportuna do presente mandado, serão incluídos na pauta da sessão subsequente*" (fls. 164).

Assim, não que há como negar que a Defesa já estava devidamente intimada e cientificada quando da realização do efetivo julgamento do apelo.

Logo, não há que se falar em nulidade ou ofensa ao exercício do direito de defesa do embargante.

Mostra-se, enfim, inadmissível acolher os presentes embargos.

Quanto ao mais, por ocasião do julgamento toda a matéria foi

Acesso ao Sumário

suficientemente analisada em face da hipótese concreta e de acordo com os elementos constantes dos autos, o que o embargante, aliás, não questiona.

Consigne-se, por derradeiro, que é pacífico o entendimento do C. Superior Tribunal de Justiça no sentido de que, "*tratando-se de prequestionamento, é desnecessária a citação numérica dos dispositivos legais bastando que a questão posta tenha sido decidida*" (ED em RMS nº 18205-SP, rel. Min. Felix Fischer, j. 18.04.2006).

Dessa forma, ante a ausência de qualquer ambiguidade, obscuridade, omissão, contradição ou nulidade, rejeito os presentes embargos de declaração.

Habeas Corpus

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de *Habeas Corpus* nº 2026098-32.2016.8.26.0000, da Comarca de Itatiba, em que é paciente JULIO CÉSAR FERREIRA DE SOUSA e Impetrante PEDRO LUIS CAMARGO.

ACORDAM, em 7ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "INDEFIRIRAM, *in limine*, o processamento da presente impetração com base no artigo 663 do Código de Processo Penal e no artigo 248 do Regimento Interno deste Egrégio Tribunal de Justiça. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 11.508)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores FERNANDO SIMÃO (Presidente sem voto), OTAVIO ROCHA e REINALDO CINTRA.

São Paulo, 18 de fevereiro de 2016.

FREITAS FILHO, Relator

Ementa: HABEAS CORPUS – Reforma da sentença – Via inadequada, havendo recurso próprio – Progressão de regime prisional – Impossibilidade – Indeferimento *in limine* da impetração.

VOTO

Vistos.

Acesso ao Sumário

Trata-se de *Habeas Corpus*, com pedido de liminar, impetrado pelo Advogado PEDRO LUIS CAMARGO, em favor de **JULIO CESAR FERREIRA DE SOUZA**, apontando como autoridade coatora o M.M. Juízo da 1ª Vara de Criminal da Comarca de Itatiba/SP.

Em suma, alega que o paciente sofre constrangimento ilegal por parte do referido juízo em decorrência da fixação de regime inicial fechado para o início do cumprimento da pena.

Aduz que o paciente veio a ser condenado à pena de **01 ano, 06 meses e 20 dias de reclusão, em regime inicial fechado, mais pagamento de 07 dias-multa, no mínimo legal, por furto qualificado** e que este possui características favoráveis, visto que não possui antecedentes criminais e trata-se de réu primário, pretendendo, assim, a reforma da sentença com a consequente fixação de **regime semiaberto ou aberto** para início do cumprimento da pena imposta.

É o relatório.

Da análise dos autos não se constata que o paciente esteja sendo submetido ao alegado constrangimento ilegal, posto que foi denunciado, processado e ao final condenado, tendo sido observado os postulados constitucionais do devido processo legal, da ampla defesa e contraditório, não havendo que se falar em lesão ou ameaça a de lesão ao direito de liberdade do paciente, sanável por esta via estreita de cognição sumária do "writ".

Insta salientar também que o *habeas corpus* não é meio idôneo para discussão acerca do pedido em tela e tampouco pode ser admitido para rever decisões do Juízo Criminal, posto haver recurso previsto em lei para referida finalidade, que é o recurso de apelação.

Assim, com relação ao pedido de reforma da sentença, cumpre observar que o *habeas corpus* não se presta para análise de pedidos de tal natureza, para a qual é via inadequada, sendo referido pleito objeto de recurso de apelação.

Importante ressaltar que o *habeas corpus* não pode ser utilizado como mero sucedâneo recursal, sendo cabível somente em casos de evidente constrangimento ilegal, condizente com o direito de locomoção do paciente, o que não é o caso dos autos.

Nesse sentido:

"EMENTA: CRIMINAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA. Por via de regra, é inviável o reexame, em habeas corpus, da ponderação de circunstâncias consideradas na individualização da pena-base. Recurso a que se nega provimento." (RHC 83719/SP, Rel. Min. Carlos Britto, Primeira Turma, j. 27/04/2004, DJU. 10/09/2004).

"Conquanto o uso do habeas corpus em substituição aos recursos cabíveis ou incidentalmente como salvaguarda de possíveis liberdades em perigo, crescentemente fora de sua inspiração originária tenha sido muito alargado pelos

Tribunais, há certos limites a respeitar em homenagem à própria Constituição, devendo a impetração ser compreendida dentro dos limites da racionalidade recursal preexistente e coexistente para que não se perca a razão lógica e sistemática dos recursos ordinários e mesmo os excepcionais por uma irrefletida banalização e vulgarização do habeas-corpus". (HC 165.156/MS, Rel. Min. Gilson Dipp, informativo n. 465 do STJ).

"CRIMINAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. REGIME INICIALMENTE FECHADO. HABEAS CORPUS PRÉVIO NÃO CONHECIDO. TRAMITAÇÃO CONCOMITANTE AO RECURSO DE APELAÇÃO. MATÉRIA DEDUZIDA NA IMPETRAÇÃO NÃO APRECIADA PELA CORTE DE ORIGEM. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. FLAGRANTE ILEGALIDADE NÃO EVIDENCIADA. ORDEM DENEGADA.

I. Hipótese na qual a matéria ventilada no presente habeas corpus não foi objeto de análise e julgamento pelo Colegiado de origem, que não conheceu da ordem originária em virtude da impropriedade da via eleita, logo a apreciação do pleito defensivo de reforma do regime prisional imposto pela sentença condenatória é defeso a este Tribunal, sob pena de indevida supressão de instância.

II. O recurso de apelação - instrumento ordinariamente previsto no ordenamento jurídico para que os Tribunais de Segundo Grau reexaminem os fundamentos da condenação - foi devidamente interposto, não podendo ser substituído pelo habeas corpus, exceção que se liga necessariamente à violência, à coação, à ilegalidade ou ao abuso - circunstâncias que obviamente não constituem a regra senão a exceção, como no caso em apreço". (HC 239907/SP, Rel. Min. Gilson Dipp, Quinta Turma, j. 12/06/2012, DJU. 01/08/2012).

Como se vê, a ação constitucional de *habeas corpus*, cujo procedimento caracteriza-se pela celeridade e pela sumariedade, não presta para substituir o recurso cabível em face de tal situação, consoante tem proclamado iterativamente a jurisprudência.

A Ministra Rosa Weber, em voto proferido no julgamento do *Habeas Corpus* 104045, defendeu que "O habeas corpus é garantia fundamental que não pode ser vulgarizada, sob pena de sua descaracterização como remédio heroico, e seu emprego não pode servir a escamotear o instituto recursal previsto no texto da Constituição".

Por outro lado, insta salientar, também, que a promoção de regime prisional constitui questão que envolve o exame de um conjunto de requisitos, de ordem objetiva e subjetiva, insuscetível de apreciação nos limites estreitos do *habeas corpus*, remédio jurídico de caráter sumário, que não é o instrumento adequado à análise aprofundada de matéria de fato.

Nestas circunstâncias, o *habeas corpus* merece ser indeferido *in limine*,

Acesso ao Sumário

diante da inadequação do meio eleito que configura a falta de interesse de agir, na forma do artigo 663 do Código de Processo Penal c.c. o artigo 248 do Regimento Interno dessa Egrégia Corte.

Ante o exposto, pelo meu voto, **INDEFIRO**, *in limine*, o processamento da presente impetração com base no artigo 663 do Código de Processo Penal e no artigo 248 do Regimento Interno deste Egrégio Tribunal de Justiça.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de *Habeas Corpus* nº 2265547-47.2015.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é paciente BRUNO PAIVA DA SILVA e Impetrante DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO.

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 n. 31.467)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores SÉRGIO COELHO (Presidente sem voto), AMARO THOMÉ e LAURO MENS DE MELLO.

São Paulo, 25 de fevereiro de 2016.

ROBERTO SOLIMENE, Relator

Ementa: HABEAS CORPUS – Pleito para recorrer em liberdade – Impossibilidade – Paciente condenado pela prática do delito de furto – Increpado que tecnicamente não é reincidente, porém conta com quatro outras condenações por delitos idênticos – Inviolabilidade do princípio constitucional da presunção de inocência – Necessidade de resguardo da ordem pública – Denegação da ordem.

Acesso ao Sumário

VOTO

Relatório

Cuida-se de *habeas corpus* impetrado em favor do paciente Bruno Paiva da Silva, apontando-se como coator o MM. Juiz da 18ª Vara Criminal do Foro Central da Barra Funda da Comarca da Capital.

Em resumo, alega a impetrante que o paciente padece de constrangimento ilegal, porque ausentes os requisitos da prisão preventiva, decretada sem

fundamentação, por delito de somenos em audiência de instrução e julgamento, a ele vedado o direito de recorrer em liberdade.

Indeferida a liminar (fls. 39/41), juntou-se aos autos o r. parecer da D. Procuradoria Geral de Justiça pela denegação da ordem (fls. 44/46).

Voto n. 31.467

Respeitosamente, denego a ordem postulada.

Justifico.

Cf. se vê dos docs. que instruem a impetração, o paciente foi condenado como incurso no art. 155, *caput* do Cód. Penal, sendo-lhe imposta a pena de 1 ano e 6 meses de reclusão, em regime inicial semiaberto, além do pagamento de 15 dias-multa, fixados no mínimo legal, negado o direito de recorrer em liberdade (fls. 16/17).

Com efeito, devidamente justificável a negativa do benefício aludido, sendo certo que a fundamentação pode ser sucinta e simples, bastando que a r. sentença indique os elementos dos autos, em que se apoiou para negar o apelo em liberdade ao increpado.

De acordo com lição de Guilherme de Souza Nucci, "Havendo motivo justo, deve o réu ser recolhido ao cárcere, antes do trânsito em julgado da sentença condenatória... Tudo depende do caso concreto" (cf. Código de Processo Penal Comentado, 10ª ed., RT, 2011, art. 387, nº 58-A, pág. 737).

Nesse sentido a jurisprudência do Col. Pretório Excelso, "A proibição ao direito de o paciente recorrer em liberdade foi devidamente fundamentada" (cf. STF, 2ª T., HC 100.595/SP, relª. Minª. Ellen Gracie, DJe – 045 de 10/03/11).

De igual teor podemos citar outros arestos de nossa Corte Suprema (STF, 1ª T., HC 103.945/SP, rel. Min. Dias Toffoli, DJe – 107 de 06/06/11 e STF, 1ª T., HC 97.883/MG, relª. Minª. Cármen Lúcia, DJe – 152 de 14/08/09 in LexSTF, 368/481).

Deveras, o MM. Juiz destaca que o paciente, pese não ser reconhecidamente reincidente, conta com quatro condenações definitivas por furto, além de estar preso por outro feito (fl. 17).

Atente-se, por fim, que o princípio da *presunção de inocência* (CF, art. 5º, LVII) apenas proíbe que aos acusados sejam aplicados os efeitos penais decorrentes da sentença condenatória transitada em julgado, mas não veda a prisão preventiva, desde que devidamente fundamentada, como no caso ora em apreço.

Ante o exposto, denego a ordem.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de *Habeas Corpus* nº 0083349-76.2015.8.26.0000, da Comarca de Presidente Prudente, em que é paciente DIEGO DE JESUS FEITOZA CALLADO e Impetrante CÁSSIA CILENE GOMES ASSENCIO.

ACORDAM, em 16ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Concederam a ordem, nos termos do v. acórdão. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 3.914)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores GUILHERME DE SOUZA NUCCI (Presidente sem voto), OSNI PEREIRA e NEWTON NEVES.

São Paulo, 1 de março de 2016.

LEME GARCIA, Relator

Ementa: HABEAS CORPUS – Pretensão de imediata inserção do paciente em regime aberto, até o surgimento de vagas no regime intermediário, ou possibilidade de aguardar em prisão domiciliar a abertura de vaga – Constrangimento ilegal pelo excesso na execução por prazo desarrazoado – Ordem concedida.

VOTO

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado pela Dra. Cassia Cilene Gomes Assencio, advogada da FUNAP, em favor de **DIEGO DE JESUS FEITOZA CALLADO**, sob a alegação de estar sofrendo constrangimento ilegal por parte do MM. Juiz de Direito da 2ª Vara das Execuções Criminais da Comarca de Presidente Prudente, por manter o paciente em regime fechado após ter sido deferida sua progressão ao regime semiaberto por este E. Tribunal de Justiça, restando configurado o excesso de execução.

Pugna, em suma, que seja determinada a imediata inserção do paciente em regime aberto, até o surgimento de vagas em regime semiaberto, requerendo, subsidiariamente, a possibilidade de aguardar em prisão albergue domiciliar (fls. 01/07).

A liminar foi indeferida. (fls. 10/11)

O MM. Juiz da 2ª Vara das Execuções Criminais de Presidente Prudente prestou informações, aduzindo que, em cumprimento à decisão proferida por

Acesso ao Sumário

este E. Tribunal de Justiça, foi determinada a remoção do paciente, aguardando-se o deslocamento para estabelecimento penal adequado (fls. 14)

A Procuradoria Geral de Justiça emitiu parecer pelo não conhecimento do presente *writ* e, subsidiariamente, pela denegação da ordem (fls. 16/17).

É, em síntese, o relatório.

A ordem deve ser concedida.

Depreende-se dos autos que foi deferida ao paciente a progressão ao regime semiaberto em 22 de setembro de 2015, sendo certo que até o momento a referida progressão não foi efetivada.

Dessa forma, verifica-se o excesso de prazo para transferência do paciente a estabelecimento prisional adequado, caracterizando-se, assim, ato de constrangimento ilegal.

Não se negue que a matéria discutida é pertinente à execução penal, mas, ainda assim, é patente o constrangimento ilegal sofrido por ele, porquanto está cumprindo sua pena há cinco meses em regime mais rigoroso do que deveria.

Ademais, o artigo 185, da Lei de Execuções Penais, aduz que "*haverá excesso ou desvio de execução sempre que algum ato for praticado além dos limites fixados na sentença, em normas legais ou regulamentares*". Com efeito, foi concedido ao paciente a progressão ao regime semiaberto que, até o momento, por culpa do Estado, não foi efetivada.

Não pode o paciente, por uma situação que não deu causa, suportar excesso de prazo para adquirir um benefício que já lhe foi concedido.

Neste sentido são recentes as decisões do Superior Tribunal de Justiça:

"AGRAVO REGIMENTAL. HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. PRISÃO DOMICILIAR. AUSÊNCIA DE VAGAS EM ESTABELECIMENTO COMPATÍVEL COM O REGIME SEMIABERTO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. RESTABELECIMENTO DA DECISÃO QUE CONCEDEU O BENEFÍCIO ATÉ O SURGIMENTO DE VAGAS EM ESTABELECIMENTO ADEQUADO. DECISÃO MANTIDA. AGRAVO NÃO PROVIDO.

1. Na situação em que o apenado submetido ao regime semiaberto ou aberto estiver cumprindo pena de modo mais gravoso, por inexistência de vaga em local próprio, é permitida, excepcionalmente, a concessão de prisão em regime aberto ou, persistindo a falta de vaga, de prisão domiciliar. Isso porque é inadmissível a submissão do apenado a um regime mais gravoso do que o fixado na execução penal por deficiência do sistema carcerário estatal, em afronta ao princípio da dignidade da pessoa humana.

2. Agravo regimental não provido."[1]

1 AgRg no HC 297.069/RS, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 26/05/2015, DJe 03/06/2015.

Esta 16ª Câmara de Direito Criminal também assim já decidiu:

"HABEAS CORPUS – Execução Penal – Réu promovido para o regime semiaberto que é mantido no regime fechado aguardando a transferência – Cumprimento de pena em regime mais gravoso do que o devido por quase 90 dias – Constrangimento ilegal pelo excesso na execução por desarrazoado prazo – Exegese do art. 185, da LEP – Precedentes do STF e deste E. TJSP – Jurisprudência do STJ – Ordem concedida – (voto 25596)."[2]

"Habeas Corpus. EXECUÇÃO PENAL. Paciente progredido ao regime semiaberto. Ausência de vaga. Manutenção no fechado. Constrangimento ilegal configurado. Sentenciado aguardando vaga há mais de cinco meses. Lapso que ultrapassa a razoabilidade. Colocação provisória em 'prisão albergue domiciliar'. Admissibilidade. Ordem concedida."[3]

Assim, de rigor a concessão da ordem para que o paciente seja transferido para prisão em albergue domiciliar até que seja disponibilizada vaga em estabelecimento prisional adequado ao cumprimento da pena em regime semiaberto.

Posto isto, pelo meu voto, concedo a ordem para que o paciente seja colocado em prisão albergue domiciliar, com a finalidade de que aguarde vaga no regime intermediário, nos termos estipulados na decisão *a quo.*

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de *Habeas Corpus* nº 0001658-06.2016.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é paciente I.L.S. e Impetrante J.C.L.

ACORDAM, em 4ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Denegaram a ordem, revogando a liminar concedida. Expeça-se mandado de prisão. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 35.093)**

O julgamento teve a participação dos Exmo. Desembargadores IVAN SARTORI (Presidente) e CAMILO LÉLLIS.

São Paulo, 22 de março de 2016.

EUVALDO CHAIB, Relator

Ementa: HABEAS CORPUS – EXPEDIÇÃO

Acesso ao Sumário

2 TJSP – 16ª Câmara de Direito Criminal – HC nº 0023913-89.2015.8.26.0000 – Des. Rel. Newton Neves – V.U., j. 02.06.2015.

3 TJSP – 16ª Câmara de Direito Criminal – HC nº 2020671-88.2015.8.26.0000 – Des. Rel. Otávio de Almeida Toledo – V.U., j. 02.06.2015.

DE MANDADO DE PRISÃO – AUSÊNCIA DE EFEITO SUSPENSIVO PELA INTERPOSIÇÃO DE AGRAVO CONTRA DECISÃO DENEGATÓRIA DE RECURSO ESPECIAL – PRECEDENTES DESTA COLENDA 4ª CÂMARA CRIMINAL E DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – ORDEM DENEGADA, REVOGANDO A LIMINAR CONCEDIDA EM PLANTÃO JUDICIÁRIO.

VOTO

O advogado J.C.L. impetra *habeas corpus* em favor de I.L.S., sob a alegação de que o paciente estaria sofrendo constrangimento ilegal por parte do r. Juízo da 16ª Vara Criminal da Comarca de SÃO PAULO, nos autos do Processo nº 87172-59/2002, em que foi determinada a expedição de mandado de prisão.

Pleiteia a imediata expedição de alvará de soltura até o julgamento em definitivo do recurso interposto perante o egrégio Superior Tribunal de Justiça.

A liminar foi deferida pelo eminente Desembargador **ALEX ZILENOVSKI** durante Plantão Judiciário em Segunda Instância (fls. 88/89).

Prestadas as informações pelo r. Juízo apontado como autoridade coatora (fls. 98/100), com cópias de peças dos autos respectivos (fls. 101/109), o douto Procurador de Justiça Dr. Sérgio Peixoto Camargo, opina pela denegação da ordem, com a cassação da liminar concedida (fls. 111/117).

É o relatório.

A ordem deve ser denegada.

O paciente foi condenado pela prática do crime de estupro à pena segregativa de 08 (oito) anos de reclusão, em regime fechado.

O apelo foi negado por v. acórdão prolatado por este Sodalício em 18 de outubro de 2011.

A Defesa interpôs Recurso Especial que foi inadmitido pela Presidência da Seção de Direito Criminal em 20 de outubro de 2014.

Em seguida, o impetrante interpôs agravo contra a r. decisão denegatória do precitado recurso que está pendente de julgamento pelo Superior Tribunal de Justiça.

Por fim, em 17 de setembro de 2015, a eminente Magistrada determinou a imediata expedição de mandado de prisão, vez que o supracitado recurso não possui efeito suspensivo (fls. 40).

Daí a impetração do presente remédio heroico com o intuito de assegurar que o paciente responda em liberdade até o trânsito em julgado da r. sentença

Acesso ao Sumário

condenatória.

Com efeito, a r. decisão combatida se amolda com perfeição ao recente precedente firmado pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento do *habeas corpus* nº 126292/SP, corroborando o julgado prolatado por esta Colenda 4ª Câmara Criminal, segundo voto do ilustre Desembargador LUÍS SOARES DE MELLO.

É sabido que os recursos extraordinários não tem efeito suspensivo, de modo que o princípio da presunção da inocência não se revela como um direito absoluto.

Neste sentido, restou consignado por voto do Ministro TEORI ZAVASCKI, "*Ressalvada a estreita via da revisão criminal, **é no âmbito das instâncias ordinárias que se exaure a possibilidade de exame dos fatos e das provas**, e, sob esse aspecto, a própria fixação da responsabilidade criminal do acusado (...) **A presunção da inocência não impede que, mesmo antes do trânsito em julgado, o acórdão condenatório produza efeitos contra o acusado***" – STF, HC nº 126292/SP, 17 de fevereiro de 2016.

Destarte, à luz do entendimento firmado por este egrégio Tribunal de Justiça e da nova jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, a ordem deve ser denegada, revogando-se a medida liminar concedida.

Diante do exposto, pelo meu voto, denega-se a ordem, revogando a liminar concedida. Expeça-se mandado de prisão.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de *Habeas Corpus* nº 2013497-91.2016.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é paciente RICARDO EUGÊNIO BOECHAT, Impetrantes PAOLA MARTINS FORZENIGO, RODRIGO FILIPPI DORNELLES e MARCELA MOREIRA LOPES, é impetrado COLENDA 1ª TURMA RECURSAL CRIMINAL DO COLÉGIO RECURSAL DA CAPITAL.

ACORDAM, em 12ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "por votação unânime, em face da ausência de justa causa, concederam a ordem para trancar a queixa-crime 0081489-55.2013, em curso pela 1ª Vara Criminal do Foro Regional de Pinheiros.", de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 30.207)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ANGÉLICA DE ALMEIDA (Presidente), PAULO ROSSI e ÁLVARO

Acesso ao Sumário

CASTELLO.

São Paulo, 30 de março de 2016.

ANGÉLICA DE ALMEIDA, Relatora

Ementa: Habeas Corpus. Difamação e injúria qualificadas. Queixa-Crime. Nulidade. Competência. Turma Recursal. Trancamento da ação penal. Ausência de dolo específico. Atipicidade - Somadas as penas previstas para os delitos em questão, mesmo considerado aumento de pena decorrente das qualificadoras, não ultrapassado o patamar previsto na Lei 9.099/95, a competência é da 1ª Turma Recursal. Afastada a alegada incompetência.

Evidenciada ausência de propósito de ofender, não há justa causa para o prosseguimento da queixa-crime. Não constitui crime contra a honra notícia radiofônica, que informa envolvimento em feito, em que se apura improbidade administrativa, ainda que utilizadas expressões contundentes, no mínimo, precipitadas, posto que em pleno curso a apuração dos fatos. Antes de tudo, perde-se a oportunidade de trazer à população informes mais detalhados a respeito dos fatos, objeto da notícia, optando por tachar com rótulo pré-concebido, fatos que o próprio jornalista, ora paciente, reconhece, em fase de tramitação perante a Justiça. Talvez a vigência da garantia constitucional da presunção de inocência, que não impede o direito de informar, ainda não tenha sido incorporada pela mídia brasileira. Muitas vezes, a busca de melhores índices de audiência acaba por prevalecer. Matéria jornalística que se limitou ao âmbito do cargo de administrador público. Ordem concedida para trancar a queixa-crime, em face da ausência de justa causa.

VOTO

Os ilustres advogados Paola Martins Forzenigo, Rodrigo Filippi Dornelles e Marcela Moreira Lopes, e a ilustre estagiária Andrea Regina Padoani Haak, com pedido de liminar, apontando como autoridade coatora o(ª) MM(ª) Juiz(ª) da 1ª Vara Criminal do Foro Regional de Pinheiros, impetram o presente *habeas*

Acesso ao Sumário

corpus, em favor de *Ricardo Eugênio Boechat*, visando o trancamento da queixa-crime, ante a atipicidade dos fatos. Sustentam que as informações divulgadas, no programa jornalístico, verdadeiras e notórias, decorrem do *animus narrandi*, ausente o dolo específico necessário, para configuração dos delitos. Alegam que o juízo impetrado, reconhecida a ausência de justa causa, rejeitou a queixa-crime. Interposto Recurso em Sentido Estrito, pelo querelante, recebido como Apelação, foi provido, pela 1ª Turma Recursal Criminal da Capital, para receber a queixa-crime e determinar o processamento do feito. Sustentam que tal órgão não possui competência para tanto, vez que a soma das penas previstas, para os delitos imputados ao paciente, ultrapassa o previsto na Lei 9.099/95, competente a Justiça Comum. Acrescentam que, em impetração anterior, o Colégio Recursal manifestara-se pela incompetência do órgão, para apreciar a matéria. Subsidiariamente, pleiteiam, reconhecida a incompetência absoluta do Colégio Recursal, seja determinada a remessa dos autos a esta Corte, para julgamento do Recurso em Sentido Estrito interposto. Liminarmente, postulam o sobrestamento do feito, até o julgamento do mérito do presente *writ* (fls. 1/16). Acompanham os documentos de fls. 17/520.

Concedida a liminar, a autoridade judicial impetrada prestou informações (fls. 527/529).

A d. Procuradoria Geral de Justiça opina pela concessão parcial da ordem, para, afastada a alegada incompetência da Turma Recursal, trancar a ação penal, por falta de justa causa (fls. 531/539).

É o relatório.

Foi proposta queixa-crime por João Gualberto Fattori, Prefeito de Atibaia-SP, contra *Ricardo Eugênio Boechat*, porquanto, em 25 de julho de 2013, às 7h30min, ao apresentar o programa radiofônico "Band News FM", o ora paciente, na condição de jornalista, teria difamado, ofendendo a reputação, e injuriado, ofendendo o decoro e a dignidade ao afirmar: "... *sua população pacata vem fazendo protestos diários na cidade pra... pra tentar forçar a Câmara dos Vereadores a instaurar uma CPI pra apurar atos de corrupção do Prefeito João Fattori, já foi indiciado pelo Ministério Público por improbidade administrativa em contratos de merenda, em contratos de lixo, em contratos publicitários, compras sem licitação alegando, falsa alegação de emergência, é uma bandalheira típica da área pública brasileira o Prefeito João Fattori, o que está acontecendo: todos os dias a população de Itatiba ocupava o plenário da Câmara dos Vereadores, à noite, pra protestar, pra insistir que os vereadores instaurassem a CPI pra investigar os atos do Prefeito; o que fez o Presidente da Câmara dos Vereadores pra esvaziar essas manifestações à noite que sempre foi o horário das sessões da Câmara, historicamente? Transferiu as sessões pra parte da tarde pra que a população trabalhadora de Itatiba não pudesse estar na Câmara no horário em que tá trabalhando, evidentemente. Sintomaticamente*

ou sugestivamente o nome do Presidente da Câmara dos Vereadores de Itatiba é Vitório Bando, quer dizer é chefe do bando mesmo, protegendo um Prefeito suspeito de bandalheiras. Ontem, às três horas da tarde, pela primeira vez a sessão foi feita às três, a população de Itatiba, novamente protestou, em mando aqui um abraço da Band News FM à população desta cidade para que continue lutando pra botar esses corruptos para correr", incorrendo, assim, em tese, nos delitos previstos nos artigos 139 e 140, c.c. artigo 141, II, III e IV, na forma do artigo 71, todos do Código Penal.

Distribuídos os autos à 22ª Vara Criminal da Comarca da Capital, fora pleiteada a redistribuição do feito (fls. 288/289), em face da competência territorial. Em 6 de dezembro de 2013, referido juízo declarou-se prevento (fls. 290). Em 9 de dezembro de 2013, revista a decisão, em face do local da infração, foi determinada a redistribuição do feito, ao Foro Regional de Pinheiros.

Redistribuído o feito, à 1ª Vara Criminal do Foro Regional de Pinheiros, requerida a rejeição liminar da queixa-crime, foi designada audiência, nos termos do artigo 520, do Código de Processo Penal. Realizado o ato, não houve reconciliação.

Registre-se que, impetrado *Habeas Corpus* n. 0101583-09.2014.8.26.9000, perante o Colégio Recursal da Capital, decisão proferida pelo relator sorteado não conheceu da impetração e, em face da incompetência daquele órgão, determinou a remessa do *writ* a esta Corte.

Nesse meio tempo, em 1 de dezembro de 2014, foi exarada sentença que, ao reconhecer a ausência de justa causa, rejeitou a queixa-crime, com fundamento no artigo 395, II e III, do Código Penal.

Em consequência, esta Colenda 12ª Câmara Criminal, em 10 de dezembro de 2014, homologou o pedido de desistência, formulado no *Habeas Corpus* n. 2158990-70.2014.8.26.0000 - São Paulo.

Em face da decisão, que rejeitou a queixa-crime, o querelante interpôs Recurso em Sentido Estrito. Recebido como apelação, em 16 de abril de 2015, a 1ª Turma Recursal Criminal do Colégio Recursal Central da Capital deu provimento ao recurso para, cassada a decisão recorrida, determinar o recebimento e processamento da queixa-crime.

Opostos exceção de incompetência e embargos de declaração, pela defesa do ora paciente, foram rejeitados, em 25 de junho de 2015.

Restituídos os autos à 1ª Vara Criminal do Foro Regional de Pinheiros, foi determinada a citação do paciente.

A competência para conhecer e julgar os recursos, que versem sobre infração de menor potencial ofensivo, originariamente é do Colégio Recursal ou Turma Recursal.

Trata-se de competência que deriva do comando constitucional,

Acesso ao Sumário

estabelecido no artigo 98, I, da Constituição da República.

O juiz natural para conhecer e julgar os recursos, como decorre do artigo 98, I, da Constituição da República, é o Colégio Recursal "*órgão judiciário cujo poder de julgar deriva de fontes constitucionais*" (Frederico Marques, Juiz Natural - Enciclopédia Saraiva de Direito, v. 46, 1971, p. 444/450).

A Lei 9.099, de 26 de setembro de 1995, introduziu no sistema processual penal medidas de caráter despenalizador (conciliação, transação, suspensão condicional do processo). O artigo 82, *caput*, da Lei 9.099/95, atribui o julgamento da apelação ao Colégio Recursal, composto por três juízes em exercício no primeiro grau de jurisdição, em consonância com o comando constitucional previsto no artigo 98, I, da Constituição Federal.

De acordo com o disposto no artigo 61, *caput*, da Lei 9.099/95, *consideram-se infrações penais de menor potencial ofensivo, para os efeitos desta Lei, as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a 2 (dois) anos cumulada ou não com multa.*

É certo que a causa especial de aumento da pena integra o tipo penal. Como assinala com propriedade Miguel Reale Junior: "*A causa de aumento de pena, bem como de diminuição de pena, constitui uma circunstância do crime. Assim sendo, (...) reveste-se de tipicidade e sua construção gira em torno de um valor a ser tutelado e que se acrescenta ao valor do bem jurídico expresso no tipo penal principal. (...) Como circunstâncias que são, as causas de aumento, para que sejam reconhecidas, necessitam ser submetidas a um processo de adequação típica, verificando-se o significado no plano da interpretação da norma para depois se constatar no plano da ação concreta se ocorreu efetivamente aquela espécie de dado constante da norma instituidora da causa de aumento. Nas causas de aumento, destaca-se uma circunstância como merecedora de uma majoração da pena, e deve haver configuração típica deste dado de realidade para, em face da adequação, justificar-se a exasperação da pena prevista pelo legislador*" (*Tipicidade e Causa de Aumento de Pena*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, v. 46, ano 12, p. 393 - jan- fev/2004).

Ademais, como assinalado por Roberto Delmanto, Roberto Delmanto Junior e Fabio M. de Almeida Delmanto: "*Verificada a reunião de processos em razão de conexão ou continência, devem ser observados os institutos da transação penal e da composição dos danos civis. Caso a reunião dos processos tenha ocorrido em virtude da conexão decorrente do concurso de crimes, nos termos do disposto no art. 76, I, do CPP, devem ser aplicadas as regras próprias de cada modalidade de concurso (crime continuado, concurso formal ou concurso material), a fim de se descobrir se o processo será ou não da competência dos Juizados Especiais Criminais. Explica-se: em caso de crime continuado, aplica-se a regra do artigo 71 do CP, pela qual "aplica-*

se-lhe a pena de um só dos crimes, se idênticas, ou a mais grave, se diversas, aumentada, em qualquer caso, de um sexto e dois terços"; se no resultado dessa aplicação o máximo da pena ultrapassar dois anos (art. 61), a competência não será dos Juizados Especiais Criminais, mas da Justiça Ordinária Comum (...)" (Leis Penais Especiais Comentadas, 2014, 2ª ed, p. 339/340).

Atribuída, ao ora paciente, a prática de difamação qualificada (CP - art. 139, c.c. art. 141, II, III e IV) e injúria qualificada (CP - art. 140 c.c. art 141, II, III e IV), ainda que levado em conta o concurso material de infrações, a soma da pena máxima cominada, em abstrato, não ultrapassa os dois anos, de modo que competente a Turma Julgadora. Deve, desde logo, ser descartada a alegada continuidade delitiva, eis que a irrogada ofensa, que teria afrontado a honra do querelante, foi veiculada em única matéria radiofônica.

Na realidade, a soma das penas, mesmo tendo os delitos como qualificados, não ultrapassa o patamar exigido para que o feito saia da competência da Turma Julgadora.

Assim sendo, afasta-se a pretensão de ver reconhecida a incompetência da 1ª Turma Recursal do Colégio Recursal da Capital.

No que diz respeito ao trancamento da ação penal, é de ser acolhida a pretensão.

A honra da pessoa constitui um bem jurídico de grande relevância, integra o conceito da dignidade da pessoa humana, assegurado pelo artigo 1º, III, da Constituição Federal.

Estabelece, ainda, o artigo 5º, X, da Constituição Federal, são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral de sua violação.

Ao mesmo tempo, a liberdade de expressão, vista como liberdade de informar ou liberdade de criticar, apresenta-se essencial a uma sociedade democrática.

Como assentado pelo artigo 5º, IV, V, XIII e XIV, da Constituição Federal, deve ser assegurada a livre manifestação do pensamento, vista em suas várias facetas: a procura, a coleta e a difusão de informações, assim como, o exercício do direito de crítica.

Não se discute, a liberdade de expressão é essencial à democracia, embora não constitua garantia constitucional irrestrita e absoluta.

Na realidade, o exercício do direito de informar não pode ser utilizado para atingir a honra alheia. Deve guardar estreita relação com a intenção de narrar, desde que não resvale ao insulto pessoal ou afete a reputação alheia.

A liberdade de expressão e a honra, enquanto bens jurídicos protegidos pela Constituição Federal, devem ser analisados sob a ótica do contexto fático

Acesso ao Sumário

ou da situação concreta.

Por conseguinte, embora o jornalista, em nome do direito de informação e de crítica, assegurados pelo comando constitucional, não tenha licença de afrontar e atingir a honra, a dignidade da pessoa, é necessário ficar demonstrado, desde logo, que a intenção tenha sido a de ofender a honra de alguém, sob o pretexto de um comentário ou de uma crônica.

Não constitui crime contra a honra notícia radiofônica, que informa envolvimento em feito, em que se apura improbidade administrativa, ainda que utilizadas expressões contundentes, no mínimo, precipitadas, posto que em pleno curso a apuração dos fatos, como demonstra certidão acostada aos autos às fls. 317/319.

Antes de tudo, perde-se a oportunidade de trazer à população informes mais detalhados a respeito dos fatos, objeto da notícia, optando por tachar com rótulo pré-concebido, fatos que o próprio jornalista, ora paciente, reconhece, em fase de tramitação perante a Justiça.

Talvez a vigência da garantia constitucional da presunção de inocência, que não impede o direito de informar, ainda não tenha sido incorporada pela mídia brasileira. Muitas vezes, a busca de melhores índices de audiência acaba por prevalecer.

Contudo, ainda que assim seja, não se extrai da matéria veiculada a intenção de ofender a honra do querelante. Apresenta narrativa de fatos já conhecidos da comunidade, não se inferindo o dolo ou propósito de ofender a honra do prefeito, mesmo porque restrita ao âmbito do cargo de administrador público.

Assim sendo, evidenciada a ausência de propósito de ofender, elemento constitutivo do tipo, deve ser reconhecida a ausência de justa causa, cabendo determinar o trancamento do feito.

A persecução penal atinge o *status libertatis* da pessoa a exigir que, em se tratando de crime contra a honra, demostrada esteja a ofensa à reputação, ao decoro ou à dignidade alheia.

Diante do exposto, por votação unânime, em face da ausência de justa causa, concederam a ordem para trancar a queixa-crime 0081489-55.2013, em curso pela 1ª Vara Criminal do Foro Regional de Pinheiros.

Acesso ao Sumário

Procedimentos Investigatórios

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos do Procedimento Investigatório do MP (Peças de Informação) nº 0063244-78.2015.8.26.0000, da Comarca de Urupês, em que são denunciados ANTONIO DA SILVA OLIVEIRA (PREFEITO DO MUNICÍPIO DE URUPÊS) e WAGNER MARCASSO.

ACORDAM, em 7ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "RECEBERAM A DENÚNCIA oferecida pelo Ministério Público em face de Antonio da Silva Oliveira (Prefeito do Município de Urupês) e Wagner Marcasso, nos termos do art. 6º da Lei 8.038/90, com a delegação de competência ao MM. Juízo da Vara Única da Comarca de Urupês/SP, para a continuidade dos atos de instrução e interrogatórios dos acusados. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 12.095)**

O julgamento teve a participação dos Exmo. Desembargadores FERNANDO SIMÃO (Presidente), ALBERTO ANDERSON FILHO e FREITAS FILHO.

São Paulo, 3 de março de 2016.

FERNANDO SIMÃO, Relator

Ementa: Procedimento Investigatório – Apuração da prática do delito tipificado no art. 1º, inciso II, do Decreto-lei 201/1967 – Prefeito Municipal de Urupês – Recebimento da denúncia – Delegação de competência ao juízo de primeiro grau para a continuidade dos atos instrutórios, inclusive procedendo aos interrogatórios dos acusados.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de denúncia oferecida pelo Ministério Público contra **ANTONIO DA SILVA OLIVEIRA**, Prefeito do Município de Urupês, e **WAGNER MARCASSO**, pela prática do crime previsto no art. 1º, inciso II, do Decreto-lei 201/1967, por ter o primeiro se utilizado indevidamente de bens e serviços públicos em proveito alheio, fazendo uso de maquinário e servidores da Prefeitura Municipal de Urupês na prestação de serviço e obra no interesse exclusivo do segundo.

Os denunciados foram notificados, constituíram defensores e ofereceram defesas preliminares (fls. 382/385 e 388/390). O Prefeito Antonio da Silva Oliveira alegou que a terra removida do terreno particular não consistiu em melhorias junto ao imóvel ou mesmo em serviço de terraplanagem, mas tão somente em sua utilização no serviço público. Wagner Marcasso, por sua vez, sustentou que as fotos que instruem a inicial acusatória não são capazes de demonstrar que o terreno seria de sua propriedade e que a denúncia é inepta porque os fatos não decorrem logicamente com a acusação e tipificação legal.

A douta Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo recebimento da peça incoativa (fls. 394/398).

É o relatório.

Analisando as questões ventiladas nas defesas preliminares, verifico que não estão presentes, neste momento processual, as hipóteses previstas no art. 397, incisos I a IV, do Código de Processo Penal, pelo que inviável a absolvição sumária dos acusados.

Por esse motivo, recebo a denúncia de fls. 2-D/5-D, haja vista que preenche todos os requisitos legais, com o registro de que, agora, não se pode aprofundar no exame do mérito.

Ante o exposto, por meu voto, **RECEBO A DENÚNCIA** oferecida pelo Ministério Público em face de *Antonio da Silva Oliveira* (Prefeito do Município de Urupês) e *Wagner Marcasso*, nos termos do art. 6º da Lei 8.038/90, com a delegação de competência ao MM. Juízo da Vara Única da Comarca de Urupês/SP, para a continuidade dos atos de instrução e interrogatórios dos acusados.

Recursos em Sentido Estrito

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso em Sentido Estrito nº 0029354-15.2006.8.26.0114, da Comarca de Campinas, em que é recorrente MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, é recorrido PAULO ROBERTO DONATO.

ACORDAM, em 15ª 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 14.600)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores WILLIAN CAMPOS (Presidente) e ENCINAS MANFRÉ.

São Paulo, 4 de fevereiro de 2016.

CAMARGO ARANHA FILHO, Relator

Ementa: RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. Delito tipificado no artigo 299, do Código Penal. Existência de ação penal em curso anterior ao oferecimento da proposta de suspensão condicional do processo. Circunstância não verificada pelo *parquet*. Período de prova transcorrido sem revogação. Cumprimento das condições impostas. Revogação dos *sursis* processual que figura-se defesa. Ministério Público que não exerceu a fiscalização devida. Período de prova que transcorreu sem qualquer providência. Extinção da punibilidade que se impõe. RECURSO DESPROVIDO.

VOTO

Trata-se de recurso em sentido estrito interposto pelo MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, em face da sentença de fl. 490/491, que, em razão do esgotamento do período de prova sem que houvesse a revogação do benefício da suspensão do processo, declarou extinta a punibilidade de PAULO ROBERTO DONATO, acusado da prática do delito tipificado no artigo 299, do Código Penal, com fundamento no artigo 89, §5º, da Lei 9.099/1995.

Nas razões, o Ministério Público sustenta, em suma, que apenas o transcurso do período de prova ou o cumprimento das condições impostas na suspensão condicional do processo não são suficientes para justificar a extinção da punibilidade, mormente se o acusado possui processo criminal em curso.

Contrarrazões às fls. 65/67.

No juízo de retratação, o *decisum* hostilizado foi mantido por seus próprios fundamentos (fl. 49).

A douta Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo provimento do recurso (fls. 70/76).

É o relatório.

Adianto que o recurso não merece provimento.

Constata-se que o recorrido foi denunciado como incurso no artigo 299, do Código Penal, porque, no dia 17 de maio de 2004, nas circunstâncias de tempo e local bem descritas nos autos, teria feito inserir, em documento público,

Acesso ao Sumário

declaração diversa da que deveria ser escrita, para o fim de prejudicar direito da empresa DEMOP.

Oferecida e aceita a proposta de suspensão condicional do processo, o recorrido deu início ao cumprimento das condições, efetuando o depósito no valor de um salário mínimo – vigente à época da proposta –, a entidade beneficiada (fls. 486), e se apresentando trimestralmente em juízo (fls. 5/6 do apenso próprio), bem como as demais condições impostas.

Decorrido o período de prova e cumpridas todas as condições impostas, o douto representante do Ministério Público noticiou que o recorrido estava sendo processado criminalmente pelo delito de sonegação fiscal no tempo do oferecimento da proposta de suspensão, requerendo a revogação do benefício.

Sobreveio, então, decisão onde o magistrado, entendendo ter transcorrido o prazo de suspensão condicional do processo, sem que tenha havido a revogação do benefício, julgou extinta a punibilidade do denunciado, nos termos do artigo 89, § 9º, da Lei nº. 9.099/95.

Vê-se, portanto, que, decorrido o prazo estabelecido para suspensão do processo, o recorrido cumpriu todas as condições que lhe foram impostas, ao efeito de julgar-se extinta sua punibilidade.

Isso porque, embora a existência de ação penal em curso obste o oferecimento da proposta de suspensão condicional do processo, tal fato deveria ter sido considerado antes de seu oferecimento, mormente se na data da proposta já constava na folha de antecedentes o registro de processos na Justiça Federal.

Decorrido o prazo com o cumprimento das condições impostas, afigura-se defeso seja revogado o *sursis* processual, se deixou o Ministério Público de exercer a fiscalização devida, deixando fluir o período de prova sem adotar qualquer providência.

Ante o exposto, **NEGO PROVIMENTO** ao recurso.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso em Sentido Estrito nº 0835662-79.2013.8.26.0052, da Comarca de São Paulo, em que é recorrente CARLOS EDUARDO SARINHO SOARES, é recorrido 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: "Negaram provimento ao recurso. V.U. Sustentou oralmente o I. Defensor, Dr. Fernando Martinez Men, e usou a palavra o E. Procurador de Justiça, Dr. Mario de Magalhães Papaterra Limongi.", de

conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 28.353)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores LUIZ ANTONIO CARDOSO (Presidente sem voto), CESAR MECCHI MORALES e GERALDO WOHLERS.

São Paulo, 23 de fevereiro de 2016.

RUY ALBERTO LEME CAVALHEIRO, Relator

Ementa: RESE – TENTATIVA DE HOMICÍDIO QUALIFICADO – Negativa de dolo – Materialidade demonstrada – Elemento indiciário suficiente para concluir pela possibilidade de ter o recorrente cometido a conduta criminosa com *animus necandi* – Necessidade de submissão ao Conselho de Sentença, até para dirimir as dúvidas existentes – Qualificadora presente pela mesma linha evolutiva – NEGADO PROVIMENTO AO RECURSO.

VOTO

Não se conformando com a r. decisão de pronúncia de fls. 371/375 dos autos, contra ela apresenta recurso em sentido estrito **CARLOS EDUARDO SARINHO SOARES**, pedindo sua reforma.

O recorrente foi pronunciado por fato ocorrido em 04 de maio de 2013, como incurso no artigo 121, § 2º, II, c.c. artigo 14, II, ambos do Código Penal, para se ver submetido a julgamento por seus pares, pelo Tribunal Popular do Júri.

Apresenta recurso em sentido estrito pedindo a absolvição sumária, impronúncia ou desclassificação para o delito previsto no artigo 163 do Código Penal ou, ainda, o afastamento da qualificadora (fls. 389/406).

Recurso tempestivo, arrazoado, respondido (fls. 408/411). Decisão mantida a fls. 416. Manifestando-se nos autos nesta instância, o douto representante da Procuradoria Geral de Justiça se posicionou pelo improvimento do pleito (fls. 420/422).

É O RELATÓRIO.

Segundo consta dos autos, no dia 04 de maio de 2013, no Condomínio Edifício Odete, localizado na Avenida Brigadeiro Luís Antônio, 2477, Jardim Paulista, agindo com ânimo homicida e motivo fútil, tentou matar a vítima Joceilton Martins Santana cortando a corda de sustentação que o prendia ao prédio, enquanto executava serviços de reforma da fachada.

A vítima só não veio ao óbito, eis que estava na altura do 7º andar, porque

Acesso ao Sumário

percebeu movimentação irregular na corda e desceu rapidamente. Quando a corda foi cortada Joceilton já estava próximo ao chão.

O recorrente confessou ter cortado a corda, mas alegou que não estava sendo usada no momento.

A vítima não foi ouvida em Juízo, mas na fase apuratória confirmou para a autoridade policial a versão trazida na denúncia.

Ademais, além do depoimento das testemunhas que confirmam a prática do delito, tem-se o laudo pericial na corda que foi cortada, concluindo pelo corte.

Para que alguém seja submetido a julgamento pelo Tribunal Popular do Júri devem estar presentes a materialidade do delito e indícios suficientes de autoria.

Neste caso concreto, a materialidade é indiscutível, houve o corte da corda no momento em que ainda estava tensionada, ou seja, havia peso pendurado nela, o que coincide com o depoimento da vítima e das testemunhas, trazendo indícios de autoria.

É certo que cabe razoável discussão quanto a real intenção do recorrente, com aprofundamento da prova. No entanto, isto deverá ocorrer perante o Conselho de Sentença, posto que os indícios exigidos se encontrem presentes.

A versão do recorrente também carece de prova, o que poderá fazer perante os jurados. Havia animosidade da parte do recorrente que disse ter agido em momento de raiva. Isso impede a impronúncia, absolvição sumária ou mesmo a desclassificação da conduta, eis que a dúvida milita em prol da sociedade e enseja a manutenção da sentença de pronúncia.

A qualificadora, por sua vez, foi reconhecida, como decorrência da descrição de como os fatos se deram e porque ocorreram, devendo ser mantida.

ISTO POSTO e o que mais dos autos consta, conhecendo do recurso em sentido estrito apresentado por CARLOS EDUARDO SARINHO SOARES, **NEGO PROVIMENTO** a ele.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso em Sentido Estrito nº 0002873-32.2014.8.26.0050, da Comarca de São Paulo, em que é recorrente MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, são recorridos ROGÉRIO SERENO MARCHETTO, JOSÉ EVANGELISTA DE OLIVEIRA JÚNIOR e OTÁVIO ALVES DE LIMA FILHO.

ACORDAM, em 10ª 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 21.726)**

O julgamento teve a participação dos Exmo. Desembargadores NUEVO CAMPOS (Presidente) e RACHID VAZ DE ALMEIDA.

São Paulo, 10 de março de 2016.

FRANCISCO BRUNO, Relator

Ementa: Recurso em sentido estrito. Decisão que deixa de receber apelação, feita após expressa desistência pelo Ministério Público, do direito de recorrer. Sistema jurídico imperante no País que dá ao Ministério Público, em determinadas ocasiões, a total disponibilidade da ação penal. Segurança jurídica que não permite a "renúncia à renúncia". Decisão correta. Recurso não provido.

VOTO

Recurso em sentido estrito contra r. decisão (fls. 718 e ss.) que não recebeu apelação do Ministério Público contra r. sentença (fls. 624 e ss.), que absolveu Rogério Sereno Marchetto, José Evangelista de Oliveira Júnior e Otávio Alves de Lima Filho da acusação de infringir o art. 35 da Lei de Drogas. Alega o digno recorrente (fls. 742 e ss.), afirmando que o direito de recorrer é irrenunciável pelo Ministério Público.

Respondido o recurso (fls. 769 e ss., 793 e ss.), a douta Procuradoria Geral de Justiça manifestou-se pelo provimento (fls. 806 e ss.).

É o relatório.

Eis os fatos, em breve resumo: em audiência (fls. 615 e ss.), após desistência do Ministério Público e, em seguida, dos Defensores de ouvir as testemunhas arroladas, o digno Magistrado proferiu sentença absolvendo os recorridos; na própria audiência, Ministério Público e Defensores renunciaram ao direito de recorrer, ao que o Juiz de Direito determinou se certificasse o trânsito em julgado (fls. 616).

Porém, outro Promotor de Justiça que não o que participou da audiência entendeu de interpor recurso de apelação, não recebida; contra esta decisão interpôs-se o presente recurso.

Há, portanto, duas questões que enfrentar: primeiro, se o Ministério Público pode renunciar ao direito de recorrer; segundo, se, em caso positivo – desde que, obviamente, como neste caso, ainda dentro do prazo –, pode, digamos

Acesso ao Sumário

assim, desistir da desistência (ou seria melhor dizer: renunciar à renúncia?).

O principal fundamento do recurso – aliás muito técnico e bem elaborado – é o primeiro; segundo o combativo Promotor de Justiça, é preciso "resguardar o interesse público e o princípio da indisponibilidade da ação penal pública", não permitindo a renúncia do direito de recorrer. Referindo o eminente Vicente Greco, afirma não ser possível "que o interesse público fique condicionado ao entendimento ocasional do Promotor de Justiça que participou da audiência" (fls. 757).

Os argumentos são bastante fortes; e, a meu ver, **de lege ferenda**, é talvez possível defender que o direito da ação penal pública não fique ao livre alvedrio do Ministério Público.

Porém, **de lege lata**, parece claro, com todo o respeito pelo entendimento contrário, que o legislador, no Brasil, escolheu tornar o Ministério Público senhor absoluto da ação penal – que, portanto, fica sim condicionado ao entendimento ocasional do Promotor de Justiça que participar de um dos atos que permite que ela se encerre; ou mesmo, o que representa poder muito maior, que nem sequer se inicie.

Pois não nos esqueçamos de que, afinal, o Ministério Público tem o poder total de dar início ao processo penal; pode pedir o arquivamento do inquérito, a seu livre alvedrio, sem que o "interesse público" possa ser resguardado (não digo que o precisa; uso os termos do recurso) nem mesmo pelo maior interessado – a vítima.

Dir-se-á que, neste caso, há um estudo mais aprofundado do caso, pois o arquivamento pode ser submetido ao escrutínio do Procurador Geral de Justiça. Mas a palavra chave é exatamente o verbo: "pode" ocorrer isso, se um Juiz de Direito decidir que é o caso. Se não, o inquérito vai para o arquivo, em decisão que – a jurisprudência é pacífica neste ponto – nem sequer precisa ser fundamentada. E isso após um inquérito em que se produziu a prova unilateralmente, sem intervenção do réu e, em geral, da vítima.

Ora, no caso de recurso, há também uma manifestação judicial – que não somente vem depois de uma produção de prova submetida ao contraditório como tem de ser fundamentada. Assim, como defender que o Promotor de Justiça tem o poder de desistir, **antes** da produção de uma prova segura e controlada, da ação penal, mas não poderia renunciar a recorrer de uma sentença **depois** de produzida a prova; e mais: sentença proferida, necessariamente, de forma fundamentada, sob pena de nulidade?

Países há em que a vítima (ou mesmo, em alguns casos, qualquer do povo) pode substituir-se ao Ministério Público, no caso de este entender não ser o caso de promover a ação penal; pode-se discutir, repito, se esta escolha é melhor ou pior que a nossa. O que é impossível, a meu ver, é afirmar que não

existe, por ora, uma escolha clara do legislador: o Promotor de Justiça, ocasional ou não, tem o poder de decidir, em alguns casos, o futuro da ação penal. E, assim como o Juiz de Direito, ele não é uma pessoa: é uma instituição, e, quando se manifesta, o faz por ela.

E, passando ao segundo ponto, parece claro que, se o Ministério Público se manifestou desistindo do recurso, a questão está encerrada: numa democracia, a segurança jurídica não pode ficar, aí sim, ao livre alvedrio de um Promotor de Justiça que, ocasionalmente, receba os autos, por alguma razão, durante o prazo de recurso e não concorde com o que o colega anterior, que participou da audiência (e, se fosse Juiz de Direito, estaria vinculado para a sentença), entendeu a mais cabível.

O próprio recorrente, implicitamente, reconhece que a segurança fica comprometida, ao afirmar ser "difícil" crer que uma Defesa competente "teria desistido de produzir prova que reputasse importante, apenas ante a possibilidade de um pedido de absolvição por parte do Ministério Público" (fls. 751). Sem dúvida: mas, em primeiro lugar, ele mesmo disse: difícil, mas não impossível; depois, neste caso sem dúvida havia Defensores competentes – mas e quando não os há?

Não: a segurança jurídica não pode ficar na dependência de algo que é difícil, mas não impossível, de ocorrer; e muito menos na da eventual habilidade do Defensor.

Daí por que, a meu ver, nada há que reparar na bem lançada decisão.

Ante o exposto, meu voto **nega provimento** ao recurso.

Acesso ao Sumário

ÓRGÃO ESPECIAL

Ações Diretas de Inconstitucionalidade

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2219935-86.2015.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é autor PREFEITO DO MUNICÍPIO DE NOVA CAMPINA, é réu PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE NOVA CAMPINA.

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 35.113)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PAULO DIMAS MASCARETTI (Presidente), ARANTES THEODORO, TRISTÃO RIBEIRO, ANTONIO CARLOS VILLEN, LUIZ ANTONIO DE GODOY, NEVES AMORIM, BORELLI THOMAZ, JOÃO NEGRINI FILHO, SÉRGIO RUI, SALLES ROSSI, ADEMIR BENEDITO, PEREIRA CALÇAS, XAVIER DE AQUINO, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, MOACIR PERES, FERREIRA RODRIGUES, PÉRICLES PIZA, EVARISTO DOS SANTOS, MÁRCIO BARTOLI, JOÃO CARLOS SALETTI, FRANCISCO CASCONI, RENATO SARTORELLI e CARLOS BUENO.

São Paulo, 17 de fevereiro de 2016.

FERRAZ DE ARRUDA, Relator

Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – LEI MUNICIPAL Nº 895/2015 DE NOVA CAMPINA QUE, POR INICIATIVA PARLAMENTAR, DISPÔS SOBRE A CONCESSÃO DE ADICIONAIS DE INSALUBRIDADE E PERICULOSIDADE AOS SERVIDORES MUNICIPAIS – USURPAÇÃO DA COMPETÊNCIA DO PODER EXECUTIVO LOCAL QUE DETÉM A DISCRICIONARIEDADE DA INICIATIVA – AFRONTA AOS ARTIGOS 25 E 144 DA CONSTITUIÇÃO ESTADUAL – AÇÃO PROCEDENTE.

Acesso ao Sumário

VOTO

Cuida-se de ação ajuizada pelo Prefeito Municipal de Nova Campina objetivando a declaração de inconstitucionalidade da Lei nº 895, de 3 de junho de 2015 que, por iniciativa parlamentar, dispôs sobre a concessão de adicionais de insalubridade e periculosidade aos servidores municipais.

O autor alega a existência de inconstitucionalidade por vício de iniciativa, bem como por ter criado aumento de despesa, sem indicação da fonte de custeio. Assim, sustenta violação aos arts. 5º, 24, § 2º, ns. 1 e 4; § 5º nº 1, 25, 47, inciso XI, bem como ao artigo 169 da Constituição Estadual.

Foi deferida a medida liminar (págs. 18/19).

O Presidente da Câmara Municipal prestou informações (págs. 26/28).

A Procuradoria Geral do Estado declinou da defesa (págs. 36/38).

A douta Procuradoria Geral de Justiça opinou pela procedência da ação (págs. 40/66).

É o relatório.

A Lei Municipal nº 895/2015, de Nova Campina, cuja constitucionalidade é aqui impugnada, versa sobre a *concessão de adicionais de insalubridade e periculosidade aos servidores municipais e dá outras providências*.

Com razão a insurgência do Prefeito Municipal contra a citada lei, cujo texto se encontra transcrito na íntegra no judicioso parecer do ilustre do Subprocurador Geral de Justiça oficiante porquanto cria ela direitos e obrigações aos servidores públicos do Município, usurpando por isso a competência do Poder Executivo local que detém a discricionariedade da iniciativa.

Não pode o Poder Legislativo se imiscuir no regime jurídico dos servidores públicos como o faz a lei combatida na medida em que dispõe sobre adicionais de insalubridade e periculosidade e, consequentemente, sobre a remuneração de seus beneficiários criando ao Poder Executivo encargos não previstos na lei orçamentária de exclusiva competência deste Poder.

Dispõe o artigo 25, da Constituição do Estado que *nenhum projeto de lei que implique a criação ou o aumento de despesa pública será sancionado sem que dele conste a indicação dos recursos disponíveis, próprios para atender aos novos encargos*.

Obediente ao princípio constitucional estabelecido no artigo 144 da Constituição Estadual é de se reconhecer a inconstitucionalidade da Lei Municipal nº 895/2015, de Nova Campina, por afronta aos dispositivos constitucionais estaduais acima mencionados.

Em tais condições, com os acréscimos jurisprudenciais trazidos pelo judicioso parecer do douto Subprocurador Geral de Justiça, julgo procedente a presente ação.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2031716-89.2015.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é autor PROCURADOR GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO, são réus PREFEITO DO MUNICÍPIO DE AGUAÍ e PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE AGUAÍ.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "MANTIVERAM A DECISÃO. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 23.470)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PAULO DIMAS MASCARETTI (Presidente), JOÃO NEGRINI FILHO, SÉRGIO RUI, SALLES ROSSI, ADEMIR BENEDITO, PEREIRA CALÇAS, XAVIER DE AQUINO, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, MOACIR PERES, FERREIRA RODRIGUES, 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 e NEVES AMORIM.

São Paulo, 17 de fevereiro de 2016.

BORELLI THOMAZ, Relator

Ementa: Ação Direta de Inconstitucionalidade. Lei 2.461, de 26 de dezembro de 2013, do Município de Aguaí, autorizante da contratação de empregados temporários para obras e reformas específicas. Entendimento sobre ser justificada, na hipótese, a contratação transitória. Impugnação via recurso extraordinário. Situação fora do alcance do art. 543-B do Código de Processo Civil. Julgamento original mantido.

Acesso ao Sumário

VOTO

Ação Direta de Inconstitucionalidade proposta pelo Procurador Geral de Justiça do Estado de São Paulo para declaração de inconstitucionalidade da Lei 2.461, de 26 de dezembro de 2013, do Município de Aguaí.

Julgada procedente em parte, restou afastada denúncia de ser inconstitucional a modalidade de contratação temporária, prevista na Lei 2.461, de 26 de dezembro de 2013, do Município de Aguaí, mas acolheu-se

parcialmente o pedido para declarar inconstitucionalidade parcial, porém sem redução de texto, da adoção do "regime da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT", constante no artigo 1º, **caput**, da mencionada Lei 2.461/2013.

O Ministério Público interpôs Recurso Extraordinário, com despacho da D. Presidência deste E. Tribunal de Justiça no sentido de se considerar o julgamento do mérito do RE 658.026, pelo qual se entendeu haver *prevalência da regra da obrigatoriedade do concurso público (art. 37, inciso II, CF), e que as regras que restringem o cumprimento desse dispositivo estão previstas na Constituição Federal e devem ser interpretadas restritivamente.* Demais disso, *para que se considere válida a contratação temporária, é preciso que: a) os casos excepcionais estejam previstos em lei; b) o prazo de contratação seja predeterminado; c) a necessidade seja temporária; d) o interesse público seja excepcional; e) a necessidade de contratação seja indispensável, sendo vedada a contratação para os serviços ordinários permanentes do Estado, que devam estar sob o espectro das contingências normais da Administração.*

Na forma do art. 543-B, § 3º do Código de Processo Civil, os autos baixaram para a eventual retratação e/ou manutenção da decisão.

É o relatório.

Com a máxima vênia, entendo não ser caso de alteração do v. acórdão, pois a situação não se amolda ao disposto no artigo 543-B, § 3º do Código de Processo Civil.

Considerou-se justificada a contratação transitória, autorizada pela legislação impugnada para execução de obras e reformas específicas, tudo com observância dos requisitos previstos no v. acórdão indicado como paradigma para que se considere válida a contratação temporária.

Quanto ao mais, o recurso impugna a constitucionalidade da referida legislação, porquanto entende que *a descrição das hipóteses não denota transitoriedade e burla o sistema de mérito, desvirtuando a contratação por tempo determinado que tem a função, no ordenamento jurídico brasileiro, de atender as necessidades administrativas*.

Todas essas situações foram aferidas e consideradas por ocasião do julgamento por este C. Órgão Especial, razão porque, com a devida vênia, repito não ser caso de alteração do v. acórdão.

Julgamento mantido.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de

Inconstitucionalidade nº 2224205-56.2015.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é autor PREFEITO DO MUNICÍPIO DE SÃO JOSÉ DO RIO PRETO, é réu PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE SÃO JOSÉ DO RIO PRETO.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "JULGARAM A AÇÃO PROCEDENTE. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 22.600)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PAULO DIMAS MASCARETTI (Presidente), SALLES ROSSI, ADEMIR BENEDITO, PEREIRA CALÇAS, XAVIER DE AQUINO, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, MOACIR PERES, FERREIRA RODRIGUES, 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, NEVES AMORIM, BORELLI THOMAZ e JOÃO NEGRINI FILHO.

São Paulo, 17 de fevereiro de 2016.

SÉRGIO RUI, Relator

Ementa: Ação Direta de Inconstitucionalidade – Lei nº 11.814/2015 do Município de São José do Rio Preto – Lei, de iniciativa parlamentar, que dispôs sobre a implantação de "buffet" infantil em imóvel determinado – Matéria de cunho eminentemente administrativo – Ofensa aos princípios da separação dos poderes e da impessoalidade – Desrespeito ao planejamento global municipal – Competência privativa do Executivo Municipal usurpada – Violação aos artigos 5º, 111 e 181 da Constituição Estadual, e artigos 2º e 30, inciso I, da Constituição Federal – Ação direta julgada procedente para declarar a inconstitucionalidade da lei.

VOTO

Trata-se de ação com pedido liminar, ajuizada pelo Prefeito do Município de São José do Rio Preto, na qual se pretende a declaração de inconstitucionalidade da Lei Municipal nº 11.814, de 2 de outubro de 2015, votada e aprovada pela Câmara Municipal de São José do Rio Preto, que permitiu a atividade de "buffet" infantil na Alameda Atlântica nº 222, Parque Celeste, São José do Rio Preto/SP.

Sustenta-se a ocorrência de vício de iniciativa, porquanto o enquadramento

de zoneamento urbano é de competência exclusiva do Executivo municipal, tendo sido ferido, ainda, o princípio da independência e harmonia entre os poderes previsto nos artigos 2º da Constituição Federal e 5º da Constituição Estadual. Não bastasse, entende-se que a lei objeto desta demanda viola o princípio da generalidade – no qual todos os usuários fazem jus à prestação do serviço, sem qualquer discriminação, privilégio ou abuso de qualquer ordem –, porque foi dada permissão para o exercício de atividade determinada em um imóvel individuado – **cfr.** artigos 5º da Constituição do Estado de São Paulo, e 30, inciso I, da Constituição Federal.

Deferido o pedido de concessão de liminar **inaudita altera parte**, determinou-se a suspensão da vigência e eficácia da lei inquinada de inconstitucionalidade até final julgamento da presente demanda (fls. 22-23).

O Presidente da Câmara Municipal de São José do Rio Preto prestou as informações solicitadas e defendeu o ato normativo impugnado (fls. 27-51).

A douta Procuradoria Geral do Estado entendeu falecer-lhe interesse na defesa do ato impugnado (fls. 57-59).

A douta Procuradoria Geral de Justiça opinou pela procedência da ação, com a consequente declaração de inconstitucionalidade da lei individuada, porque houve violação ao princípio da separação dos poderes, consistente na outorga de licença ou autorização cuja emissão é reservada exclusivamente ao Poder Executivo. Além do mais, a lei em comento agride o princípio da impessoalidade, pois contém destinatário certo, restando desvinculada do planejamento urbano global. Afastou, contudo, a alegação de discrepância com a LOM de São José do Rio Preto, pois "o contencioso objetivo de constitucionalidade de lei municipal tem como parâmetro a Constituição Estadual, ainda que reproduza ou remeta à Constituição Federal, sendo inadmissível o contraste com o direito infraconstitucional, como a Lei Orgânica do Município" (**sic**) (fls. 61-63).

É o relatório.

A Lei nº 11.814/2015, que permite o funcionamento de um "buffet" infantil em determinado endereço da cidade de São José do Rio Preto e foi inquinada de inconstitucionalidade, é de iniciativa parlamentar. Entretanto, por se tratar de norma afeta à organização da Administração Pública local, entende o requerente, Chefe do Executivo Municipal, ter havido vício de iniciativa, uma vez que o enquadramento em zonas na lei de zoneamento da cidade compete ao Executivo municipal com exclusividade. Não bastasse, a lei em comento viola o princípio da impessoalidade ao conceder permissão de funcionamento para um imóvel específico da municipalidade, afastando-se do tratamento igualitário devido a todos os munícipes.

Examinando a questão, conclui-se que, observada a distribuição de competências relativas a cada ente federado e a cada Poder, bem como a matéria

Acesso ao Sumário

constitucional referente ao tema, a ação deve ser julgada procedente.

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 lei ora discutida, na forma em que foi apresentada, denota a ingerência da Câmara Municipal de São José do Rio Preto 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.

No caso **sub judice**, verifica-se a 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 na apreciação do pedido de concessão de medida liminar da ADIN nº 1.391-2/SP, cujo Relator é 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 jurídico 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" (**sic**).

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 a dicção do artigo 144 da Constituição do Estado de São Paulo, que exige que "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".

E o artigo 181 da Constituição Estadual remete ao Poder Executivo a elaboração das normas afetas ao zoneamento do Município, dentre outras medidas:

"Artigo 181 – Lei municipal estabelecerá, em conformidade com as diretrizes do plano diretor, normas sobre zoneamento, loteamento, parcelamento, uso e ocupação do solo, índices urbanísticos, proteção ambiental e demais limitações administrativas pertinentes".

Não bastasse, a evidente ausência de generalidade da lei denota a intenção de beneficiar determinado indivíduo em detrimento do tratamento isonômico a que todos fazem jus, em conformidade com o artigo 111 da Constituição Estadual:

"Art. 111 – A administração pública direta, indireta ou fundacional, de

Acesso ao Sumário

qualquer dos Poderes do Estado, obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, razoabilidade, finalidade, motivação, interesse público e eficiência".

Como bem ressaltado pela douta Procuradoria Geral de Justiça em sua manifestação, "a lei em foco ao conter destinatário certo agride o princípio da impessoalidade, uma vez que implanta solução tópica e casuística desvinculada do planejamento urbano global, visando ao favorecimento de pessoa ou situação determinadas. No ponto, ela é incompatível com os arts. 111 e 181 da Constituição Estadual" (**sic**) (fls. 63).

Por tais razões, julga-se procedente a ação para declarar a inconstitucionalidade da Lei nº 11.814, de 2 de outubro de 2015, do Município de São José do Rio Preto, confirmando-se a liminar anteriormente concedida em todos os seus efeitos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2198468-51.2015.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é autor PROCURADOR GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO, são réus PREFEITO DO MUNICÍPIO DE CARDOSO e PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE CARDOSO.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "JULGARAM A AÇÃO PROCEDENTE, COM DETERMINAÇÃO. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 32.874)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PAULO DIMAS MASCARETTI (Presidente), 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, NEVES AMORIM, BORELLI THOMAZ, JOÃO NEGRINI FILHO, SÉRGIO RUI, SALLES ROSSI, ADEMIR BENEDITO, PEREIRA CALÇAS, XAVIER DE AQUINO, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, MOACIR PERES e FERREIRA RODRIGUES.

São Paulo, 17 de fevereiro de 2016.

PÉRICLES PIZA, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO. Ausência de edição de lei específica que estabeleça percentual mínimo dos cargos de provimento em comissão a serem preenchidos por servidores de carreira, na estrutura administrativa do Município de Cardoso, conforme preconiza o artigo 115, V, da Constituição Estadual. Inconstitucionalidade latente. Mora legislativa configurada. Ação procedente com fixação do prazo de 180 (cento e oitenta) dias para que a omissão seja suprida, bem como determinar que, enquanto persistir a omissão legislativa, ao menos 50% (cinquenta por cento) dos cargos em comissão sejam preenchidos por servidores efetivos.

VOTO

I – Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade proposta pelo Procurador-Geral de Justiça do Estado de São Paulo, sem pedido liminar, por omissão legislativa do Prefeito e da Câmara do Município de Cardoso em razão da ausência de lei destinada a regulamentar o percentual mínimo das funções de confiança e cargos em comissão a serem preenchidos por servidores públicos efetivos nos termos do art. 115, inciso V, da Constituição Estadual (cf. fls. 01/15).

O douto Procurador-Geral do Estado declinou de sua intervenção por entender que os dispositivos legais atacados tratam de matéria exclusivamente local (cf. fls. 46/48).

O Prefeito e o Presidente da Câmara do Município de Cardoso, não obstante regularmente notificados, deixaram transcorrer *in albis* o prazo para apresentação das informações (cf. fls. 40, 41 e 49).

A douta Procuradoria Geral de Justiça, seguindo o noticiado nos autos, opinou pela procedência da ação, declarando a mora legislativa quanto à edição de lei específica e de ato normativo respectivamente, para fixação de percentual mínimo dos cargos em comissão na estrutura administrativa no Município de Cardoso e na da Câmara Municipal de Cardoso, a serem preenchidos por servidores públicos de carreira, requer, assim, prazo para encaminhamento da proposta e edição do ato normativo, bem como seja estabelecido percentual de 50% dos cargos em comissão, na hipótese de persistência da mora (cf. fls. 51/55).

É o relatório.

II – A ação é procedente.

Em simetria com o artigo 37, V, da Constituição federal, assim dispõe

Acesso ao Sumário

expressamente o artigo 115, V, da Constituição bandeirante:

> *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:*
>
> *...*
>
> *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;*

Ou seja, os cargos em comissão, destinados às atribuições de direção, chefia e assessoramento, devem ser preenchidos por servidores de carreira **nos casos, condições e percentuais mínimos previstos em lei**.

Nitidamente, não é esta uma norma autoaplicável, urgindo-se a necessidade de providência legislativa. Em outras palavras, é mandamento constitucional que o ente federado legisle acerca do percentual de servidores efetivos que preencherão os cargos em comissão dentro de sua estrutura administrativa.

Tal mandamento deriva do próprio princípio da moralidade, que norteia a Administração Pública, bem como dos princípios da eficácia e da continuidade do serviço público.

Mantendo-se uma proporcionalidade mínima e razoável de servidores efetivos em cargos em comissão, assegura-se maior qualidade à Máquina Pública, com maior grau de profissionalização e continuidade do serviço. Ademais, o cargo em comissão faz parte do próprio plano de carreira dos servidores efetivos. Mais do que recomendável, obrigatório assegurar a estes a possibilidade de preencherem quantidade razoável de tais cargos, de direção, chefia e assessoramento.

Do contrário, a direção, chefia e assessoramento, na estrutura administrativa do ente público, poderia ser sempre preenchida apenas com verdadeiros apaniguados políticos, que mudariam ao sabor das eleições e jogos políticos. **Repise-se**: nas trocas de governo, deve existir uma estrutura mínima de pessoal do quadro de servidores públicos para ocupação de postos responsáveis pela condução superior da administração para garantir o serviço contínuo.

Nas palavras do ilustre Celso Bandeira de Mello:

> *"Estes cargos e as chamadas funções comissionadas são as grandes fontes de escândalos encontradiços no serviço público porque, quando seus ocupantes não provêm de carreiras públicas, carecendo de grandes compromissos com elas, são alheios aos freios que disto lhe resultariam (...) É óbvio que quanto maior for o número de cargos em comissão, maior será a possiblidade de instrumentalizar a Administração Pública para servir a interesses oportunistas, a troca de favores entre o*

Acesso ao Sumário

Poder Executivo e os membros do Poder Legislativo, a fim de cooptá-los politicamente ou mesmo a possibilidade, não desprezível, dos partidos políticos ameaçarem perturbar, na esfera do Parlamento, o normal desempenho da atividade administrativa do governo se este não ceder a um clientelismo, aquinhoando seus próceres ou apaniguados com cargos e funções comissionadas no Executivo." (Curso de Direito Administrativo, 30ª Edição, Ed. Malheiros, 2012, p. 310).

No âmbito do município de Cardoso, não há norma regulando a matéria, ou por outras palavras, desde a nova redação do inciso V do artigo 115 da Carta Constitucional Bandeirante, persiste a omissão legislativa por mais de 8 anos, por tal razão necessária se mostra a fixação do prazo para impulsão e conclusão do processo legislativo.

Neste mesmo sentido vem decidindo este Colendo Órgão Especial:

Ação Direta de Inconstitucionalidade por omissão – Constituição Estadual que estabelece a necessidade de fixação de percentual mínimo dos cargos em comissão, na estrutura administrativa, a serem preenchidos por servidores públicos efetivos (art. 115, V, da CE) – Ausência de ato normativo municipal, para materializar o mandamento constitucional – Ação procedente. (ADO nº 0198519-67.2013.8.26.0000, Rel. Grava Brazil, j. em 26.03.2014);

AÇÃO DE DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO. Alegação de ofensa ao Art. 115, inciso V, da Constituição Estadual, que dispõe que os cargos em comissão (destinados apenas às atribuições de direção, chefia e assessoramento) devem ser preenchidos por servidores de carreira nos casos, condições e percentuais mínimos previstos em lei. Reconhecimento de inconstitucionalidade em razão da inexistência de norma disciplinando a questão no âmbito do município de Nova Campina. Mora legislativa configurada. Ação procedente com fixação do prazo de 180 (cento e oitenta dias) para que a omissão seja suprida. Estabelecimento, ainda, do percentual mínimo de 50% (cinquenta por cento) para preenchimento dos cargos em comissão por servidores públicos efetivos, na hipótese de persistência da omissão normativa além do prazo fixado. (ADO nº 0140894-75.2013.8.26.0000, Rel. Ferreira Rodrigues, j. em 20.08.2014).

Ante o exposto, **JULGA-SE PROCEDENTE A AÇÃO**, fixando-se o prazo de 180 (cento e oitenta) dias para que o Prefeito Municipal e o Presidente da Câmara Municipal de Cardoso adotem as providências necessárias para sanar a lacuna legislativa, ficando, desde já, estabelecido o percentual mínimo de 50% (cinquenta por cento) para preenchimento dos cargos em comissão por servidores públicos efetivos, na hipótese de persistência da omissão normativa além do prazo acima fixado.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2225526-29.2015.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é autor SINDICATO DAS EMPRESAS DE TRANSPORTE URBANO DE PASSAGEIROS DO INTERIOR DO ESTADO DE SÃO PAULO INTERURBANO, é réu PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL SÃO JOSÉ DO RIO 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 29.270)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PAULO DIMAS MASCARETTI (Presidente), TRISTÃO RIBEIRO, ANTONIO CARLOS VILLEN, LUIZ ANTONIO DE GODOY, NEVES AMORIM, BORELLI THOMAZ, JOÃO NEGRINI FILHO, SÉRGIO RUI, SALLES ROSSI, ADEMIR BENEDITO, PEREIRA CALÇAS, XAVIER DE AQUINO, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, MOACIR PERES, FERREIRA RODRIGUES, PÉRICLES PIZA, EVARISTO DOS SANTOS, MÁRCIO BARTOLI, JOÃO CARLOS SALETTI, FRANCISCO CASCONI, RENATO SARTORELLI, CARLOS BUENO e FERRAZ DE ARRUDA.

São Paulo, 17 de fevereiro de 2016.

ARANTES THEODORO, Relator

Ementa: Ação Direta de Inconstitucionalidade. Lei nº 10.885, de 1º de março de 2011, do município de São José do Rio Preto, de iniciativa parlamentar, que *"dispõe sobre a gratuidade a ser concedida aos policiais civis e militares quando da utilização do transporte coletivo no Município e dá outras providências"*. Vício de iniciativa reconhecido. Quebra do princípio da independência dos poderes. Invasão da esfera administrativa. Violação dos artigos 5º, 47 incisos II, XI, XIV e XVIII, 117, 119, 120 e 159 parágrafo único da Constituição do Estado de São Paulo. Ação procedente.

VOTO

Cuida-se de ação direta de inconstitucionalidade da Lei nº 10.885, de 1º de março de 2011, do Município de São José do Rio Preto, de iniciativa

parlamentar e cujo veto fora derrubado, que *"Dispõe sobre a gratuidade a ser concedida aos policiais civis e militares quando da utilização do transporte coletivo no Município, e dá outras providências"*.

O autor alega que o aludido diploma é incompatível com o ordenamento constitucional, eis que proposições que importem na criação de despesas e se relacionem à tarifa de serviço público ou à gestão do sistema de transporte são de iniciativa privativa do chefe do Poder Executivo, conforme os artigos 5º, 25, 47 incisos XI e XVIII, 119, 120, 144 e 159 § único da Constituição paulista.

Não houve pedido liminar.

O Presidente da Câmara Municipal prestou informações nas quais relatou o trâmite do projeto de lei até a publicação e juntou documentos.

O Procurador-Geral do Estado informou não deter interesse na defesa do ato impugnado.

A Procuradoria de Justiça opinou pela procedência da ação.

É o relatório.

A presente propositura diz respeito à Lei nº 10.885, de 1º de março de 2011, do Município de São José do Rio Preto, de iniciativa parlamentar, que *"Dispõe sobre a gratuidade a ser concedida aos policiais civis e militares quando da utilização do transporte coletivo no Município, e dá outras providências"*.

Pois é forçoso reconhecer a inconstitucionalidade por vício de iniciativa e invasão da esfera de gestão administrativa, eis que a lei de autoria parlamentar avançou em atribuições reservadas ao Executivo.

De fato, conforme seus artigos 47 incisos II, XI, XIV e XVIII, 119, 120 e 159 parágrafo único, a Constituição de São Paulo confere ao Governador do Estado competência privativa para exercer a direção da Administração Pública, bem como para fixar o valor de tarifas e preços públicos, regime que se aplica aos Municípios ante a simetria prevista no artigo 144 do referido diploma.

Ora, ao ampliar o elenco de beneficiários do desconto no valor devido pelo uso do serviço público de transporte coletivo a lei aqui impugnada interferiu na gestão administrativa e afetou a equação financeira desse serviço, que é prestado sob o regime de permissão ou concessão.

Acesso ao Sumário

Por consequência, ela interferiu na própria relação travada entre o prestador do serviço e o ente público concedente, tendo com isso invadido esfera própria do Executivo, a quem cabe dispor sobre a gestão administrativa e nessa condição regulamentar a tarifa, detendo, então, a iniciativa de lei quanto ao assunto conforme anunciam os artigos 47, inciso XVIII, 120 e 159 da Carta paulista.

Realmente, como bem ressaltou a Procuradoria de Justiça, a alegação de ofensa ao artigo 25 da Constituição Estadual a rigor é imprópria, eis que das

isenções concedidas pela lei impugnada não decorreu aumento ou criação de despesa pública, mas houve, sim, violação ao artigo 117, já que ela interfere diretamente na manutenção do equilíbrio econômico financeiro do contrato administrativo firmado entre Poder Público e as empresas incumbidas de prestar o serviço de transporte (fls. 265).

Assim, ofensa ao artigo 25 da Constituição estadual aqui não ficou de plano revelada, eis que nada indica tenha a referida lei criado ou elevado despesa para os cofres públicos.

Aliás, exame valorativo aprofundado desse ponto aqui nem poderia ocorrer porque demandaria análise dos próprios termos em que fora concedida a permissão do serviço público, o que naturalmente foge do âmbito da ação declaratória de inconstitucionalidade.

Em suma, resta reconhecer que o diploma impugnado contrariou os artigos 5º, 47 incisos II, XI, XIV e XVIII, 117, 119, 120 e 159 § único da Constituição do Estado de São Paulo, que se aplicam aos municípios ante a simetria prevista em seu artigo 144.

Na linha aqui indicada tem decidido este Órgão Especial:

"Ação direta de inconstitucionalidade. Lei nº 7.602, de 1º de abril de 2014, do Município de Marília. Diploma de autoria parlamentar que estendeu o desconto de 50% no valor da tarifa de transporte coletivo urbano a todos os estudantes e professores das escolas públicas e privadas. Vício de iniciativa reconhecido. Quebra do princípio da independência dos poderes. Invasão da esfera administrativa. Violação dos artigos 5º, 47, inciso XVIII, 120 e 159, § único, da Constituição do Estado de São Paulo. Ação procedente." (Adin nº 2149175-49.2014.8.26.0000, mesmo relator, 12.11.2014).

"Direta de inconstitucionalidade. Lei Municipal de Poá n.º 3.577 de 02 de julho de 2012 que 'Dispõe sobre alteração do artigo primeiro da lei n.º 2.163 de 16 de maio de 1991, que regulamenta o uso gratuito pelos idosos maiores de 65 anos, do sistema de transportes coletivos que operam no município e dá outras providências'. Diminuição da idade de isenção de 65 para 60 anos. Vicio formal de inconstitucionalidade por desvio de poder legislativo. Sanção da lei impugnada pelo chefe do Executivo não tem o condão de suprir o vício identificado. Se a competência que disciplina a gestão administrativa é privativa do Chefe do Poder Executivo, a iniciativa do Legislativo culmina em violação frontal ao texto constitucional que consagra a separação dos poderes estatais. Criação de atribuições aos órgãos da Administração e de despesas sem dotação orçamentária. Ofensa aos artigos 5°, 25, 47, II, 120, 144 e 176 da Constituição Paulista. Inconstitucionalidade configurada. Ação procedente". (Adin nº 2057497-50.2014.8.26.0000, rel. Des. Péricles Piza, 30.07.2014).

Por isso, julga-se procedente a ação para declarar a inconstitucionalidade da Lei nº 10.885, de 1º de março de 2011, do Município de São José do Rio Preto.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2246383-96.2015.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é autor PREFEITO DO MUNICÍPIO DE SANTO ANDRÉ, é réu PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE SANTO ANDRÉ.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "JULGARAM A AÇÃO PROCEDENTE. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 34.942)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PAULO DIMAS MASCARETTI (Presidente), ARANTES THEODORO, TRISTÃO RIBEIRO, LUIZ ANTONIO DE GODOY, NEVES AMORIM, BORELLI THOMAZ, JOÃO NEGRINI FILHO, SÉRGIO RUI, SALLES ROSSI, ADEMIR BENEDITO, PEREIRA CALÇAS, XAVIER DE AQUINO, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, MOACIR PERES, FERREIRA RODRIGUES, PÉRICLES PIZA, EVARISTO DOS SANTOS, MÁRCIO BARTOLI, JOÃO CARLOS SALETTI, FRANCISCO CASCONI, RENATO SARTORELLI e CARLOS BUENO.

São Paulo, 2 de março de 2016.

FERRAZ DE ARRUDA, Relator

Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – LEI MUNICIPAL Nº 9.730/2015, DE SANTO ANDRÉ QUE, POR INICIATIVA PARLAMENTAR, DISPÔS SOBRE A IMPLANTAÇÃO DO TERCEIRO HORÁRIO DE ATENDIMENTO DAS UNIDADES BÁSICAS DE SAÚDE E DÁ OUTRAS PROVIDÊNCIAS – USURPAÇÃO DA COMPETÊNCIA DO PODER EXECUTIVO LOCAL QUE DETÉM A DISCRICIONARIEDADE DA INICIATIVA – AFRONTA AOS ARTIGOS 25 E 144 DA CONSTITUIÇÃO ESTADUAL – AÇÃO PROCEDENTE.

Acesso ao Sumário

VOTO

Cuida-se de ação ajuizada pelo Prefeito Municipal de Santo André objetivando a declaração de inconstitucionalidade da Lei nº 9.730, de 14 de setembro de 2015, que, por iniciativa parlamentar, dispôs sobre a implantação

do terceiro período no horário de atendimento das Unidades Básicas de Saúde do Município, além de outras providências.

O autor alega a existência de inconstitucionalidade por vício de iniciativa, bem como por ter criado aumento de despesa sem indicação da fonte de custeio. Assim, sustenta violação aos arts. 5º, 25, 47, incisos II e XI, bem como ao artigo 176, I, da Constituição Estadual.

Foi deferida a medida liminar (pág. 49).

A Procuradoria Geral do Estado declinou da defesa (págs. 58/60).

O Presidente da Câmara Municipal prestou informações (págs. 63/65).

A douta Procuradoria Geral de Justiça opinou pela procedência da ação (págs. 69/76).

É o relatório.

A Lei Municipal nº 9.730, de 14 de setembro de 2015, de Santo André, cuja constitucionalidade é aqui impugnada, versa sobre a *implantação do terceiro período no horário de atendimento das UBS (Unidades Básicas de Saúde) no Município de Santo André, além de outras providências*.

Com razão a insurgência do Prefeito Municipal contra a citada lei, cujo texto se encontra transcrito na íntegra no judicioso parecer do ilustre do Subprocurador Geral de Justiça oficiante, eis que inquinada de vício de iniciativa pautado em franca violação aos princípios federativo e da separação dos poderes insculpidos nos arts. 5º, 47, II, XIV e XIX, "a", da Constituição do Estado de São Paulo, aplicável aos Municípios por força do art. 144 respectivo.

Ora, ao implantar o terceiro horário de atendimento das Unidades Básicas de Saúde no âmbito do Município de Santo André, a Câmara Municipal violou competência privativa do Chefe do Poder Executivo Municipal. Com efeito, a ele compete, com o auxílio dos Secretários, exercer a direção superior da Administração Municipal mediante atos típicos de gestão de natureza discricionária veiculáveis por meio de decreto, espécie normativa adequada para fins de organização e funcionamento da administração conforme se depreende do art. 47, II e XIX, "a", da Carta Estadual.

Mais do que isso, ao usurpar a competência privativa do Poder Executivo, o Poder Legislativo Municipal criou encargos não previstos na lei orçamentária de exclusiva competência daquele Poder.

Neste diapasão, dispõe o artigo 25, da Constituição do Estado, que *nenhum projeto de lei que implique a criação ou o aumento de despesa pública será sancionado sem que dele conste a indicação dos recursos disponíveis, próprios para atender aos novos encargos*.

Obediente ao princípio constitucional estabelecido no artigo 144 da Constituição Estadual é de se reconhecer a inconstitucionalidade da Lei

Acesso ao Sumário

Municipal nº 9.730/2015, de Santo André, por afronta aos dispositivos constitucionais estaduais acima mencionados.

Em tais condições, julgo procedente a presente ação.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2241247-21.2015.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é autor PREFEITO DO MUNICÍPIO DE CATANDUVA, é réu PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE CATANDUVA.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "JULGARAM A AÇÃO PROCEDENTE EM PARTE. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 35.694)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PAULO DIMAS MASCARETTI (Presidente), JOÃO CARLOS SALETTI, FRANCISCO CASCONI, RENATO SARTORELLI, CARLOS BUENO, FERRAZ DE ARRUDA, ARANTES THEODORO, TRISTÃO RIBEIRO, LUIZ ANTONIO DE GODOY, NEVES AMORIM, BORELLI THOMAZ, JOÃO NEGRINI FILHO, SÉRGIO RUI, SALLES ROSSI, ADEMIR BENEDITO, PEREIRA CALÇAS, XAVIER DE AQUINO, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, MOACIR PERES, FERREIRA RODRIGUES, PÉRICLES PIZA e EVARISTO DOS SANTOS.

São Paulo, 2 de março de 2016.

MÁRCIO BARTOLI, Relator

Ementa: Ação Direta de Inconstitucionalidade. Lei Municipal nº 5.517, de 25 de fevereiro de 2014, que institui no Município de Catanduva o dia do pastor evangélico e inclui a data no calendário oficial de eventos municipais. Mera criação de data comemorativa é matéria abrangida pela competência legislativa da Câmara dos Vereadores. Lei que não impõe, nesse particular, qualquer aliança oficial entre o ente federativo e uma ordem religiosa específica ou seu representante. Inclusão da data comemorativa no calendário oficial de eventos do município, contudo, afronta as Constituições Estadual e Federal. Expressão

Acesso ao Sumário

normativa que abre a possibilidade de realização de evento religioso custeado pelo Poder Público. Parcialidade estatal indevida. Ofensa ao princípio da laicidade do Estado. Precedente. Pedido parcialmente procedente. Inconstitucionalidade da expressão "de Eventos do Município" contida no artigo 1º.

VOTO

1. Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade, impugnando a Lei nº 5.517, de 25 de fevereiro de 2014, do Município de Catanduva, que *"institui no Município de Catanduva o Dia do Pastor Evangélico, inclui esta data no calendário oficial de eventos do Município de Catanduva e dá outras providências"*.

Alega-se que a República Federativa do Brasil é um Estado Laico, motivo pelo qual a Constituição Federal proíbe subvenções a igrejas ou cultos religiosos. Afirma-se, assim, que a lei em debate afronta a vedação constitucional de que municípios mantenham relações de dependência ou aliança com representantes de ordens religiosas, assim como infringe o artigo 111 da Constituição Estadual. Salienta-se que a instituição do dia do pastor evangélico será custeada por receitas públicas. Por fim, argumenta-se que a exceção constitucional à proibição de subsídios e auxílios públicos a religiões diz respeito tão-somente à *"colaboração de interesse público"*, de caráter geral e não discriminatório de outras ordens religiosas, o que não se verifica no caso em exame. Requer-se a declaração de inconstitucionalidade da norma (fls. 01/09). Constam documentos anexos à inicial (fls. 10/23).

A liminar foi indeferida, pois não se comprovou que a manutenção da vigência e eficácia da lei acarretaria perigo de lesão irreparável ou de difícil reparação (fls. 25/27).

O Procurador Geral do Estado afirmou seu desinteresse na defesa do ato impugnado, visto que os dispositivos legais questionados cuidam de matéria exclusivamente local (fls. 35/37).

A Câmara Municipal de Catanduva prestou informações à fls. 39/42 e remeteu cópias de documentos (fls. 43/74).

A Procuradoria-Geral de Justiça apresentou parecer no sentido da improcedência do pedido (fls. 77/81).

2. Dispõe a Lei nº 5.517, de 25 de fevereiro de 2014, de Catanduva:

"INSTITUI NO MUNICÍPIO DE CATANDUVA O DIA DO PASTOR EVANGÉLICO, INCLUI ESTA DATA NO CALENDÁRIO OFICIAL DE EVENTOS DO MUNICÍPIO DE CATANDUVA E DÁ OUTRAS PROVIDÊNCIAS.

(Projeto de Lei nº 146/2013 – Ver. Dr. José Alfredo Luiz Jorge)

Acesso ao Sumário

Autógrafo nº 6.383

MARCOS CRIPPA: *Presidente da Câmara Municipal de Catanduva, Estado de São Paulo, usando de suas atribuições legais e com base no inciso IV, do artigo 32, combinado com o § 8º, do artigo 55, da Lei Orgânica do Município de Catanduva, promulga a seguinte Lei:*

Art. 1º *– Fica instituído no município de Catanduva o Dia do Pastor Evangélico a ser comemorado no segundo domingo de junho de cada ano, bem como fica incluída essa data no Calendário Oficial Municipal de Eventos do Município de Catanduva.*

Art. 2º *– As despesas decorrentes da execução desta Lei correrão a conta de dotação orçamentária vigente, suplementada se necessário.*

Art. 3º *– Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação, revogadas as disposições em contrário.*

CÂMARA MUNICIPAL DE CATANDUVA, AOS 25 DIAS DO MÊS DE FEVEREIRO NO ANO DE 2014."

2. **Julga-se parcialmente procedente o pedido, para que seja declarada a inconstitucionalidade apenas parcial do artigo 1º da Lei nº 5.517/2014**. É certo que a criação de datas comemorativas é matéria abrangida pela competência legislativa da Câmara dos Vereadores. Descabe, assim, tachar de inconstitucional a instituição do "Dia do Pastor Evangélico", a ser comemorado no segundo domingo de junho de cada ano no Município de Catanduva. Nesse sentido, julgando constitucionais leis municipais que se limitavam à criação de datas comemorativas, aponta-se precedente deste Órgão Especial que dispôs: *"Ação Direta de Inconstitucionalidade. Lei 4.591, de 30 de agosto de 2012, do Município de Suzano.* ***Norma que institui o 'Dia do Diretor de Escola' no Município e dá outras providências. Ato normativo que cuida de matéria de interesse local. Mera criação de data comemorativa. Constitucionalidade reconhecida.*** *Não ocorrência de vício de iniciativa do projeto de lei por Vereador. Norma editada que não estabelece medidas relacionadas à organização da administração pública, nem cria deveres diversos daqueles genéricos ou mesmo despesas extraordinárias. Ação Direta de Inconstitucionalidade julgada improcedente"*[1].

No mesmo sentido, vale citar outro recente precedente tratando de data comemorativa instituída no Município de Bertioga: *"Ação Direta de Inconstitucionalidade. Lei nº 951, de 28 de janeiro de 2011, do Município de Bertioga. Norma que institui o 'Dia do Guarda Municipal' e dá outras providências. Ato normativo que cuida de matéria de interesse local. Mera criação de data comemorativa. Constitucionalidade reconhecida. Não ocorrência de vício de iniciativa do projeto de lei por Vereador. Norma editada*

Acesso ao Sumário

1 ADI 0250357-83.2012.8.26.0000, rel. Des. Kioitsi Chicuta, j. 08.05.2013 – grifei.

que não estabelece medidas relacionadas à organização da administração pública, nem cria deveres diversos daqueles genéricos ou mesmo despesas extraordinárias. Ação Direta de Inconstitucionalidade julgada improcedente"[2].

3. A simples introdução da mencionada data no calendário municipal não representa infringência ao artigo 144 da Constituição Estadual c. c. artigo 19, I[3], da Constituição Federal, pois não impõe qualquer aliança oficial entre o ente federativo e uma ordem religiosa específica ou seu representante. A inovação legislativa poderá servir de amparo para que cidadãos ou entidades privadas comemorem a data inserida no calendário municipal, sem que haja desrespeito, nesse ponto, aos parâmetros constitucionais.

Importante destacar a diferença entre a norma ora examinada e aquela apreciada por este Órgão Especial por ocasião do julgamento da ADI nº 2178941-16.2015.8.26.0000[4], em que se decidiu pela declaração de inconstitucionalidade, **diante da ingerência do Poder Legislativo na atribuição do Executivo para a prática de atos de gestão e organização administrativa**, precisamente em razão da criação: *(i)* de medidas específicas para que *"Semana Municipal de Cultura Evangélica"* de Cananéia pudesse ser concretizada e *(ii)* de obrigatoriedade do Executivo, por meio de expressões de caráter autorizativo, de celebrar convênios e participar – diretamente, ou por meio de suas diretorias – do evento em questão.

4. No caso dos autos, contudo, constata-se inconstitucionalidade material **quanto à inclusão da data religiosa no calendário oficial de eventos do Município de Catanduva**. Com efeito, cuida-se de expressão normativa que abre a possibilidade de promoção e custeamento de evento religioso pelo Poder Público, tanto que o artigo 2º da norma prevê que as despesas decorrentes de sua execução correrão por conta de dotação orçamentária vigente, suplementada se necessário.

Configurada, portanto, afronta ao artigo 19, I, da Constituição Federal, e, assim, ao artigo 144 da Constituição do Estado de São Paulo, ante a inobservância do princípio da separação entre Estado e confissões religiosas, também chamado de não confessionalidade, o qual, segundo a doutrina[5], *"aparta o Estado das*

2 ADI 0088292-10.2013.8.26.0000, rel. Des. Kioitsi Chicuta, j. 31.07.2013.

3 CF, Art. 19. É vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:
I – estabelecer cultos religiosos ou igrejas, subvencioná-los, embaraçar-lhes o funcionamento ou manter com eles ou seus representantes relações de dependência ou aliança, ressalvada, na forma da lei, a colaboração de interesse público;

4 ADI nº 2178941-16.2015.8.26.0000. Ementa: *"Ação direta de inconstitucionalidade. Lei municipal que institui 'Semana Municipal de Cultura Evangélica e o Dia Municipal do Evangélico'. Impossibilidade de utilização de Lei Orgânica Municipal como parâmetro de controle. Lei que usa expressões de caráter autorizativo. Norma de iniciativa parlamentar. Ato típico da administração. Ingerência na atribuição do Executivo para a prática de atos de gestão e organização administrativa. Ofensa ao princípio da separação dos poderes. Precedentes. Ação julgada procedente"* (Rel. Desemb. Márcio Bartoli, j. em 27 de janeiro de 2016).

5 NETO, Jayme Weingartner Neto. In: CANOTILHO, J.J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET,

questões (matérias) e sujeitos religiosos, com os desdobramentos apontados e comanda uma atuação estatal imparcial (termo preferível à neutralidade, já que o Estado democrático de direito também adota algumas premissas – valores aglutinantes – inegociáveis)".

À luz do regramento constitucional vigente, não se admite tal compromisso assumido pela lei catanduvense, que abre a possibilidade de realização de evento, pela Municipalidade, voltado para uma única ordem religiosa, sem indicativo de qualquer colaboração estatal visando ao interesse público.

Embora inegável o dever constitucional de o Estado, mesmo sendo laico, de respeitar e proteger, com tolerância, o pluralismo religioso, a previsão legal em comento acaba por definir no plano de festividades locais oficiais não só a celebração em homenagem a representante de tão-somente uma religião, mas também demonstra que o evento poderá ser custeado com recursos públicos, o que denota parcialidade estatal indevida e ofende o princípio da laicidade do Estado.

No mesmo sentido decidiu o Órgão Especial do Tribunal de Justiça de Minas Gerais: *"AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – LEI MUNICIPAL Nº 3.301/2012 – INSTITUIÇÃO DA 'MARCHA PARA JESUS' NO CALENDÁRIO DE EVENTOS DE LAGOA SANTA – AUMENTO DE DESPESA COMPROVADO – OFENSA AO PRINCÍPIO DA LAICIDADE DO ESTADO – INCONSTITUCIONALIDADE PARCIAL. O artigo 3º. da Lei Municipal nº 3.301, de 05 de julho de 2012, do Município de Lagoa Santa, que impõe à municipalidade prever dotação financeira específica após incluir no calendário de eventos do Município de Lagoa Santa, o evento denominado 'Marcha Para Jesus', acarreta aumento de despesas para o Município, o que interfere na autonomia administrativa e financeira atribuída ao chefe do executivo. Procedência parcial do pedido. (...) ADI proposta por Prefeito – Lei Municipal n. 3.301/2012 – Município de Lagoa Santa – Inclusão de evento religioso no calendário oficial – Ofensa em parte aos princípios constitucionais da liberdade religiosa, da laicidade do Estado brasileiro, da isonomia e da impessoalidade – Rejeição constitucional de atuação religiosa do Estado – Vício da origem do estabelecimento das despesas para o erário – Imposição à municipalidade de previsão de dotação financeira específica para tal fim – Procedência parcial do pedido – Declarada a inconstitucionalidade do art. 3º da legislação impugnada"* (ADI nº 0769282-62.2014.8.13.0000, Relator para o Acórdão Des. Fernando Caldeira Brant, j. em 14 de outubro de 2015).

5. Constatando-se a coexistência no diploma legal de mandamentos constitucionais e inconstitucionais, de rigor a declaração parcial de inconstitucionalidade da lei, apenas para extirpar do ordenamento jurídico a

Acesso ao Sumário

Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords). Comentários à Constituição do Brasil. São Paulo: Ed. Saraiva/ Almedina, 2013, p. 708.

expressão *"de Eventos do Município"*, que não se coaduna com os artigos 144 da Constituição do Estado de São Paulo e 19, I, da Constituição da República, mantida, no mais, a vigência da lei.

6. Ante o exposto, julga-se parcialmente procedente o pedido, para que seja declarada a inconstitucionalidade da expressão *"de Eventos do Município"* contida no artigo 1º da Lei nº 5.517, de 25 de fevereiro de 2014, do Município de Catanduva.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2210659-31.2015.8.26.0000, 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. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 22.600)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PAULO DIMAS MASCARETTI (Presidente), ADEMIR BENEDITO, PEREIRA CALÇAS, XAVIER DE AQUINO, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, MOACIR PERES, FERREIRA RODRIGUES, PÉRICLES PIZA, EVARISTO DOS SANTOS, MÁRCIO BARTOLI, JOÃO CARLOS SALETTI, FRANCISCO CASCONI, RENATO SARTORELLI, CARLOS BUENO, FERRAZ DE ARRUDA, ARANTES THEODORO, TRISTÃO RIBEIRO, LUIZ ANTONIO DE GODOY, NEVES AMORIM, BORELLI THOMAZ, JOÃO NEGRINI FILHO, SÉRGIO RUI e SALLES ROSSI.

São Paulo, 2 de março de 2016.

PAULO DIMAS MASCARETTI, Presidente e Relator

Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – Lei nº 3.489, de 16 de julho de 2015, do Município de Santana de Parnaíba, editada a partir de proposta parlamentar, que fixou "horários para serviços de fresa e aplicação de capa asfáltica em vias públicas" no âmbito daquele Município – Legislação que versa acerca do planejamento, da organização, da direção e da

Acesso ao Sumário

execução dos serviços públicos, tratando de questões relativas a atos de governo, de 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, com vistas à implementação das medidas ali previstas, 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, 47, incisos II e XIV, e 144, todos da Constituição do Estado de São Paulo – Precedentes desta Corte – Ação Direta de Inconstitucionalidade julgada procedente.

VOTO

Cuida-se de ação direta de inconstitucionalidade ajuizada pelo Prefeito do Município de Santana de Parnaíba em face da Lei nº 3.489, de 16 de julho de 2015, de iniciativa parlamentar, promulgada pela Presidência da Câmara dos Vereadores, em razão da rejeição do veto aposto pelo Chefe do Poder Executivo, que "determina horários para serviços de fresa e aplicação de capa asfáltica em vias públicas", no âmbito daquele Município.

Alega o autor, em essência, que: a legislação municipal questionada padece de vício de iniciativa, pois disciplina a execução de serviços públicos municipais, invadindo matéria tipicamente administrativa, inerente ao Poder Executivo, em violação ao princípio constitucional da reserva de administração, decorrente do princípio fundamental da separação de poderes, desconsiderando as disposições dos artigos 5º e 47, inciso II, da Constituição do Estado de São Paulo; além disso, implica na criação ou aumento de despesa pública, como, por exemplo, o pagamento de adicional noturno de pessoal, sem que tivesse havido a indicação da respectiva fonte de custeio, em patente afronta ao preceito do artigo 25 da mesma Carta Paulista.

Deferida a medida liminar postulada (v. fls. 96/97), a Procuradoria Geral do Estado foi citada para a demanda (v. fls. 136/137), afirmando seu desinteresse em realizar a defesa da lei (v. fls. 104/106).

A Presidência da Câmara Municipal de Santana de Parnaíba prestou as informações requisitadas, defendendo a validade da legislação municipal atacada (v. fls. 108/112).

A Procuradoria Geral de Justiça opinou pela procedência da demanda (v.

Acesso ao Sumário

fls. 138/145).

É o relatório.

Cumpre, de início, destacar que o exame da procedência do pedido inicial deve ficar restrito à hipótese de eventual desconsideração de preceito da Constituição Estadual, descabendo o manejo da ação direta de inconstitucionalidade sob alegada ofensa a preceito da lei orgânica local, a legislação infraconstitucional ou ao próprio Mandamento Federal, por aplicação da norma do artigo 90, *caput*, da Carta Bandeirante.

Todavia, ainda assim, a ação é procedente.

A Lei nº 3.489, de 16 de julho de 2015, do Município de Santana de Parnaíba, objeto da demanda em causa, dispõe, *in verbis*:

> "Art. 1º. Fica instituído o horário das 23h até 06h, o período permitido para serviços de fresa e aplicação de capa asfáltica.
>
> Art. 2º. Fazem parte desta lei as vias públicas de Santana de Parnaíba, conforme suas capacidades de tráfego e suas funções, tipificadas nos incisos I ao IV do artigo 3º, da lei 3.382/2014.
>
> Parágrafo único: Ficam excluídos da restrição de horário da 23h às 06h, os seguintes serviços:
>
> – Execução de lombadas;
>
> – Operação tapa buraco;
>
> – Demais serviços de pequeno impacto nas vias.
>
> Art. 3º. Esta lei entrará em vigor na data de sua publicação, revogadas as disposições em contrário".

Como se vê, a matéria tratada na legislação aqui impugnada está realmente inserida dentre aquelas sujeitas à iniciativa reservada do Prefeito Municipal, em relação às quais não é dado ao Poder Legislativo local imiscuir-se.

O artigo 47, incisos II e XIV, da Constituição do Estado de São Paulo estabelece expressamente que:

> "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".

E estas previsões constitucionais são aplicáveis no âmbito dos Municípios, por força da regra contida no artigo 144 da mesma Carta Estadual[1], dirigindo-se,

1 "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".

Acesso ao Sumário

portanto, igualmente ao Chefe do Poder Executivo local.

Segundo o sempre irreprochável escólio de Hely Lopes Meirelles:

> "No sistema brasileiro o governo municipal é de funções divididas, cabendo as executivas à Prefeitura e as legislativas à Câmara de Vereadores. Esses dois Poderes, entrosando suas atividades específicas, realizam com independência e harmonia o governo local, nas condições expressas na lei orgânica do Município.
>
> O sistema de separação de funções – executivas e legislativas – impede que o órgão de um Poder exerça atribuições do outro. Assim sendo, a Prefeitura não pode legislar, como a Câmara não pode administrar. Cada um dos órgãos tem missão própria e privativa: a Câmara estabelece regras para a Administração; a Prefeitura as executa, convertendo o mandamento legal, genérico e abstrato, em atos administrativos, individuais e concretos. O legislativo edita normas; o Executivo pratica atos segundo as normas. Nesta sinergia de funções é que residem a harmonia e independência dos Poderes, princípio constitucional (art. 2º) extensivo ao governo local. Qualquer atividade, da Prefeitura ou da Câmara, realizada com usurpação de funções é nula e inoperante.
>
> (...)
>
> *Leis de iniciativa exclusiva do prefeito* são aquelas em que só a ele cabe o envio do projeto à Câmara. Nessa categoria estão as que disponham sobre criação, estruturação e atribuição das secretarias, órgãos e entidades da Administração Pública Municipal; a criação de cargos, funções ou empregos públicos na Administração direta e autárquica, fixação e aumento de sua remuneração; o regime jurídico dos servidores municipais; e o plano plurianual, as diretrizes orçamentárias, os orçamentos anuais, créditos suplementares e especiais.
>
> (...)
>
> Se a Câmara, desatendendo à privatividade do Executivo para esses projetos, votar e aprova leis sobre tais matérias, caberá ao prefeito vetá-las, por inconstitucionais. Sancionadas e promulgadas que sejam, nem por isso se nos afigura que convalesçam do vício inicial, porque o Executivo não pode renunciar a prerrogativas institucionais, inerentes às suas funções, como não pode delegá-las ou aquiescer em que o Legislativo as exerça" (v. "Direito Municipal Brasileiro", 15ª edição, São Paulo, Malheiros Editores, 2006, p. 708, 732/733).

Nesse contexto, o exercício da função legislativa pela Câmara dos Vereadores deve ser de caráter genérico e abstrato, não podendo inserir-se pela prática de atos concretos da administração, de competência exclusiva do Prefeito.

Ora, o planejamento, a organização, a direção e a execução dos serviços públicos são evidentemente atribuições do Chefe do Poder Executivo, haja vista

Acesso ao Sumário

que a ele compete o exercício da direção superior da administração e a prática dos atos necessários a esse fim, na forma do citado artigo 47, incisos II e XIV, da Constituição do Estado de São Paulo, aplicáveis aos Municípios por expressa imposição da norma do artigo 144 da mesma Carta.

Oportuno, ainda uma vez, citar o escólio de Hely Lopes Meirelles, segundo o qual:

> "As atribuições do prefeito são de natureza governamental e administrativa: governamentais são todas aquelas de condução dos negócios públicos, de opções políticas de conveniência e oportunidade na sua realização – e, por isso mesmo, insuscetíveis de controle por qualquer outro agente, órgão ou Poder; administrativas são as que visam à concretização das atividades executivas do Município, por meio de atos jurídicos sempre controláveis pelo Poder Judiciário e, em certos casos, pelo Legislativo local" (obra citada, p. 711).

No caso vertente, a lei local impugnada impõe horário específico para realização dos serviços de manutenção das vias públicas municipais, no período noturno, entre as 23h e 6h do dia seguinte, imiscuindo-se claramente na gestão municipal; não há qualquer margem para dúvidas no fato de que é opção livre do administrador, ou de seus delegados, o momento para realização das obras públicas, tanto sob o prisma financeiro, quanto no aspecto temporal, segundo a conveniência e oportunidade do Município; o ato normativo impugnado envolve, portanto, ato de governo que seria privativo do Prefeito, tratando de matéria de cunho estritamente administrativo, afeta com exclusividade ao Poder Executivo; ou seja, não poderia mesmo decorrer de iniciativa parlamentar, por implicar em violação ao princípio da separação dos poderes.

Por outro lado, forçoso reconhecer que a previsão legal contestada nos autos implica também no indevido aumento de despesas do ente público local, sem a respectiva indicação da fonte de custeio, em violação ao comando contido no artigo 25 da Constituição Bandeirante.

Com efeito, é evidente que a execução da lei em causa obrigará o empenho de quantia considerável por parte do Município para o respectivo custeio, além daquela já prevista para a realização das obras, na medida em que implicará em notório incremento dos custos dos serviços, ao menos, como bem destacado pelo autor, com o pagamento de adicionais noturnos aos servidores envolvidos nos trabalhos; no entanto, não se cuidou de apontar a existência de recursos orçamentários específicos para esse fim, na forma imposta no artigo 25 da Constituição Paulista, evidenciando a presença de nova mácula no ato normativo questionado.

A inconstitucionalidade suscitada pelo autor restou bem delimitada no parecer da douta Procuradoria Geral de Justiça, ao assentar, precisamente, que:

> "O ato normativo impugnado é verticalmente incompatível com

Acesso ao Sumário

nosso ordenamento constitucional por violar o princípio federativo e o da separação de poderes, previstos nos arts. 5º e 47, II, XIV e XIX, *a*, da Constituição do Estado, aplicáveis aos municípios por força do art. 144 da Carta Paulista, os quais dispõem o seguinte:

'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;

(...)

XIX – dispor, mediante decreto, sobre:

a) organização e funcionamento da administração estadual, quando não implicar em aumento de despesa, nem criação ou extinção de órgãos públicos;

(...)

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 matéria disciplinada pela Lei encontra-se no âmbito da atividade administrativa do Município, cuja organização, funcionamento e direção superior cabe ao Prefeito Municipal, com auxílio dos Secretários Municipais.

O ato normativo impugnado determina o **horário permitido para 'serviços de fresa e aplicação de capa asfáltica' nas vias públicas do Município de Santana de Parnaíba**, matéria exclusivamente relacionada à Administração Pública, a cargo do Chefe do Executivo.

Trata-se de atividade nitidamente administrativa, representativa de atos de gestão, de escolha política para a satisfação das necessidades essenciais coletivas, vinculadas aos Direitos Fundamentais. Assim, privativa do Poder Executivo e inserida na esfera do poder discricionário da administração.

Não se trata, evidentemente, de atividade sujeita a disciplina legislativa. Assim, o Poder Legislativo não pode por meio de lei ocupar-se da administração, sob pena de se permitir que o legislador administre invadindo área privativa do Poder Executivo.

Acesso ao Sumário

Quando o Poder Legislativo do Município edita lei disciplinando atuação administrativa, como ocorre, no caso em exame, disciplinando o serviço de fresa e aplicação de capa asfáltica em vias públicas municipais, invade, indevidamente, esfera que é própria da atividade do Administrador Público, violando o princípio da separação de poderes.

Cabe essencialmente à Administração Pública, e não ao legislador, deliberar a respeito da conveniência e oportunidade da criação e regulamentação dos serviços em benefício dos cidadãos. Trata-se de atuação administrativa que fundada em escolha política de gestão, na qual é vedada intromissão de qualquer outro poder.

A inconstitucionalidade, portanto, decorre da violação da regra da separação de poderes, prevista na Constituição Paulista e aplicável aos Municípios (arts. 5º, 47, II, XIV e XIX, *a*, e 144).

É pacífico na doutrina, bem como na jurisprudência, que ao Poder Executivo cabe primordialmente a função de administrar, que se revela em atos de planejamento, organização, direção e execução de atividades inerentes ao Poder Público. De outra banda, ao Poder Legislativo, de forma primacial, cabe a função de editar leis, ou seja, atos normativos revestidos de generalidade e abstração.

Cumpre recordar aqui o ensinamento de Hely Lopes Meirelles, anotando que *'a Prefeitura não pode legislar, como a Câmara não pode administrar. (...) O Legislativo edita normas; o Executivo pratica atos segundo as normas. Nesta sinergia de funções é que residem a harmonia e independência dos Poderes, princípio constitucional (art.2º) extensivo ao governo local. Qualquer atividade, da Prefeitura ou Câmara, realizada com usurpação de funções é nula e inoperante'*.

Sintetiza, ademais, que *'todo ato do Prefeito que infringir prerrogativa da Câmara – como também toda deliberação da Câmara que invadir ou retirar atribuição da Prefeitura ou do Prefeito – é nulo, por ofensivo ao princípio da separação de funções dos órgãos do governo local (CF, art. 2º c/c o art. 31), podendo ser invalidado pelo Poder Judiciário'* (*Direito municipal brasileiro*, 15. ed., atualizada por Márcio Schneider Reis e Edgard Neves da Silva, São Paulo, Malheiros, 2006, p. 708 e 712).

Deste modo, quando a pretexto de legislar, o Poder Legislativo administra, editando leis que equivalem na prática a verdadeiros atos de administração, viola a harmonia e independência que deve existir entre os poderes estatais.

A matéria tratada na lei encontra-se na órbita da chamada *reserva da administração*, que reúne as competências próprias de administração e gestão, imunes a interferência de outro poder (art. 47, II e IX da Constituição Estadual – aplicável na órbita municipal por obra de seu art. 144), pois privativas do Chefe do Poder Executivo.

Ainda que se imagine que houvesse necessidade de disciplinar por

Acesso ao Sumário

lei alguma matéria típica de gestão municipal, a iniciativa seria privativa do Chefe do Poder Executivo, mesmo quando ele não possa discipliná-la por decreto nos termos do art. 47, XIX, da Constituição Estadual.

Assim, a lei, ao instituir condições da prestação de serviço público, de um lado, viola o art. 47, II e XIV, no estabelecimento de regras que respeitam à direção da administração e à organização e ao funcionamento do Poder Executivo, matéria essa que é da alçada da reserva da Administração, e de outro, ela ofende o art. 24, § 2º, 2, na medida em que impõe atribuição ao Poder Executivo.

Abstraindo quanto aos motivos que podem ter levado a tal solução legislativa, ela se apresenta como manifestamente inconstitucional, por interferir na realização, em certa medida, da gestão administrativa" (v. fls. 140/144).

E, nesse mesmo sentido, precedentes deste Colendo Órgão Especial, lançados em casos análogos ao destes autos, realçam, na justa medida, que:

"Ação Direta de Inconstitucionalidade – Município de Bastos – Lei municipal nº 2.597/2015 – Iniciativa parlamentar – Lei que estabelece a obrigatoriedade do Município de Bastos realizar inspeção veicular anual nos seus veículos e dá outras providências – Invasão da competência reservada ao chefe do Poder Executivo – Ingerência na administração do município – Vício de iniciativa configurado – Violação ao princípio da separação de poderes e criação de despesa sem indicação da fonte de custeio – Afronta aos artigos 5º, 24, § 2º, 2, 47, II, XIV e XIX, Alínea *a*, 144 e 176, I, da Constituição do Estado de São Paulo – Inconstitucionalidade reconhecida – Ação procedente" (v. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2133547-83.2015.8.26.0000, relator Desembargador JOÃO NEGRINI FILHO, j. 27/01/2016);

"AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. Lei nº Municipal nº 11.112, de 25 de maio de 2015, que cria o 'Relatório de Gestão dos Serviços de Limpeza Urbana e Destinação dos Resíduos Sólidos' no município de Sorocaba. ALEGAÇÃO DE VÍCIO DE INICIATIVA E OFENSA AO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO E INDEPENDÊNCIA DOS PODERES. Reconhecimento. Lei impugnada, de autoria parlamentar, que avançou sobre área de planejamento, organização e gestão administrativa, ou seja, tratou de matéria que é reservada à iniciativa do Chefe do Poder Executivo, ofendendo regras de competência legislativa (art. 5º da Constituição Estadual). (...) Ação julgada procedente" (v. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2146375-14.2015.8.26.0000, relator Desembargador FERREIRA RODRIGUES, j. 16/12/2015);

"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

Acesso ao Sumário

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" (v. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2192297-78.2015.8.26.0000, relator Desembargador MOACIR PERES, j. 16/12/2015).

Em suma, restou mesmo evidenciada a alardeada inconstitucionalidade da legislação municipal impugnada nos autos, por violação aos artigos 5º, 25, 47, incisos II e XIV, e 144, todos da Constituição do Estado de São Paulo.

Ante o exposto, julga-se procedente a presente ação, para o fim de declarar a inconstitucionalidade da Lei nº 3.489, de 16 de julho de 2015, do Município de Santana de Parnaíba.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2249497-43.2015.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é autor PREFEITO DO MUNICÍPIO DE CATANDUVA, é réu PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE CATANDUVA.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "JULGARAM A AÇÃO PROCEDENTE. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 34.130)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PAULO DIMAS MASCARETTI (Presidente), ADEMIR BENEDITO, PEREIRA CALÇAS, XAVIER DE AQUINO, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, MOACIR PERES, FERREIRA RODRIGUES, PÉRICLES PIZA, EVARISTO DOS SANTOS, MÁRCIO BARTOLI, JOÃO CARLOS SALETTI, FRANCISCO CASCONI, RENATO SARTORELLI, CARLOS BUENO, FERRAZ DE ARRUDA, ARANTES THEODORO, TRISTÃO RIBEIRO, LUIZ ANTONIO DE GODOY, NEVES AMORIM, BORELLI THOMAZ, JOÃO NEGRINI FILHO e SÉRGIO RUI.

São Paulo, 2 de março de 2016.

SALLES ROSSI, Relator

Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – Artigo 2º, parágrafo único, da Lei n. 5.693, de 02 de outubro

Acesso ao Sumário

de 2015, de Catanduva, que deliberou no sentido de autorizar o Chefe do Poder Executivo Municipal a substituir lâmpadas danificadas por lâmpadas de LED – Violação aos artigos 5º, *caput* e § 1º, 47, II e XIV e 144, todos da Constituição Estadual – Matéria reservada ao Poder Executivo – Vício formal de inconstitucionalidade – Lei de iniciativa parlamentar que invadiu a competência legislativa do Chefe do Poder Executivo, ofendendo o princípio da separação dos poderes e, bem assim, a esfera da gestão administrativa (embora, em tese, não crie despesas imediatas ao erário público, eis que somente 'autorizou' a substituição das lâmpadas, não impondo obrigação ao Município) – Ação procedente.

VOTO

Cuida-se de Ação Direta de Inconstitucionalidade impetrada pelo Prefeito do Município de Catanduva, em face do artigo 2º, parágrafo único, da Lei Municipal n. 5.693, de 02 de outubro de 2015, que deliberou no sentido de autorizar o Município referido a substituir lâmpadas danificadas por lâmpadas de LED.

Aponta vício de iniciativa, eis que matéria de competência exclusiva do Chefe do Poder Executivo, a quem cabe a aplicação de recursos da municipalidade, afrontando ainda o princípio constitucional da separação de poderes que devem ser independentes e harmônicos entre si, configurada violação aos artigos 25 e 144, da Constituição Estadual. Pugnou pela concessão de liminar, para imediata suspensão da eficácia do ato normativo referido e, ao final, a procedência da presente ação, com a declaração de inconstitucionalidade do sobredito parágrafo único, artigo 2º, da lei municipal em comento.

A liminar foi deferida pelo despacho de fls. 15.

Informações prestadas pelo Exmo. Presidente da Câmara Municipal de Catanduva, às fls. 25/28.

O d. Procurador Geral do Estado de São Paulo, pelas razões lançadas às fls. 65/67, deixou de ofertar manifestação quanto ao mérito da ação.

Parecer da d. Procuradoria Geral de Justiça (fls. 68/74), pelo decreto de procedência.

É o relatório.

A ação é procedente.

O artigo 2º, parágrafo único, da Lei Municipal n. 5.693, de 02 de outubro de 2015, autoriza a Prefeitura Municipal de Catanduva a substituir as lâmpadas

Acesso ao Sumário

danificadas por outras do tipo LED, conforme teor abaixo transcrito:

"Art. 2º (...)

PARÁGRAFO ÚNICO. Fica autorizada a Prefeitura Municipal a substituir as lâmpadas danificadas por lâmpadas tipo LED."

Não há dúvida que a matéria tratada na legislação aqui impugnada está inserida dentre aquelas sujeitas à iniciativa reservada do Prefeito Municipal, em relação às quais não é dado ao Poder Legislativo local imiscuir-se, incorrendo em flagrante afronta ao princípio da separação e harmonia dos poderes, insculpido no artigo 5º da Constitucional Estadual, norma de observância obrigatória nos Municípios, conforme estabelece o artigo 144 da mesma Carta Estadual:

Artigo 5º *– São Poderes do Estado, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.*

Artigo 144 *– Os Municípios, com autonomia política, legislativa, administrativa e financeira se auto-organizarão por Lei Orgânica, atendidos os princípios estabelecidos na Constituição Federal e nesta Constituição.*

A lei impugnada, ao 'autorizar' a Municipalidade a trocar lâmpadas danificadas por outras (do tipo 'LED'), sem sombra de dúvidas, interferiu na gestão administrativa. Embora, em tese, não crie despesas ao erário público (já que 'autoriza' e não impõe obrigação), violou o princípio da separação de poderes.

Com efeito, pacífico, tanto na doutrina, quanto na jurisprudência, o entendimento segundo o qual cabe ao Poder Executivo, primordialmente, a função de administrar, sendo que o referido diploma invade a seara da gestão administrativa, ao editar lei que envolve planejamento, direção, organização e execução de atos de governo.

Acerca do tema, a lição ministrada por Hely Lopes Meirelles, ao dizer que:

"Lei de iniciativa da Câmara ou, mais propriamente, de seus vereadores são todas as que a lei orgânica municipal não reserva, expressa e privativamente, à iniciativa do prefeito. As leis orgânicas municipais devem reproduzir, dentre as matérias previstas nos arts. 61, § 1º e 165 da CF, as que se inserem no âmbito da competência municipal. São, pois, de iniciativa exclusiva do prefeito, como chefe do Executivo local, os projetos de leis que disponham sobre a criação, estruturação e atribuição das secretarias, 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

Acesso ao Sumário

suplementares e especiais. Os demais projetos competem concorrentemente ao prefeito e à Câmara, na forma regimental... " (in. "Direito Municipal Brasileiro", 15ª edição, São Paulo, Malheiros Editores, 2006, pág. 617).

Decidindo caso similar, julgado deste Órgão Especial, extraído da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 91.712-0/00, SERGIO AUGUSTO NIGRO CONCEIÇÃO, que em tudo se enquadra à situação aqui versada, conforme segue:

"Ação direta de inconstitucionalidade da Lei municipal n. 3.589, de 25 de outubro de 2001, a qual 'determina que na iluminação pública do Município de Americana sejam utilizadas somente lâmpadas de vapor-de-sódio' – Lei de iniciativa parlamentar e promulgada pela Câmara municipal depois de rejeitado o veto do prefeito – Invasão da área de atuação exclusiva do chefe do Executivo – Ação procedente."

Na mesma esteira, as bem lançadas considerações da d. Procuradoria Geral de Justiça, sobre a violação da reserva de iniciativa do Executivo, ao dizer que (fls. 68 e seguintes):

"... Assim, quando a lei municipal condiciona à autorização legislativa a prática de ato como o que se observa no dispositivo objurgado, tal enunciado normativo invade, indevidamente, esfera que é própria da atividade do administrador público, violando, por sua vez, o princípio da separação de poderes e a reserva da Administração, vez que o Chefe do Executivo não necessita de autorização legislativa, muito menos de aprovação deste poder, para atuar naquilo que está na esfera de sua competência constitucional.

Em suma, cabe nitidamente à Administração Pública, e não ao legislador, deliberar a respeito da conveniência e oportunidade daquela atuação administrativa, não podendo o Parlamento local interferir em atribuições constitucionalmente afetas ao alcaide.

A inconstitucionalidade, portanto, decorre da violação da regra da separação de poderes, prevista na Constituição Paulista e aplicável aos Municípios (art. 5º, art. 47, II e XIV, art. 144). (...)

O ato normativo impugnado, na prática, invadiu a esfera da gestão administrativa, que cabe ao Poder Executivo, e envolve o planejamento, a direção, a organização e a execução de atos de governo, pois representa condicionamento de atuação administrativa ao aval do Parlamento local, ofendendo, por conseguinte, a garantia constitucional da separação dos poderes...".

O mesmo autor, na Obra antes referida, às págs. 708, também ensina que:

"A Prefeitura não pode legislar, como a Câmara não pode administrar... O Legislativo edita normas; o Executivo pratica atos segundo as normas. Nesta sinergia de funções é que residem a harmonia e independência dos Poderes, princípio constitucional (art. 2º) extensivo ao governo local. Qualquer atividade, da Prefeitura ou Câmara, realizada com usurpação de

Acesso ao Sumário

funções é nula e inoperante...".

No caso em análise, flagrante a inconstitucionalidade da legislação municipal impugnada, por contrariedade aos artigos 5º, *caput* e § 1º, 47, II e XIV, cumulados com o art. 144, todos da Constituição Estadual.

Ante o exposto, pelo meu voto, julgo procedente a presente ação, para o fim de declarar a inconstitucionalidade do parágrafo único do artigo 2º da Lei n. 5.693, de 02 de outubro de 2015, do Município de Catanduva.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2154632-28.2015.8.26.0000, 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 LIMEIRA e PREFEITO MUNICIPAL DE LIMEIRA.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "POR MAIORIA DE VOTOS, JULGARAM A AÇÃO IMPROCEDENTE. USOU DA PALAVRA O EXMO. SR. PROCURADOR DE JUSTIÇA ROSSINI LOPES JOTA.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 29.342)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PAULO DIMAS MASCARETTI (Presidente), FERREIRA RODRIGUES, PÉRICLES PIZA, EVARISTO DOS SANTOS, MÁRCIO BARTOLI, JOÃO CARLOS SALETTI, FRANCISCO CASCONI, RENATO SARTORELLI, CARLOS BUENO, FERRAZ DE ARRUDA, ARANTES THEODORO, TRISTÃO RIBEIRO, LUIZ ANTONIO DE GODOY, NEVES AMORIM, BORELLI THOMAZ, JOÃO NEGRINI FILHO, SÉRGIO RUI, SALLES ROSSI, ADEMIR BENEDITO, PEREIRA CALÇAS e XAVIER DE AQUINO julgando a ação improcedente; e ANTONIO CARLOS MALHEIROS julgando a ação procedente.

São Paulo, 24 de fevereiro de 2016.

MOACIR PERES, Relator

Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – LOTEAMENTOS FECHADOS – Artigos do Plano Diretor de Limeira e alterações supervenientes que preveem a possibilidade de instalação de loteamentos fechados

Acesso ao Sumário

– I. COMPETÊNCIA LEGISLATIVA – Ausência de vício de iniciativa por ofensa a competência legislativa – Município que tem competência para legislar sobre assuntos de interesse local, suplementar a legislação de outros entes federativos e promover o adequado ordenamento territorial – II. VIOLAÇÃO A DIREITOS FUNDAMENTAIS – Inocorrência de violação à liberdade de locomoção e ao princípio da impessoalidade – Hipótese de colisão entre princípios e direitos fundamentais, resolvida por meio do critério da ponderação – Prevalência dos direitos à propriedade e à segurança dos moradores da área, consideradas as circunstâncias da atualidade – III. VÍCIO FORMAL DO PROCESSO LEGISLATIVO – Inocorrência – Observada a necessária participação popular no processo de planejamento urbanístico, por meio de audiências públicas e atuação de comitês com representação popular – IV. OFENSA À LIBERDADE DE ASSOCIAÇÃO – O uso das áreas públicas dos loteamentos é incondicional, dependendo a adesão à entidade de moradores e posterior rateio das despesas de adesão voluntária dos proprietários dos lotes – Questão relativa à contribuição compulsória que nem seria matéria a ser tratada na legislação municipal, uma vez que encontra sua disciplina na legislação federal pertinente, inexistindo qualquer disposição a esse respeito nas leis objurgadas nos autos – Inconstitucionalidade não configurada – Ação julgada improcedente.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade, proposta pelo Procurador-Geral de Justiça do Estado de São Paulo, contra dispositivos da Lei Complementar nº 442/2009, de Limeira, que dispõem sobre os loteamentos fechados no Município.

Discorre sobre a legislação municipal referente ao tema. Alega que os atos normativos impugnados contrariam os artigos 111, 117, 144, 180, incisos I e II, e 181, § 1º, da Constituição Estadual. Diz que, para regular os loteamentos fechados, matéria de Direito Civil e de Direito Urbanístico, o Município deveria ter garantido a participação das entidades comunitárias nos processos legislativos de todos os atos impugnados, nos termos dos artigos 180, inciso II,

da Constituição Estadual e 29, inciso XII, da Constituição Federal, por meio de audiência pública. Cita julgado. Relata que, embora tenha havido alguma participação popular na elaboração do anteprojeto de lei pelo Poder Executivo, não houve participação da comunidade após a mensagem de encaminhamento do Projeto de Lei Complementar nº 01/2008. Acrescenta que foi violada a repartição de competências legislativas e, como consequência, o princípio federativo, pois cabe à União legislar sobre Direito Civil. Menciona jurisprudência e doutrina. Argumenta que a Lei federal nº 4.591/64 é incompatível com o parcelamento do solo e não pode ser aplicada ao caso. Pontua que, além da inconstitucionalidade formal, há também inconstitucionalidade material, pois a restrição ao sistema viário urbano contraria a função social da cidade. Conclui que, ao restringir a liberdade de circulação e o usufruto de bens públicos de uso comum do povo, os atos normativos impugnados colidem com o artigo 144 da Constituição Estadual e o artigo 5º, *caput* e inciso XV, da Constituição Federal. Cita precedentes. Salienta que não há observância ao interesse público nem à razoabilidade. Acrescenta que foi violada a liberdade de associação prevista no artigo 5º, incisos XVII e XX, da Constituição Federal, pois a gestão das áreas públicas foi transferida a associações de amigos do bairro, que recebem concessão de uso exclusivo das áreas, compelindo os proprietários de lotes a se associar. Aduz ainda que houve lesão ao princípio da impessoalidade, consagrado nos artigos 111 da Constituição Estadual e 37, *caput*, da Constituição Federal, e à regra da licitação do artigo 117 da Constituição do Estado, que é matéria de competência legislativa da União. Transcreve doutrina. Alega que estão presentes os requisitos para a concessão de liminar para suspender a eficácia dos atos normativos impugnados (fls. 1/37).

A liminar foi indeferida (fls. 2.151/2.153).

Intimado, nos termos do artigo 90, § 2º, da Constituição Estadual, o Procurador Geral do Estado deixou de apresentar manifestação (fls. 3.071).

O Prefeito do Município de Limeira e o Presidente da Câmara Municipal de Limeira prestaram informações, impugnando a alegação de inconstitucionalidade da norma e pedindo a improcedência da ação. Subsidiariamente, pediram a modulação dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade (fls. 2.160/2.184 e 2.500/2.551).

Acesso ao Sumário

A Associação dos Proprietários do Residencial Vale das Oliveiras, Associação dos Proprietários do Residencial Greville, Associação Village Limeira, Associação dos Proprietários de Terras de São Bento II, Associação dos Proprietários dos Residenciais Fazenda Itapema, Associação dos Moradores do Residencial Jardim dos Ipês e Associação dos Proprietários de Lotes do Loteamento Industrial Duas Barras, Associação dos Proprietários do Ville de France, Associação dos Proprietários de Terras de São Bento I, Associação dos Proprietários do Residencial Santo Antonni, Associação dos Proprietários

do Residencial Vermont, Associação dos Proprietários do Jardim Porto Real V, Associação dos Proprietários do Villaggio San Pietro, Associação dos Proprietários do Residencial Margarida de Holstein, Associação dos Proprietários do Parque Residencial Roland Módulo I, Associação dos Proprietários do Parque Residencial Roland Módulo III, Associação dos Proprietários do Parque Residencial Roland Módulo II, Associação dos Proprietários do Residencial Florisa e Associação dos Proprietários do CIL – Centro Industrial Limeira foram admitidos como *amici curiae* (fls. 2.730/2.731, 2.863 e 6.196). Apresentaram memoriais escritos, alegando, sucintamente, a constitucionalidade dos dispositivos mencionados e pleiteando, subsidiariamente, a modulação dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade (fls. 3.308/3.333, 5.389/5.406, 5.168/5.177, 5.732/5.744, 5.808/5.837, 5.760/5.772, 3.074/3.085, 3.472/3.493, 3.818/3.837, 4.159/4.181, 4.349/4.373, 4.677/4.679, 4.722/4.738, 5.094/5.103, 5.459/5.470, 5.577/5.594, 5.657/5.665, 5.698/5.712 e 6.004/6.038).

A douta Procuradoria Geral de Justiça manifestou-se contrariamente à admissão das associações interessadas como auxiliares do juízo. No mérito, reiterou os termos da petição inicial, requerendo a procedência da ação, sem modulação dos efeitos temporais da decisão (fls. 5.564/5.573).

É o relatório.

Objetiva o Procurador-Geral de Justiça a procedência da ação, "com a declaração da inconstitucionalidade os artigos 182 a 186 (e, por arrastamento ou dependência, do inciso VII, do art. 169), da Lei Complementar nº 442, de 12 de janeiro de 2009, com redação original e com as alterações promovidas pelo art. 7º, da Lei Complementar nº 539, de 10 de agosto de 2010, e pelo art. 6º, da Lei Complementar nº 649, de 24 de outubro de 2012, todas do Município de Limeira" (fls. 36).

A Lei Complementar nº 442/09, que "dispõe sobre o Plano Diretor Territorial-Ambiental do Município de Limeira e dá outras providências", estabeleceu, em seus artigos 182 a 186 (com alterações dadas pelas Leis Complementares nºs 539/2010 e 649/2012), regras para o estabelecimento de loteamentos fechados no Município, dispondo:

> ***Art. 169.*** *A localização e a conformação das áreas verdes serão definidas pela Secretaria do Planejamento e Urbanismo, ouvida a CEAUOS, através das diretrizes, e deverão atender às seguintes disposições:*
>
> *(...)*
>
> ***VII*** *– Em loteamentos fechados, até 50% da área verde mínima prevista para a zona podem estar localizados internamente aos mesmos (LC 709/14 – Art. 2º);*
>
> *(...)*
>
> ***Art. 182.*** *Loteamento Fechado é a subdivisão da gleba em lotes, para*

Acesso ao Sumário

fins residenciais ou não residenciais, podendo ser cercado ou murado em parte de seu perímetro com lotes externos à porção fechada, sendo aprovados por parcelamento do solo conforme o estabelecido nos artigos 160 a 179, 187 a 219 e nas Tabelas Anexos 8 a 19, 21 a 23, além de possuir as seguintes características:

***I** – O conjunto não poderá interromper nenhuma via arterial, coletora ou local existente, projetada ou a ser prolongada;*

***II** – Não será permitida a implantação de loteamento fechado junto à divisa com outro loteamento fechado, caso em que será exigida a implantação de via pública oficial separando-os;*

***III** – Será admitida a construção de guaritas para abrigo de serviços de segurança;*

***IV** – As guaritas, portarias e coberturas do loteamento poderão ser implantadas no canteiro central e na via de circulação de acesso ao mesmo, devendo a mesma ser autorizada no ato de aprovação do loteamento; (LC 649/12 – Art. 6º)*

***V** – As despesas com o fechamento serão de responsabilidade do empreendedor ou proprietários;*

***VI** – As áreas institucionais deverão estar localizadas do lado externo da porção fechada desses loteamentos;*

***VII** – 50% (cinquenta por cento) das áreas verdes deverão estar localizadas do lado externo da porção fechada desses loteamentos;*

***VIII** – O acesso deverá ser aprovado pelo Departamento de Trânsito;*

***IX** – Os loteamentos fechados que já possuem o ato de aprovação publicado e que tenham as características enunciadas no inciso IV poderão ser alcançadas por esta Lei, mediante o ato de aprovação das respectivas portarias, guaritas e coberturas do loteamento expedido pela Secretaria Municipal de Planejamento e Urbanismo. (LC 649/12 – Art. 6º)*

***Art. 183.** Os espaços livres de uso público (áreas verdes ou sistema de lazer) e o sistema viário (vias de circulação) que estiverem localizados dentro porção fechada, serão objeto de permissão de uso.*

***§ 1º** A permissão de uso a que se refere o "caput" deste artigo, somente será autorizada quando os loteadores submeterem a administração dos mesmos à Associação dos Proprietários, constituída sob a forma de pessoa jurídica, com explícita definição de responsabilidade para aquela finalidade.*

***§ 2º** A permissão de uso a que se refere o "caput" deste artigo será por tempo indeterminado, podendo ser revogada a qualquer momento pelo*

Acesso ao Sumário

poder público, se houver necessidade devidamente comprovada e sem implicar em ressarcimento de qualquer benfeitoria existente.

***§ 3º** A outorga da permissão de uso deverá constar no registro do loteamento em Cartório de Registro de Imóvel.*

***Art. 184.** Serão de responsabilidade dos Proprietários dos lotes as despesas correspondentes aos serviços públicos e manutenção das áreas públicas a seguir:*

***I** – manutenção e poda das árvores de das áreas verdes internas;*

***II** – manutenção e conservação das vias públicas de circulação de veículos e da sinalização de trânsito e identificação das vias;*

***III** – Limpeza das vias públicas;*

***IV** – Manutenção e conservação da rede iluminação;*

***V** – Manutenção e conservação do sistema de escoamento de águas pluviais;*

***VI** – Outros serviços e obras internos;*

***VII** – Garantia da ação livre e desimpedida das autoridades e entidade públicas que zelam pela segurança e bem estar da população.*

***Parágrafo Único.** A coleta, remoção e destino final do lixo serão realizados pelo Município, dentro da porção fechada diretamente ou através de concessão e cobrados a título de taxa de serviços urbanos.*

***Art. 185.** Se a Associação de proprietários omitir-se na prestação dos serviços de manutenção e houver desvirtuamento na utilização das áreas públicas, prefeitura assumirá os mesmos, determinando a perda do caráter de loteamento fechado.*

***Art. 186.** Quando a Prefeitura determinar a retirada das benfeitorias, tais como fechamentos, portarias e outros, tais obras e serviços serão de responsabilidade da Associação de Proprietários.*

***Parágrafo Único.** Em caso de não cumprimento do estabelecido no "caput" deste artigo, as obras e serviços serão executados pela Prefeitura, cabendo à Associação dos Proprietários o ressarcimento de seus custos.*

Acesso ao Sumário

É do entendimento deste Colendo Órgão Especial que nem toda lei instituidora de loteamentos fechados é inconstitucional:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI MUNICIPAL. Lei nº 5.492, de 18 de dezembro de 2012, do Município de Pindamonhangaba, que 'dispõe sobre o fechamento e o controle de acesso a loteamentos residenciais e comerciais e fechamento de ruas'. Vício de iniciativa ao argumento de ser da competência da União legislar sobre Direito Civil e Urbanístico. Inocorrência. Ausência de afronta aos

artigos 22, I e 24, I, da Constituição da República que, por sua vez, dá competência aos Municípios para legislar sobre assuntos de interesse local, suplementar a legislação federal e estadual no que couber e promover o adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle de uso, parcelamento e da ocupação do solo urbano. Inteligência do artigo 30, I, II e VIII, da CF/88. Vício não reconhecido. 'Competência da União para legislar sobre as normas gerais de Urbanismo, cabendo ao Estado e aos Municípios as normas para atendimento das peculiaridades regionais e locais'.

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI. Alegada afronta ao artigo 5º, caput, e XV da Constituição Federal. Inocorrência. Direitos fundamentais à livre locomoção e à segurança que devem ser sopesados para aferição da prevalência do mais necessário ao caso em exame. Permissão de fechamento e controle de acesso a loteamentos e ruas que advém da necessidade imperiosa de segurança, diante da avassaladora onda de violência que assola o País. Adequação dos espaços à realidade. Liberdade de locomoção que é tolhida não pelo fechamento de lotes e ruas, mas, sim, pela falta de segurança pública. 'O que move a estes residentes de loteamentos e vilas é o medo da violência, não o instinto de segregação ou de preconceito social'.

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. Lei do Município de Pindamonhangaba que 'dispõe sobre o fechamento e o controle de acesso a loteamentos residenciais e comerciais e fechamento de ruas. Ausência de participação popular. Alegada afronta ao artigo 180, II, da Carta Bandeirante. Ocorrência. Planejamento urbanístico que é democrático, não prescindindo da participação popular, na medida em que, ainda que a finalidade da norma seja a segurança dos munícipes, não se pode apartar da necessidade de debate sobre as medidas introduzidas com a norma atacada, sob pena de se atender a interesses particulares. Vício insanável. Ação procedente, com declaração de inconstitucionalidade ex nunc. (Ação direta de inconstitucionalidade n. 2133801-90.2014.8.26.0000 – Rel. Des. Xavier de Aquino – j. em 19.11.14 – v.u).

De fato, aludidas leis não invadem competência normativa da União para legislar sobre direito civil e dos Estados para legislar sobre direito urbanístico, em ofensa ao artigo 144 da Constituição Bandeirante[1].

Na realidade, configuram o cumprimento de competências legislativas constitucionalmente estabelecidas, posto que a própria Constituição Estadual disciplinou a competência municipal para legislar sobre política urbana e

Acesso ao Sumário

1 ***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.*

regulamentar o "zoneamento, loteamento, parcelamento, uso e ocupação do solo, índices urbanísticos, proteção ambiental e demais limitações administrativas pertinentes"[2].

Por sua vez, a Constituição Federal estipulou a competência municipal para legislar sobre "assuntos de interesse local", suplementando a legislação federal e estadual no que couber[3]. Ademais, deve o Município "promover o adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano"[4].

E, no caso dos autos, não se verifica abuso da referida competência legislativa.

A legislação impugnada não proíbe o acesso de pessoas não residentes nos "loteamentos fechados", destinando-se apenas a regulamentar a outorga de permissão de uso (art. 183). Ademais, verifica-se que as áreas institucionais e 50% das áreas verdes deverão estar localizadas do lado externo da porção fechada desses loteamentos (art. 182, incisos VII e VIII). Ainda, não pode haver restrição ao acesso de prestadores de serviços públicos (art. 184, VII).

Pela mesma razão não se verifica ofensa ao dever do Município de assegurar "o pleno desenvolvimento das funções sociais das cidades", garantia consolidada nos artigos 180[5] e 144 da Constituição do Estado, nem ao interesse público de livre acesso aos espaços públicos e à liberdade de locomoção.

É certo que a questão envolve colisão de princípios e direitos fundamentais previstos na Constituição Federal.

De um lado, a criação da limitação ao acesso decorreria do anseio dos moradores da área de garantirem a manutenção de sua propriedade, aperfeiçoando os mecanismos de segurança, dois direitos fundamentais garantidos no *caput* do artigo 5º da Constituição Federal que notoriamente vem sendo ameaçados pela atuação de criminosos e pela ineficiente aplicação de verbas públicas em políticas de segurança pública. De outro, não se pode negar a limitação à liberdade de locomoção da maioria da população, que não reside nos "loteamentos fechados", nem a necessidade de a Administração Pública observar o princípio da impessoalidade[6], que proibiria a criação de privilégios em prol de parcela da população.

Acesso ao Sumário

2 Artigo 181, *caput*.

3 Artigo 30, incisos I e II.

4 Artigo 30, inciso VIII.

5 ***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, planos, programas e projetos que lhes sejam concernentes;*

[...]

V *– a observância das normas urbanísticas, de segurança, higiene e qualidade de vida*

6 Artigo 37, *caput*, da Constituição Federal e 111 e 144 da Constituição Estadual.

A questão deve se resolver pelo critério da ponderação, considerando as peculiaridades do caso para aferir qual das duas argumentações deve, afinal, prevalecer.

No caso dos autos, considerado o fato de que o acesso dos cidadãos não residentes aos loteamentos fechados não é vedado e que é garantida a entrada de agentes responsáveis pela prestação de serviços públicos, conclui-se que a legislação não viola os direitos fundamentais invocados, atendendo, assim, ao princípio da razoabilidade.

Ademais, quanto à alegação de que os artigos ofendem a regra da licitação, tal não se verifica, em razão de se tratar de hipótese de inexigibilidade pela inviabilidade de competição, conforme artigo 25 da Lei nº 8.666/93.

Ainda, houve suficiente participação da população na edição do Plano Diretor do Município de Limeira, conforme determina o artigo 180, II, da Constituição Estadual. A aprovação da Lei Complementar nº 442/09 foi precedida de diversas audiências públicas (fls. 2.571/2.57(*sic*)) e acompanhada pelo Comitê Gestor de Revisão do Plano Diretor, integrado por membros da sociedade civil organizada (fls. 620/622). As alterações supervenientes foram acompanhadas pelo Conselho Municipal de Planejamento e Gestão Territorial Ambiental de Limeira – COMPLAN (fls. 2.193/2.497), órgão criado pela lei que instituiu o Plano Diretor e composto por representantes da sociedade civil, indicados através da realização de plenárias (artigos 133 a 143, fls. 102/104).

Todavia, entende este Relator que a legislação ora contrariada seria inconstitucional em virtude da ofensa a outros dispositivos constitucionais.

A meu ver, os dispositivos em questão ofendem a liberdade de associação, prevista no artigo 5º, incisos XVII e XX, da Constituição Federal[7], cuja aplicação estendeu-se aos Municípios por força do artigo 144 da Constituição Bandeirante, pois compele moradores a integrarem associação responsável pela gestão das áreas dos loteamentos.

Contudo, a fim de manter coerência com a orientação desta Egrégia Corte, em observância à necessidade de conferir segurança jurídica ao sistema jurisdicional, acompanho o decidido pela douta maioria na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2058613-57.2015.8.26.0000, na qual restou assentado:

> *(...) Nem colhe o argumento de que as previsões legais contestadas, ao possibilitarem o fechamento de áreas urbanas para uso restrito, importariam em violação ao direito de liberdade de associação,*

Acesso ao Sumário

7 ***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:*
[...]
XVII *– é plena a liberdade de associação para fins lícitos, vedada a de caráter paramilitar;*
[...]
XX *– ninguém poderá ser compelido a associar-se ou a permanecer associado;*

caracterizando verdadeira concessão de uso, em afronta aos preceitos dos artigos 5º, incisos XVII e XX, 22, inciso XXVII, 37, inciso XXI, e 175, da Constituição Federal, e artigos 117 e 144 da Constituição do Estado de São Paulo.

No particular, impende considerar que um dos pressupostos básicos para que a Administração autorize a criação dos bolsões residenciais é exatamente o livre acesso e trânsito de pedestres e veículos de não-moradores, que poderão usufruir incondicionalmente das áreas públicas existentes no interior daquelas zonas, descabendo argumentar-se com uma suposta concessão de uso ou gestão de áreas públicas pela associação dos moradores; aliás, o parágrafo 1º do artigo 2º da Lei nº 2.568/1993 também é expresso ao permitir "a instalação de equipamentos de lazer de uso público", realçando a vocação coletiva das áreas afetadas a esse fim no interior dos "bolsões residenciais".

Bem de ver que as leis municipais ora impugnadas em nenhum momento transferiram a gestão de áreas públicas para sociedades de moradores, obrigando-os a associarem-se; ao contrário, além de assegurar expressamente a livre circulação de veículos e pedestres não-moradores no interior do "Bolsão Residencial", das disposições legais atacadas é possível inferir que o rateio das despesas para a implantação do fechamento de toda a área e para a manutenção dos dispositivos existentes ou apostos dependerá de adesão voluntária dos proprietários dos lotes, mediante subscrição de declaração expressa nesse sentido; ou seja, não há qualquer previsão que imponha alguma espécie de associação ou realização compulsória de despesa aos moradores da região afetada.

De qualquer modo, importa considerar que eventual obrigação de participação no custeio do sistema de bolsões residenciais nem sequer seria matéria a ser tratada no âmbito da legislação municipal, pois se cuida de questão que encontra sua disciplina na regulamentação federal pertinente.

Acesso ao Sumário

Aliás, o tema relativo à possibilidade de se compelir todos os moradores ao pagamento de taxas de manutenção e conservação de área de loteamento, sob o prisma da liberdade de associação, já foi levado ao Pretório Excelso, que reconheceu a existência de repercussão geral no exame da matéria, ainda pendente de julgamento (Recurso Extraordinário nº 695.911/SP Tema 492).

A mesma questão também foi apresentada ao Superior Tribunal de Justiça, que decidiu sob o regime do recurso representativo da controvérsia que "as taxas de manutenção criadas por associações de moradores não obrigam os não associados ou que a elas não anuíram", ressalvando-se

que estes "só estarão obrigados ao pagamento na hipótese da propriedade ter sido adquirida posteriormente à constituição da associação, porque o prévio conhecimento acerca dos serviços organizados e custeados pelos moradores permite afirmar que há aceitação tácita do adquirente de imóvel em loteamento fechado, conforme comportamento pautado na ética e no princípio da solidariedade" (v. REsp nº 1.439.163SP, Segunda Seção, relator Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, j. 11/03/2015, DJe 22/05/2015).

Nesse passo, o recolhimento compulsório das taxas de instalação e manutenção é questão de índole contratual, a ser dirimida entre a pessoa jurídica representante do loteamento e os moradores não associados, não tisnando a legislação municipal objurgada de vício de inconstitucionalidade (...).

Assim, ressalvado o entendimento deste Relator, não se vislumbra incompatibilidade dos dispositivos da legislação municipal impugnada com os artigos 111, 117, 144, 180, incisos I e II, e 181, § 1º, da Constituição Estadual.

Ante o exposto, julga-se improcedente a ação.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2249071-31.2015.8.26.0000, 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 JAÚ e PREFEITO MUNICIPAL DE JAÚ.

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 34472)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ADEMIR BENEDITO (Presidente), NEVES AMORIM, BORELLI THOMAZ, JOÃO NEGRINI FILHO, SÉRGIO RUI, SALLES ROSSI, FRANÇA CARVALHO, PEREIRA CALÇAS, XAVIER DE AQUINO, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, MOACIR PERES, FERREIRA RODRIGUES, 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, 9 de março de 2016.

Acesso ao Sumário

LUIZ ANTONIO DE GODOY, Relator

Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – Lei Complementar nº 475/2015, do Município de Jaú – Norma que dispõe sobre preservação de patrimônio cultural urbanístico – Matéria que guarda estreita relação com o ordenamento e desenvolvimento urbano – Exigência de participação comunitária na elaboração de leis desta sorte – Afronta aos arts. 180, II e III, da Constituição Estadual, e, por consequência, aos seus arts. 181, *caput*, e 191 – Inconstitucionalidade reconhecida – Ação procedente.

VOTO

Trata-se de Ação Direta de Inconstitucionalidade proposta pelo Procurador Geral de Justiça do Estado de São Paulo, postulando a declaração de inconstitucionalidade da Lei Complementar nº 475, de 30 de março de 2015, do Município de Jaú. Sustenta que referida lei contrastaria com os artigos 144, 180, *caput*, II e III, 181, *caput*, 191 e 261, da Constituição do Estado de São Paulo. Afirma ter sido violado o princípio do planejamento, indispensável a regramento relativo a uso e ocupação do solo urbano, bem como alega que a lei impugnada não está fundada por planejamento urbanístico para o crescimento ordenado da cidade e melhoria das condições de vida dos cidadãos, tampouco para tutelar de forma satisfatória bens culturais locais. Aduz, ainda, não ter havido participação comunitária na edição da norma, exigência constante dos artigos 180, II, e 191, da Constituição Estadual. Segundo o autor, seria imprescindível a participação da comunidade na discussão acerca da tutela de bens imóveis de relevância cultural para o município, vez que afetaria diretamente o adequado ordenamento urbanístico. Foi indeferido o pedido de liminar suspensão de eficácia da lei (fls. 164/165). O Procurador Geral do Estado manifestou desinteresse no feito (fls. 178/180). A Câmara Municipal de Jaú prestou informações (fls. 182/193). O Município de Jaú manifestou-se a fls. 208/215. A Procuradoria de Justiça opinou pela procedência da ação (fls. 422/433).

É o relatório.

A Lei Complementar nº 475, de 30 de março de 2015, *"altera a Lei Complementar nº 443, de 14 de novembro de 2012"*, nos seguintes termos:

"Art. 1º. Fica alterada a redação do § 1º e incluído § 1-A, no artigo 153 da Lei Complementar nº 443 de 14 de Novembro de 2012:

§ 1º. A revisão e comunicação previstas no caput deste artigo

Acesso ao Sumário

deverão ser realizadas a cada 12 (doze) meses, contados a partir da publicação da presente Lei Complementar, mediante reunião a ser realizada especificamente para este fim.

§ 1º-A. Na reunião prevista no parágrafo anterior, é obrigatória a presença do proprietário ou de seu representante legal, devendo haver notificação individual a cada proprietário e para cada imóvel preservado, mediante cumprimento inescusável de todos os itens abaixo relacionado:

I – Carta com Aviso de Recebimento;

II – Aviso em Jornal de Circulação Municipal ou Regional;

III – Publicação por meio do Jornal Oficial de Jahu;

Art. 2º. Fica suprimido o § 3º do artigo 153 da Lei Complementar nº 443 de 14 novembro de 2012.

Art. 3º. As despesas decorrentes desta Lei correrão por dotação orçamentária própria (02.02.03-041310704-2.250/33903990), suplementadas se necessário.

Art. 4º. Esta Lei entra em vigor na data de publicação" (fls. 43/44).

Para melhor elucidar a questão, faz-se necessário transcrever a previsão originalmente contida no artigo 153, *caput*, e parágrafos, da Lei Complementar nº 443/2012:

"Art. 153. O Conselho de Preservação do Patrimônio Cultural do Município realizará a revisão da lista de prédios preserváveis e respectivos graus de proteção, constantes do Anexo da Lei Complementar nº 277 de 10 de outubro de 2006, e comunicará o resultado ao Poder Executivo Municipal.

§ 1º. A revisão e a comunicação previstas no caput desse Artigo deverão ser realizadas no prazo de 6 (seis) meses, contados a partir da publicação da presente Lei Complementar, e deverão ser publicadas na edição seguinte do Diário Oficial de Jahu.

§ 2º. No caso de alteração da lista de prédios preserváveis ou dos respectivos graus de proteção, o Poder Executivo Municipal deverá enviar à Câmara Municipal o projeto de lei com a revisão no prazo de 30 (trinta) dias após receber a comunicação do Conselho de Preservação do Patrimônio Cultural do Município.

§ 3º. Os prédios preserváveis que transferirem no todo ou em parte seu potencial construtivo não será objeto da revisão prevista no caput desse Artigo, não podendo, inclusive, ter alterado seu grau de preservação" (fls. 409/410).

Acesso ao Sumário

Conforme se observa a partir da leitura dos dispositivos legais mencionados, a alteração legislativa contém aspectos de pouca relevância,

sendo questionável a necessidade de prévio planejamento técnico para edição de lei com teor desta sorte.

De qualquer forma, é inequívoco que a norma trata de matéria relativa à estética urbana, guardando estreita relação com o ordenamento e desenvolvimento urbano propriamente dito. Sobre o tema, ensina Hely Lopes Meirelles que *"O ordenamento urbano é a disciplina da cidade e suas atividades através da regulamentação edilícia, que rege desde a delimitação da urbe, seu traçado, o uso e ocupação do solo, o zoneamento, o loteamento, o controle das construções, até a estética urbana"* (Direito Municipal Brasileiro, Direito Municipal Brasileiro, Malheiros, São Paulo, 2014, p. 565). Vale lembrar, ainda, que *"A estética urbana tem constituído perene preocupação dos povos civilizados e se acha integrada nos objetivos do moderno Urbanismo, que não visa apenas às obras utilitárias, mas cuida também dos aspectos artísticos, panorâmicos, paisagísticos, monumentais e históricos, de interesse cultural, recreativo e turístico da cidade"* (op. cit., p. 588) e que *"O patrimônio histórico, artístico e cultural da cidade, compreendendo todas as obras humanas e recantos da Natureza que constituam ou relembrem fatos notáveis e edificantes de seu povo, deve ser preservado pelo Município"* (op. cit. p. 591).

A mesma conclusão pode se inferir da interpretação lógico-sistemática dos dispositivos inseridos na Lei Complementar Municipal nº 443/2012, que *"dispõe sobre o zoneamento, o parcelamento, o uso e a ocupação do solo no Município de Jahu"* (fls. 320).

Nesta esteira, tendo em vista que o conteúdo da lei diz respeito ao ordenamento e desenvolvimento urbano, é de rigor reconhecer que havia efetivamente a necessidade da participação comunitária em seu processo de elaboração. A Constituição Paulista exige expressamente tal requisito no estabelecimento de normas desta natureza, assim dispondo em seu artigo 180:

> *"Artigo 180 – No estabelecimento de diretrizes e normas relativas ao desenvolvimento urbano, o Estado e os Municípios assegurarão: [...] II – a participação das respectivas entidades comunitárias no estudo, encaminhamento e solução dos problemas, planos, programas e projetos que lhes sejam concernentes; III – a preservação, proteção e recuperação do meio ambiente urbano e cultural".*

Tem-se, portanto, que houve vício formal na edição do ato normativo, porquanto não era prescindível a participação popular no processo legislativo, ao contrário do que sustentou a Câmara Municipal de Jaú em sua manifestação (fls. 182/193). *Mutatis mutandis*, assim já decidiu este Colendo Órgão Especial:

> "Ação direta de inconstitucionalidade – Lei Complementar nº 2.211, de 24 de agosto de 2007, do Município de Ribeirão Preto. Norma que instituiu o Conselho de Preservação do Patrimônio Cultural do Município de Ribeirão Preto – CONPPAC. Matéria de cunho urbanístico, com princípios

sobre uso e ocupação do solo e limitações administrativas. Transgressão do devido processo legislativo. Ausência de efetiva participação popular. Correspondência não responde ao comando constitucional, mormente por revelar, tão-somente, a ocorrência de duas reuniões sem reflexão peculiar sobre o projeto de lei que originou a norma impugnada. Vício formal reconhecido. Prazo para finalização do processo de tombamento e caducidade. Disposições contrárias às leis federais que versam sobre o assunto. Competência suplementar excedida. Afronta aos artigos 180, incisos I e II; 144 e 191 da Constituição Estadual. Ação julgada procedente para declarar a inconstitucionalidade da Lei Complementar nº 2.211, de 24 de agosto de 2007, e, por arrastamento, da Lei 7.521/96 do Município de Ribeirão Preto" (Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2098553-29.2015.8.26.0000, Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, v. un., Rel. Des. Sérgio Rui, em 16/12/15).

É forçoso reconhecer, assim, a ocorrência de violação ao artigo 180, II e III, da Constituição do Estado de São Paulo, e, por consequência, afronta também aos seus artigos 181, *caput*, e 191.

Diante disso, julga-se procedente a ação para reconhecer a inconstitucionalidade da Lei Complementar nº 475, de 30 de março de 2015, do Município de Jaú.

Custas na forma da lei, sem imposição de honorários advocatícios.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2208561-73.2015.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é autora PREFEITA DO MUNICÍPIO DE OURINHOS, é réu PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE OURINHOS.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "JULGARAM A AÇÃO PROCEDENTE. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 117-16)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ADEMIR BENEDITO (Presidente), LUIZ ANTONIO DE GODOY, NEVES AMORIM, BORELLI THOMAZ, JOÃO NEGRINI FILHO, SÉRGIO RUI, SALLES ROSSI, FRANÇA CARVALHO, PEREIRA CALÇAS, XAVIER DE AQUINO, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, MOACIR PERES, FERREIRA RODRIGUES, EVARISTO DOS SANTOS, MÁRCIO BARTOLI, JOÃO CARLOS SALETTI, FRANCISCO CASCONI, RENATO SARTORELLI, CARLOS BUENO, FERRAZ DE ARRUDA, ARANTES THEODORO e TRISTÃO RIBEIRO.

Acesso ao Sumário

São Paulo, 9 de março de 2016.
ANTONIO CARLOS VILLEN, Relator

Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. Lei nº 6.216, de 12 de maio de 2015, do Município de Ourinhos, "institui a Política Municipal de Incentivo e Apoio ao Cooperativismo". Alegação de ofensa ao disposto no art. 25 da Constituição do Estado. Não ocorrência. Lei que não cria ou aumenta despesa pública. Violação, contudo, da reserva de Administração, corolário do princípio da separação dos Poderes (art. 5º da Constituição do Estado). Ação julgada procedente.

VOTO

Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade proposta pela Prefeita do Município de Ourinhos, que impugna a Lei nº 6.216, de 12 de maio de 2015, daquele Município, que "institui a Política Municipal de Incentivo e Apoio ao Cooperativismo".

A autora alega que a lei impugnada afronta o princípio da independência dos Poderes (art. 5º da Constituição do Estado), porque dispõe sobre atividade administrativa, que a Constituição de São Paulo atribui ao Executivo. Sustenta que a lei cria despesa sem indicação da respectiva fonte de custeio, em desrespeito ao art. 25 e ao art. 176, I, da Constituição do Estado.

O pedido de liminar foi deferido, para suspender a eficácia da lei (fls. 17/18).

O Presidente da Câmara Municipal de Ourinhos prestou informações (fls. 29/30), em que dá conta da tramitação do projeto de lei parlamentar que deu origem ao diploma legal em discussão.

Instado a se manifestar nos termos do art. 90, § 2º, da Constituição do Estado, o Procurador-Geral do Estado afirmou não ter interesse no feito (fls. 46/48).

A Procuradoria-Geral de Justiça opinou pela procedência da ação (fls. 53/61).

É O RELATÓRIO.

A lei impugnada tem o seguinte teor:

Art. 1º. Fica instituída a Política Municipal de Incentivo e Apoio ao Cooperativismo, bem como a adequação tributação de suas operações, nos termos do art. 174, § 2º, da Constituição Federal de 1988.

Acesso ao Sumário

Parágrafo único. A Política Municipal de que trata o *caput* deste artigo compreende o conjunto de atividades exercidas pelo Poder Público Municipal e pela iniciativa privada, que venham a beneficiar, direta e indiretamente, o setor cooperativista na promoção e desenvolvimento social, econômico e cultural, desde que reconhecido o seu interesse público.

Art. 2º. As sociedades cooperativas, constituídas nos termos da Lei Federal nº 5.764, de 16 de dezembro de 1971, tem como objetivo prestar serviços a seus sócios, que se obrigam a contribuir com bens ou serviços para o exercício de uma atividade econômica, de proveito comum, sem objetivo de lucro.

Parágrafo único. Consideram-se sociedades cooperativas regulares as registradas na Organização das Cooperativas do Estado de São Paulo – OCESP –, cuja prova far-se-á pelo respectivo certificado de regularidade.

Art. 3º. São objetivos da Política Municipal de Apoio ao Cooperativismo:

I – prestar apoio técnico, financeiro e operacional ao cooperativismo no Município, promovendo, quando couber, parceria para seu desenvolvimento;

II – estimular a força cooperativista de organização social, econômica e cultural nos diversos ramos de atuação, com base nos princípios gerais do cooperativismo e da legislação vigente;

III – estimular a inclusão do estudo do cooperativismo da Rede Municipal de Ensino, visando à mudança de parâmetros de organização da produção, do consumo e do trabalho, por meio de:

a) Desenvolvimento da cultura cooperativista;

b) Fomento ao desenvolvimento de cooperativas escolares;

c) Práticas pedagógicas com fins cooperativistas;

d) Utilização da Rede Municipal de Ensino pelas cooperativas instituídas, para fins de programações comuns;

IV – divulgar as políticas governamentais para o setor;

V – propiciar maior capacitação dos cidadãos pretendentes ou associados das cooperativas;

VI – fomentar o desenvolvimento e a auto-gestão de cooperativas de trabalho legalmente constituídas.

Art. 4º. Nos procedimentos licitatórios promovidos pelo Poder Público Municipal para a prestação de serviços, obras, compras, publicidade, alienações e locações será permitida a participação de cooperativas legalmente constituídas e regulares perante a OCESP.

Art. 5º. O Poder Público Municipal, quando recomendável para atender as demandas de seu funcionalismo, estabelecerá critérios operacionais com as cooperativas de crédito regularmente constituídas, buscando a agilização do acesso ao crédito ao setor e da prestação de serviços, especialmente quanto à arrecadação de tributos e ao pagamento

Acesso ao Sumário

de vencimentos e outros proventos dos servidores públicos ativos e pensionistas da administração pública, por opção destes.

Art. 6º. As despesas decorrentes com a execução desta Lei correrão por conta de dotações orçamentárias próprias, suplementadas se necessário.

Art. 7º. Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Sem razão a autora ao argumentar com a ocorrência de violação do art. 25 da Constituição do Estado. Não há como se afirmar que a lei impugnada implicará aumento de despesa. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal a respeito do art. 169, § 1º, da Constituição Federal, é firme no sentido de que *"A ausência de dotação orçamentária prévia em legislação específica não autoriza a declaração de inconstitucionalidade da lei, impedindo tão somente a sua aplicação naquele exercício financeiro"* (ADI 3.599, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 21.05.2007). Daí a própria Constituição do Estado vedar *"o início de programas, projetos e atividades não incluídos na lei orçamentária anual"* (art. 176, I; grifei).

A ação é procedente, contudo, por violação do disposto no art. 5º da Constituição do Estado. Conforme Hely Lopes Meirelles, *"O prefeito atua sempre por meio de atos concretos e específicos, de governo (atos políticos) ou de administração (atos administrativos); ao passo que a Câmara desempenha suas atribuições típicas editando normas abstratas e gerais de conduta (leis)"* (Hely Lopes Meirelles, *Direito Municipal Brasileiro*, 17ª ed., p. 739).

É bem verdade que o arranjo político constitucional atribui ao Legislativo alguns atos atípicos, de controle da administração, mas tais atribuições são exceções circunscritas ao estabelecido pela Constituição do Estado, resguardada a simetria quanto à Constituição Federal (STF, ADI-MC 1905, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 19.11.1998). Nesse sentido, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, conforme decidido no RE 427.574-ED, Rel. Min. Celso de Mello, j. 13.02.2012: *"Ainda que o legislador disponha do poder de conformação da atividade administrativa, permitindo-se-lhe, nessa condição, estipular cláusulas gerais e fixar normas impessoais destinadas a reger e condicionar o próprio comportamento da Administração Pública, não pode, o Parlamento, em agindo* ***ultra vires****, exorbitar dos limites que definem o exercício de sua prerrogativa institucional"*.

Acesso ao Sumário

E isso ocorreu no caso concreto. A lei impugnada interfere em âmbito próprio do Executivo, em violação ao que a doutrina tem denominado "reserva de Administração", definida por Canotilho como o "núcleo funcional da administração contra as ingerências do parlamento" (*Direito constitucional e teoria da Constituição*, 6ª ed., Coimbra, Almedina, 2002, p. 733).

Este Órgão Especial registra precedentes específicos sobre programas de incentivo ao cooperativismo como dos autos, que ditam atos de gestão

administrativa a serem adotados pelo Chefe do Poder Executivo. Nesse sentido:

> DIREITO CONSTITUCIONAL – AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – LEI MUNICIPAL – CRIAÇÃO DE SERVIÇO PÚBLICO ("PROGRAMA") E OBRIGAÇÕES CORRELATAS – SEPARAÇÃO DE PODERES – VÍCIO DE INICIATIVA – EXISTÊNCIA – INCONSTITUCIONALIDADE VERIFICADA – É inconstitucional a Lei Municipal de Atibaia 3.963, de 04 de março de 2011, que dispõe sobre a implantação de programa de apoio ao cooperativismo pelo Poder Público, criando-lhe várias obrigações, porque traduz ingerência na competência exclusiva do Chefe do Executivo pelo Poder Legislativo, pois ao Prefeito cabe organizar e executar todos os atos de administração municipal, notadamente os serviços públicos, mesmo que denominados "programas" – Ademais, cria despesa sem indicação de fonte de receita – Violação dos arts. 5º, 25, 47, II e XIV, e 144 da Constituição Estadual – Ação procedente.
>
> (ADI 0052691-11.2011.8.26.0000, Rel. Des. Xavier de Aquino, j. 16.11.2011)

Também nesse o julgamento da ADI 0062533-44.2013.8.26.0000, Rel. Des. Grava Brazil, j. 28.08.2013, que merece destaque pois a lei ali em discussão tem redação idêntica à lei impugnada nestes autos.

Pelo meu voto, julgo procedente a ação, para declarar a inconstitucionalidade da Lei nº 6.216, de 12 de maio de 2015, do Município de Ourinhos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2215118-76.2015.8.26.0000, 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 BOCAINA e PREFEITO MUNICIPAL DE BOCAINA.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "JULGARAM A AÇÃO PROCEDENTE, COM DETERMINAÇÃO. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 35.572)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PAULO DIMAS MASCARETTI (Presidente), MOACIR PERES, FERREIRA RODRIGUES, EVARISTO DOS SANTOS, MÁRCIO BARTOLI, JOÃO CARLOS SALETTI, FRANCISCO CASCONI, CARLOS BUENO, FERRAZ DE ARRUDA, ARANTES THEODORO, TRISTÃO RIBEIRO, NEVES AMORIM, BORELLI THOMAZ, JOÃO NEGRINI FILHO, SÉRGIO

Acesso ao Sumário

RUI, SALLES ROSSI, RICARDO ANAFE, ALVARO PASSOS, AMORIM CANTUÁRIA, SILVEIRA PAULILO, FRANÇA CARVALHO, ADEMIR BENEDITO e PEREIRA CALÇAS.

São Paulo, 16 de março de 2016.

ANTONIO CARLOS MALHEIROS, Relator

Ementa: AÇÃO DECLARATÓRIA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO – Propositura fundada na inexistência de ato normativo que estabeleça o percentual mínimo dos cargos em comissão na estrutura administrativa do município a serem preenchidos por servidores de carreira, como exigem os artigos 115, inciso V, da CE e artigo 37, V, da Constituição Federal – Inexistência de lei específica disciplinando a questão no âmbito do Município de Bocaina – Mora legislativa configurada – Ação julgada procedente, com determinação.

VOTO

Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade por omissão, proposta pelo Procurador Geral de Justiça do Estado de São Paulo, objetivando a declaração de inconstitucionalidade por omissão Legislativa no Município de Bocaina acerca do percentual mínimo das funções de confiança e cargo em comissão a serem preenchidos por servidores públicos efetivos.

Alega que tal omissão legislativa contém inconstitucionalidade por contrariar o disposto no artigo 155 da Constituição Estadual e artigo 37, V, da Constituição Federal.

Determinado o processamento dos autos, não houve pedido de liminar.

Foram prestadas as informações (fls. 197/199), pela Câmara Municipal, silenciando-se a Prefeitura (fls. 214).

A d. Procuradoria Geral de Justiça opinou procedência da ação (fls. 216/220).

Citado, o Procurador Geral do Estado declinou da defesa do ato impugnado (fls. 197/195).

É o relatório.

Procede a ação.

A presente ação visa à 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 Bocaina a serem preenchidos

Acesso ao Sumário

por servidores públicos de carreira.

A Emenda Constitucional nº 21 de 14.02.06, reproduzindo o artigo 37, inciso V, da Constituição Federal, deu a seguinte redação ao artigo 115, inciso V, da Constituição Estadual:

> ***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:***
>
> ***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.***

O simples encaminhamento de projeto de resolução não torna efetiva a norma constitucional e, muito menos, afasta a omissão legislativa.

Assim, constatada a mora legal, este C. Órgão Especial assim já decidiu:

> ***"Ação direta de inconstitucionalidade por omissão. Município de Arco-Íris. Mora legislativa na edição de norma que estabeleça o percentual mínimo dos cargos em comissão a serem preenchidos por servidores públicos de carreira. Inexistência de norma disciplinando a questão no âmbito do município de Arco-Íris. Mora legislativa configurada. Precedentes deste Colendo Órgão. Inconstitucionalidade configurada. Ação procedente, com determinação." (Ação de Inconstitucionalidade por Omissão nº 2220438-44.2014.8.26.0000, j. em 13 de maio de 2015, Rel. Guerrieri Rezende).***

Via de consequência, reconhecida a inconstitucionalidade por omissão, fixa-se o prazo de 180 dias para que o Executivo e Legislativo do Município de Bocaina adotem as providências necessárias, sanando a lacuna legislativa, em atenção ao comando do artigo 115, inciso V, da Constituição do Estado de São Paulo. Caso persista a mora legislativa, fica desde logo estabelecido que 50% dos cargos em comissão deverão ser preenchidos por servidores públicos de carreira.

Isto posto, julga-se procedente a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, com determinação.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2198486-72.2015.8.26.0000, da Comarca de São

Paulo, em que é autor PROCURADOR GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO, são réus PREFEITO DO MUNICÍPIO DE PRESIDENTE PRUDENTE e PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE PRESIDENTE PRUDENTE.

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 23544)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ADEMIR BENEDITO (Presidente), BORELLI THOMAZ, JOÃO NEGRINI FILHO, SÉRGIO RUI, SALLES ROSSI, FRANÇA CARVALHO, PEREIRA CALÇAS, XAVIER DE AQUINO, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, MOACIR PERES, FERREIRA RODRIGUES, EVARISTO DOS SANTOS, MÁRCIO BARTOLI, JOÃO CARLOS SALETTI, FRANCISCO CASCONI, RENATO SARTORELLI, CARLOS BUENO, FERRAZ DE ARRUDA, ARANTES THEODORO, TRISTÃO RIBEIRO, ANTONIO CARLOS VILLEN e LUIZ ANTONIO DE GODOY.

São Paulo, 9 de março de 2016.

NEVES AMORIM, Relator

Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – LEIS DO MUNICÍPIO DE PRESIDENTE PRUDENTE QUE ALTERAM A DENOMINAÇÃO DE LOGRADOUROS E PRÉDIOS PÚBLICOS DAQUELE MUNICÍPIO PARA O NOME DE PESSOA VIVA – INICIATIVA PARLAMENTAR – RESERVA DA ADMINISTRAÇÃO – USURPAÇÃO DE COMPETÊNCIA DO EXECUTIVO – VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INDEPENDÊNCIA E HARMONIA ENTRE OS PODERES E AOS PRINCÍPIOS DA MORALIDADE E IMPESSOALIDADE – PERMISSÃO DA PRÁTICA DE ATOS COM FINALIDADE DE PROMOÇÃO PESSOAL – AFRONTA AOS ARTIGOS 5º; 47, II E XIV; 111; 115 § 1º E 144 DA CONSTITUIÇÃO PAULISTA – VÍCIO DE INCONSTITUCIONALIDADE CONSTATADO – PRECEDENTES DESTE ÓRGÃO ESPECIAL.

AÇÃO PROCEDENTE.

Acesso ao Sumário

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 **"ou com mais de 65 (sessenta e cinco) anos de idade"** constante na alínea "b" do inciso I do art. 1º e do art. 3-A da Lei n. 5.609, de 5 de julho de 2001, das Leis n. 5.651/01, n. 5.716/02, n. 5.845/02, n. 5.887/03, n. 5.888/03, n. 5.893/03, n. 5.931/03, n. 6.070/03, n. 6.105,03, n. 6.107/03, n. 6.115/03, n. 6.121/03, n. 6.160/04, n. 6.261/04, n. 6.165/04, n. 6.176/04, n. 6.201/04, n. 6.202/04, n. 6.203/04, n. 6.210/04, n. 6.211/04, n. 6.229/04, n. 6.230/04, n. 6.235/04, n. 6.241/04, n. 6.276/04, n. 6.299/04, n. 6.317/04, n. 6.354/05, n. 6.415/05, n. 6.434/06, n. 6.549/06, n. 6.631/07, n. 6.714/08, n. 6.756/08, n. 6.870/08, n. 6.871/08, n. 6.874/08, n. 7.267/10, n. 7.268/10, n. 7.327/10, n. 7.407/10, n. 7.437/10, n. 7.513/11, n. 7.531/11, n. 7.532/11, n. 7.533/11, n. 7.550/11, n. 7.568/11, n. 7.569/11, n. 7.633/11, n. 7.854/12, n. 7.859/12, n. 7.866/12, n. 7.874/12, n. 7.890/12, n. 7.892/12, n. 7.939/12, n. 7.955/12, n. 7.962/12, n. 7.963/12, n. 7.964/12, n. 7.965/12, n. 7.966/12, n. 7.967/12, n. 7.968/12, n. 7.969/12, n. 7.970/12, n. 7.971/12, n. 7.972/12, n. 7.973/12, n. 7.974/12, n. 7.975/12, n. 7.976/12, n. 7.977/12, n. 8.134/13, n. 8.205/13, n. 8.218/13, n. 8.435/14, n. 8.456/14, n. 8.548/14, n. 8.620/14, n. 8.629/14, n. 8.650/14, n. 8.667/14, n. 8.670/14, n. 8.671/14, n. 8.676/14, n. 8.689/14, n. 8.698/14, n. 8.704/14, n. 8.708/14, n. 8.774/15, n. 8.780/15, **todas do Município de Presidente Prudente**.

Alega o autor que a expressão *"ou com mais de 65 (sessenta e cinco) anos de idade"* constante da alínea "b", do inciso I, do artigo 1º da Lei nº. 5.609, de 5 de julho de 2001, do Município de Presidente Prudente é inconstitucional por violação aos princípios constitucionais da moralidade administrativa e da impessoalidade insculpidos nos artigos 111 e 115, § 1º, da Constituição Estadual, aplicável aos municípios por força do artigo 144 do mesmo diploma. Acrescenta que ao conferir a bens públicos o nome de pessoa viva, há promoção da imagem pessoal do homenageado perante a opinião pública, trazendo potencial aproveitamento político, estritamente pessoal, por parte do beneficiado, maculando o princípio da moralidade e impessoalidade. Sustenta que houve usurpação da reserva da administração e violação ao princípio da separação de poderes. Roga pela procedência integral do pedido.

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. 2172/2175).

A Câmara Municipal, representada por seu Presidente, apresentou suas informações, postulando pela improcedência da ação frente à regularidade dos atos normativos objurgados. Requereu a modulação de efeitos da decisão (fls.

Acesso ao Sumário

2179/2189).

O Prefeito do Município de Presidente Prudente defendeu a validade do ato impugnado e pugnou pela modulação de efeitos (fls. 2191/2200).

A D. Procuradoria Geral de Justiça reiterou os termos da inicial e requereu a procedência da ação, sob a seguinte ementa:

"1) Ação direta de inconstitucionalidade. Leis do Município de Presidente Prudente, de iniciativa parlamentar, que alteram denominação de logradouros e prédios públicos daquele município.

2) Violação aos princípios da moralidade e da impessoalidade (art. 111, art. 115, § 1º, e art. 144 da Constituição do Estado).

3) Usurpação de competência do Executivo. Violação do princípio da independência e harmonia entre os Poderes (art. 5º, art. 47, II e XIV, e art. 144 da Constituição do Estado).

4) Impossibilidade da modulação de efeitos. As hipóteses autorizativas da modulação são excepcionais e devem ser devidamente comprovadas.

5) Inconstitucionalidade reconhecida – fls. 2202/2206.

É o relatório.

Inafastável a procedência da ação ante a existência dos vícios de inconstitucionalidade apontados na inicial.

Cuida-se de Ação Direta de Inconstitucionalidade proposta pelo D. Procurador Geral de Justiça tendo por objeto as leis elencadas na inicial, de iniciativa parlamentar, que tratam sobre a denominação de prédios, logradouros e repartições.

No que se refere ao tema central da lide, a Lei nº 5.609, de 5 de julho de 2001, que *"dispõe sobre a denominação de prédios, logradouros e repartições públicas e dá outras providências"*, do Município de Presidente Prudente, assim determina:

> "Art. 1º A prédios, logradouros e repartições públicas municipais poderão ser atribuídos nomes de personalidades nacionais ou estrangeiros, desde que:
>
> I – A proposta seja acompanhada:
>
> (...)
>
> b) de documentos que comprovem ser o homenageado pessoa falecida ou **com mais de 65 (sessenta e cinco) anos de idade**,
>
> (...)
>
> Art. 3º A – Em havendo prédios, logradouros, repartições públicas liberados para atribuição de nomes, o Presidente da Câmara Municipal de Presidente Prudente determinará a convocação de todos os Vereadores pessoalmente ou, não sendo encontrados, através de seu assessor, para a realização de sorteio, devendo ser sempre respeitada a ordem de sorteio até que todos sejam contemplados de forma igualitária.

Acesso ao Sumário

Parágrafo único. As atribuições de nomes destinados aos Vereadores de que trata este artigo, terão sua validade dentro do período legislativo.

(...)".

Com amparo nas disposições supra, as leis arroladas na inicial foram editadas visando à alteração da denominação de prédios, de logradouros e de repartições públicas existentes naquela municipalidade, as quais deixo de transcrever por serem extensas e por acompanharem a inicial (fls. 118 e 2160).

No caso em análise, os atos normativos impugnados implicam em violação ao princípio da separação e independência dos Poderes, insculpido no art. 2º da Constituição Federal e nos artigos 5º, 47, II e XIV e 144 da Constituição do Estado de São Paulo, haja vista que a Câmara Municipal extrapolou a competência do Legislativo Municipal, interferindo diretamente na administração pública municipal, da gestão exclusiva do Prefeito e fora da alçada do Poder Legislativo.

Hely Lopes Meirelles, em sua obra "Direito Municipal Brasileiro" ressalta que: *"Em sua função normal e predominante sobre as demais, a Câmara elabora* ***leis****, isto é,* ***normas abstratas, gerais e obrigatórias de conduta****. Esta é a sua função específica, bem diferenciada da do Executivo, que é a de praticar atos concretos de administração. Já dissemos, e convém se repita, que o Legislativo provê* ***in genere****, o Executivo* ***in specie****; a Câmara edita normas gerais, o prefeito a aplica aos casos particulares ocorrentes. Daí não ser permitido à Câmara intervir direta e concretamente nas atividades reservadas ao Executivo, que pedem provisões administrativas especiais manifestadas em* ***ordens, proibições, concessões, permissões, nomeações, pagamento, recebimentos, entendimentos verbais ou escritos com os interessados, contratos, realizações materiais da Administração e tudo o mais que se traduzir em atos ou medidas de execução governamental****. Atuando através das leis que elaborar e atos legislativos que editar,* ***a Câmara ditará ao prefeito as normas gerais da Administração, sem chegar à prática administrativa****. A propósito, têm decidido o STF e os Tribunais estaduais que é inconstitucional a deslocação do poder administrativo e regulamentar do Executivo para o Legislativo. 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 ou impor ao Executivo a tomada de medidas específicas de sua exclusiva competência e atribuição. Usurpando funções do Executivo ou suprimindo atribuições do prefeito, a Câmara praticará ilegalidade reprimível por via judicial"* (Direito Municipal Brasileiro, Malheiros, 6ª Ed.).

Acesso ao Sumário

Portanto, se ao Executivo cabe a função administrativa, somente a seu representante caberia a iniciativa do projeto de lei que versa sobre a atribuição

de nomes a logradouros e próprios públicos.

Com efeito, ao aprovar leis que atribuem nome a logradouro ou prédio público, a Câmara usurpou atribuições pertinentes a atividades próprias do Poder Executivo, relativas ao planejamento, regulamentação e gerenciamento dos serviços públicos, uma vez que a matéria nela tratada está entre aquelas que são de iniciativa exclusiva do Chefe daquele Poder, a quem incumbe exercer, com exclusividade, a direção superior da Administração.

Conforme bem observou a douta Procuradoria Geral de Justiça, a denominação de logradouros e de próprios públicos, indubitavelmente, diz respeito à matéria de **interesse local** (CF, art. 30, I), dispondo, assim, os Municípios de ampla competência para regulamentá-la, pois foram dotados de autonomia administrativa e legislativa (fl. 108).

Assim sendo, no exercício de sua função normativa, a Câmara está habilitada a editar **normas gerais, abstratas e coativas a serem observadas pelo Prefeito** para a denominação das vias, logradouros e prédios públicos, como, por exemplo: proibir que se atribua o nome de pessoa viva, determinar que nenhum nome poderá ser composto por mais de três palavras, exigir o uso de vocábulos da língua portuguesa, etc. (Cf. ADILSON DE ABREU DALLARI, "Boletim do Interior", Secretaria do Interior do Governo do Estado de São Paulo, 2/103) – fls. 109/110.

Todavia, as normas impugnadas no caso em testilha não são dotadas de generalidade e abstração, mas sim de concretude, na medida em que nomeiam bens integrantes do patrimônio público municipal.

Houve, portanto, quebra do postulado da separação dos poderes, previstas na Constituição Estadual e aplicáveis aos Municípios (artigos 5º, 47, II, XIV e 144).

Mas não é só.

A expressão ***"ou com mais de 65 (sessenta e cinco) anos de idade"*** constante da alínea "b" do inciso I do art. 1º da Lei nº 5.609, de 5 de julho de 2001, do Município de Presidente Prudente, viola os princípios constitucionais da ***impessoalidade*** e da ***moralidade administrativa*** previstos nos artigos 111 e 115, § 1º, da Constituição Paulista, aplicável aos municípios por força do artigo 144 da mesma carta.

Com efeito, *"ao autorizar que seja conferido a bens públicos o nome de pessoa viva, a lei permite que tal medida seja utilizada com a finalidade de promover a imagem pessoal do homenageado perante a opinião pública, trazendo potencial de aproveitamento político, estritamente pessoal, por parte do beneficiado, em decorrência dessa situação. Nada impedirá, entretanto, que após a realização da homenagem, com a denominação do próprio municipal ou de via pública, venha o homenageado a candidatar-se a algum cargo*

eletivo. Nessa hipótese, aqui deduzida exemplificativamente, estará nitidamente caracterizada a situação de benefício pessoal do homenageado, cuja imagem terá sido, evidentemente, 'alavancada' perante a opinião pública através da 'propaganda' realizada pela homenagem, consistente na denominação do bem público", consoante ponderou o D. Procurador de Justiça (fls. 104/105).

Nestes termos, em virtude do potencial aproveitamento pessoal e político do homenageado, incontroverso que o ato contraria o senso comum de honestidade, retidão, equilíbrio, justiça, boa-fé e ética que devem nortear os atos da administração, afrontando, assim, o princípio da moralidade.

Outrossim, patente a afronta ao princípio da impessoalidade, haja vista que a Administração tem que tratar a todos os administrados sem discriminações ou favoritismos. Ora, sendo assim, dedutível que eventual homenageado, cujo nome foi concedido a bens ou próprios públicos será consideravelmente favorecido em função da promoção pessoal que desse ato decorre, em futuras disputas eleitorais.

De rigor, portanto, a procedência desta ação direta de inconstitucionalidade.

A questão não é nova e já foi objeto de análise por este Colendo Órgão Especial em diversas oportunidades. Confira-se:

> **DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. Lei Municipal nº 967 de 20 de setembro de 2002 de Caraguatatuba que altera a redação da lei Municipal nº 739/99 para permitir a denominação de vias, logradouros e de próprios municipais com nome de pessoa viva. Vício formal de inconstitucionalidade, por desvio do Poder Legislativo. Violação aos princípios da moralidade e da impessoalidade, permitindo a prática de atos com finalidade de promoção pessoal. Ofensa aos artigos 5º; 47, II e XIV; 111, 115, § 1º e 144 da Constituição Paulista. Inconstitucionalidade configurada. Ação procedente** (ADI nº 0176537-94.2013.8.26.0000, Rel. Des. Péricles Piza, j. 12/02/2014).
>
> **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 de poderes. Precedentes deste C. Órgão Especial. Inconstitucional o ato normativo impugnado. Procedente a ação** (ADI nº 0171511-18.2013.8.26.0000, Rel. Des. Evaristo dos Santos, j. 05/02/2014).
>
> **AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – Leis Municipais nºs 3.736 (de 16 de agosto de 2007) e 4.267 (de 10 de agosto de 2011) de Agudos ("Atribuição de nome de pessoas vivas a logradouros e**

próprios municipais") – Violação dos arts. 5º e 47, incisos II e XIV da Constituição Estadual – Inobservância ao princípio da separação dos poderes – Vício de inconstitucionalidade – Inconstitucionalidade declarada (ADI 0083101-18.2012.8.26.0000, Rel. Des. Castilho Barbosa, j. 07/11/2012).

Por fim, não há que se falar na modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade dos atos normativos questionados, na forma do artigo 27 da Lei Federal nº 9.868, de 10 de novembro de 1999, haja vista a ausência de razões de segurança jurídica ou excepcional interesse social envolvido na espécie a recomendá-la.

Assim, pelo meu voto, julgo procedente esta ação direta de inconstitucionalidade ajuizada pelo d. Procurador Geral de Justiça do Estado de São Paulo, a fim de declarar a inconstitucionalidade da expressão **"ou com mais de 65 (sessenta e cinco) anos de idade"** constante na alínea "b" do inciso I do art. 1º e do art. 3-A da Lei n. 5.609, de 5 de julho de 2001, das Leis n. 5.651/01, n. 5.716/02, n. 5.845/02, n. 5.887/03, n. 5.888/03, n. 5.893/03, n. 5.931/03, n. 6.070/03, n. 6.105,03, n. 6.107/03, n. 6.115/03, n. 6.121/03, n. 6.160/04, n. 6.261/04, n. 6.165/04, n. 6.176/04, n. 6.201/04, n. 6.202/04, n. 6.203/04, n. 6.210/04, n. 6.211/04, n. 6.229/04, n. 6.230/04, n. 6.235/04, n. 6.241/04, n. 6.276/04, n. 6.299/04, n. 6.317/04, n. 6.354/05, n. 6.415/05, n. 6.434/06, n. 6.549/06, n. 6.631/07, n. 6.714/08, n. 6.756/08, n. 6.870/08, n. 6.871/08, n. 6.874/08, n. 7.267/10, n. 7.268/10, n. 7.327/10, n. 7.407/10, n. 7.437/10, n. 7.513/11, n. 7.531/11, n. 7.532/11, n. 7.533/11, n. 7.550/11, n. 7.568/11, n. 7.569/11, n. 7.633/11, n. 7.854/12, n. 7.859/12, n. 7.866/12, n. 7.874/12, n. 7.890/12, n. 7.892/12, n. 7.939/12, n. 7.955/12, n. 7.962/12, n. 7.963/12, n. 7.964/12, n. 7.965/12, n. 7.966/12, n. 7.967/12, n. 7.968/12, n. 7.969/12, n. 7.970/12, n. 7.971/12, n. 7.972/12, n. 7.973/12, n. 7.974/12, n. 7.975/12, n. 7.976/12, n. 7.977/12, n. 8.134/13, n. 8.205/13, n. 8.218/13, n. 8.435/14, n. 8.456/14, n. 8.548/14, n. 8.620/14, n. 8.629/14, n. 8.650/14, n. 8.667/14, n. 8.670/14, n. 8.671/14, n. 8.676/14, n. 8.689/14, n. 8.698/14, n. 8.704/14, n. 8.708/14, n. 8.774/15, n. 8.780/15, **todas do Município de Presidente Prudente**.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2225484-77.2015.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é autor PROCURADOR GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO, são réus PREFEITO DO MUNICÍPIO ITAJOBI e PRESIDENTE DA

CÂMARA MUNICIPAL DE ITAJOBI.

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 29.530)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PAULO DIMAS MASCARETTI (Presidente), FERREIRA RODRIGUES, EVARISTO DOS SANTOS, MÁRCIO BARTOLI, JOÃO CARLOS SALETTI, FRANCISCO CASCONI, CARLOS BUENO, FERRAZ DE ARRUDA, ARANTES THEODORO, TRISTÃO RIBEIRO, NEVES AMORIM, BORELLI THOMAZ, JOÃO NEGRINI FILHO, SÉRGIO RUI, SALLES ROSSI, RICARDO ANAFE, ALVARO PASSOS, AMORIM CANTUÁRIA, SILVEIRA PAULILO, FRANÇA CARVALHO, ADEMIR BENEDITO, PEREIRA CALÇAS e ANTONIO CARLOS MALHEIROS.

São Paulo, 16 de março de 2016.

MOACIR PERES, Relator

Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – Dispositivos da Lei nº 214/2000 do Município de Itajobi, que instituiu o Programa de Saúde da Família, e alterações posteriores – Contratações por tempo determinado – Necessidade de observância da regra de prestação de concurso público, com interpretação restritiva às hipóteses que a excepcionam – Para que se considere válida a contratação temporária, é preciso que: a) os casos excepcionais estejam previstos em lei; b) o prazo de contratação seja predeterminado; c) a necessidade seja temporária; d) o interesse público seja excepcional; e) a necessidade de contratação seja indispensável – Requisitos não preenchidos no caso – Desrespeito aos artigos 111, 115, incisos II e X, e 144 da Constituição Estadual – Inconstitucionalidade configurada – Ação julgada procedente, com modulação dos efeitos.

VOTO

Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade, proposta pelo Procurador-Geral de Justiça do Estado de São Paulo, contra o artigo 3º, parágrafo 4º, da Lei nº 214, de 16 de junho de 2000, na redação dada pela Lei nº 940, de 28 de maio

Acesso ao Sumário

de 2013, e por arrastamento, do art. 3º, parágrafo 3º, da Lei nº 214, de 16 de junho de 2000, acrescido pelo artigo 1º da Lei nº 447, de 13 de junho de 2006, do Município de Itajobi.

Afirma o autor que os dispositivos impugnados estão em confronto com os artigos 144, 111 e 115, inciso X, da Constituição Estadual. Argumenta que a contratação por processo seletivo para programa de saúde não espelha qualquer conteúdo de contratação por tempo determinado, para atendimento de necessidade temporária de excepcional interesse público. Sustenta que a regra constitucional é a admissão de pessoal nos órgãos e entidades da Administração Pública mediante prévia aprovação em concurso público. Transcreve doutrina e julgados. Alega que estão presentes os requisitos para a concessão de liminar para suspender a eficácia dos atos normativos impugnados (fls. 1/17).

A liminar foi deferida para suspender, com efeito *ex nunc*, a validade dos dispositivos impugnados (fls. 528/529).

Intimado, nos termos do artigo 90, § 2º, da Constituição Estadual, o Procurador Geral do Estado manifestou desinteresse na defesa do ato impugnado (fls. 543/545).

O Prefeito do Município de Itajobi prestou informações. Defendeu a constitucionalidade dos dispositivos e pediu a improcedência da ação (fls. 549/555). O Presidente da Câmara Municipal de Itajobi deixou de apresentar informações (fls. 561).

A douta Procuradoria Geral de Justiça reiterou os termos da inicial e requereu a procedência da ação (fls. 563/575).

É o relatório.

Objetiva o Procurador Geral de Justiça a declaração da "inconstitucionalidade do art. 3º, parágrafo 4º, da Lei nº 214, de 16 de junho de 2000, na redação dada pela Lei nº 940, de 28 de maio de 2013, do Município de Itajobi (e, por arrastamento, do art. 3º, parágrafo 3º, da Lei nº 214, de 16 de junho de 2000, acrescido pelo art. 1º, da Lei nº 447, de 13 de junho de 2006, do Município de Itajobi)" (fls. 17).

A ação é procedente.

A Lei Municipal nº 214/2000, que instituiu o Programa de Saúde da Família do Município de Itajobi, em sua redação original assim dispunha:

> ***Art. 3º*** *– O Programa de Saúde da Família será operacionalizado através de equipes que farão atendimento na Unidade de Saúde da Família e na comunidade, desenvolvendo ações de atenção primária à Saúde.*
>
> ***Parágrafo primeiro*** *– Cada equipe será responsável pela cobertura de uma área geográfica onde habitem 800 a 1.000 famílias.*
>
> ***Parágrafo segundo*** *– As equipes de Saúde de Família serão compostas,*

cada uma, pelos seguintes profissionais:

***I** – um médico generalista*

***II** – um enfermeiro*

***III** – dois auxiliares de enfermagem*

***IV** – quatro agentes comunitários de Saúde*

[...]

A Lei nº 447/2006 acrescentou um parágrafo ao artigo 3º da lei supratranscrita, nos seguintes termos:

Art. 3º.

[...]

***Parágrafo 3º** – Os profissionais de que trata o parágrafo 2º desta Lei, serão contratados pelo Executivo Municipal em regime da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT, por tempo determinado de até 01 (um ano), prorrogável por igual período, através de processo seletivo a ser regulamentado por decreto.*

Por fim, a Lei Municipal nº 940/2013 trouxe novas disposições, redefinindo o antigo parágrafo 3º para atual parágrafo 4º, que passaram a ser redigidos da maneira a seguir:

Art. 3º.

[...]

***Parágrafo 3º** – A Equipe de Apoio, que auxiliará as Equipes de Saúde da Família, nos fins previstos nesta lei será composta pelos seguintes profissionais:*

***I** – 1 (um) Coordenador de PSF;*

***II** – 2 (dois) Farmacêuticos;*

***III** – 4 (quatro) Fisioterapeutas;*

***IV** – 3 (três) Auxiliares Administrativos;*

***V** – 2 (dois) Auxiliares de Enfermagem;*

***VI** – 2 (dois) Recepcionistas.*

***Parágrafo 4º** – Os profissionais de que tratam os parágrafos 2º e 3º desta Lei, serão contratados pelo Executivo Municipal em regime da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT, por tempo determinado de até 01 (um) ano, prorrogável por igual período, através de processo seletivo a ser regulamentado por decreto.*

Os artigos da Constituição Estadual invocados pelo autor como parâmetro para a aferição da inconstitucionalidade da legislação ora impugnada, que repetem os termos do artigo 37, *caput* e incisos II e IX, da Constituição Federal

Acesso ao Sumário

e, por simetria, aplicam-se aos Municípios[1], assim dispõem:

> ***Art. 111*** *– A administração pública direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos Poderes do Estado, obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, razoabilidade, finalidade, motivação, interesse público e eficiência.*
>
> *[...]*
>
> ***Art. 115*** *– Para a organização da administração pública direta e indireta, inclusive as fundações instituídas ou mantidas por qualquer dos Poderes do Estado, é obrigatório o cumprimento das seguintes normas:*
>
> *[...]*
>
> ***II*** *– a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia, em concurso público de provas ou de provas e títulos, ressalvadas as nomeações para cargo em comissões, declarado em lei, de livre nomeação e exoneração;*
>
> *[...]*
>
> ***X*** *– a lei estabelecerá os casos de contratação por tempo determinado, para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público;*
>
> *[...]*

Dos dispositivos mencionados, verifica-se que a contratação por tempo determinado no serviço público, feita por meio do chamado regime especial, é admitida em situações de comprovada necessidade, desde que essa necessidade seja temporária e de excepcional interesse público.

Como ensina José dos Santos Carvalho Filho, "o regime especial deve atender a três pressupostos inafastáveis. O primeiro deles é a *determinabilidade temporal* da contratação, ou seja, os contratos firmados com esses servidores devem ter sempre prazo determinado, contrariamente, aliás, do que ocorre nos regimes estatuário e trabalhista [...]. Depois, temos o pressuposto da *temporariedade* da função: a necessidade desses serviços deve ser sempre temporária. Se a necessidade é permanente, o Estado deve processar o recrutamento através dos demais regimes. [...] O último pressuposto é a *excepcionalidade* do interesse público que obriga ao recrutamento. Empregando o termo *excepcional* para caracterizar o interesse público do Estado, a Constituição deixou claro que situações administrativas comuns não podem ensejar o chamamento desses servidores" (**Manual de Direito Administrativo**, 27ª ed., São Paulo: Editora Atlas S/A, 2014, pp. 610-611).

Tais fundamentos foram reiterados pelo Supremo Tribunal Federal, em julgamento que teve a repercussão geral reconhecida, acrescentando-se

Acesso ao Sumário

1 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.

que é vedada a contratação para serviços ordinários e permanentes do Estado que estejam sob o espectro das contingências normais da Administração, nos seguintes termos:

> *Recurso extraordinário. Repercussão geral reconhecida. Ação direta de inconstitucionalidade de lei municipal em face de trecho da Constituição do Estado de Minas Gerais que repete texto da Constituição Federal. Recurso processado pela Corte Suprema, que dele conheceu. Contratação temporária por tempo determinado para atendimento a necessidade temporária de excepcional interesse público. Previsão em lei municipal de atividades ordinárias e regulares. Definição dos conteúdos jurídicos do art. 37, incisos II e IX, da Constituição Federal. Descumprimento dos requisitos constitucionais. Recurso provido. Declarada a inconstitucionalidade da norma municipal. Modulação dos efeitos.*
>
> *1. O assunto corresponde ao Tema nº 612 da Gestão por Temas da Repercussão Geral do portal do STF na internet e trata, "à luz dos incisos II e IX do art. 37 da Constituição Federal, [d]a constitucionalidade de lei municipal que dispõe sobre as hipóteses de contratação temporária de servidores públicos". 2. Prevalência da regra da obrigatoriedade do concurso público (art. 37, inciso II, CF). As regras que restringem o cumprimento desse dispositivo estão previstas na Constituição Federal e devem ser interpretadas restritivamente. 3. O conteúdo jurídico do art. 37, inciso IX, da Constituição Federal pode ser resumido, ratificando-se, dessa forma, o entendimento da Corte Suprema de que, para que se considere válida a contratação temporária, é preciso que: a) os casos excepcionais estejam previstos em lei; b) o prazo de contratação seja predeterminado; c) a necessidade seja temporária; d) o interesse público seja excepcional; e) a necessidade de contratação seja indispensável, sendo vedada a contratação para os serviços ordinários permanentes do Estado, e que devam estar sob o espectro das contingências normais da Administração. 4. É inconstitucional a lei municipal em comento, eis que a norma não respeitou a Constituição Federal. A imposição constitucional da obrigatoriedade do concurso público é peremptória e tem como objetivo resguardar o cumprimento de princípios constitucionais, dentre eles, os da impessoalidade, da igualdade e da eficiência. Deve-se, como em outras hipóteses de reconhecimento da existência do vício da inconstitucionalidade, proceder à correção da norma, a fim de atender ao que dispõe a Constituição Federal. 5. Há que se garantir a instituição do que os franceses denominam de* la culture de gestion*, a cultura de gestão (terminologia atualmente ampliada para 'cultura de gestão estratégica') que consiste na interiorização de um vetor do progresso, com uma apreensão clara do que é normal, ordinário, e na concepção*

de que os atos de administração devem ter a pretensão de ampliar as potencialidades administrativas, visando à eficácia e à transformação positiva. 6. Dá-se provimento ao recurso extraordinário para o fim de julgar procedente a ação e declarar a inconstitucionalidade do art. 192, inciso III, da Lei nº 509/1999 do Município de Bertópolis/MG, aplicando-se à espécie o efeito ex nunc*, a fim de garantir o cumprimento do princípio da segurança jurídica e o atendimento do excepcional interesse social* (RE nº 658.026, Rel. Min. Dias Toffoli, Tribunal Pleno, j. em 09/04/2014, grifou-se).

Do corpo do voto, retira-se o seguinte excerto, esclarecedor para a hipótese em análise:

Portanto, a transitoriedade das contratações de que trata o art. 37, inciso IX, da CF, com efeito, não se coaduna com o caráter permanente de atividades que constituem a própria essência do Estado, como já descrito nos julgados colacionados, dentre os quais figuram, com destaque, os serviços de saúde e de educação, serviços públicos essenciais e sociais previstos no art. 6º, caput*, da Constituição da República. Na espécie, fica evidente o caráter essencial e permanente da atividade prevista na norma municipal objurgada, o que nos leva a inferir que somente há de ser prestada por servidores admitidos em caráter efetivo, mediante competente concurso público, nos termos do art. 37, II, da Constituição Federal; inclusive porque não estão descritas nessa lei, de forma detalhada, as situações de transitoriedade, como seria de todo exigível. Também, neste caso concreto, não se mostra suficiente para o afastamento da tese da inconstitucionalidade a simples menção de que a contratação se dará com o fito de "suprir necessidades de pessoal na área do magistério" (art. 192, inciso III) ou, ainda, que isto só ocorrerá nas situações em que houver "vaga nos cargos" (art. 191). O fato é que o texto normativo municipal regulou a contratação temporária de profissionais da área da educação, atividade essencial e permanente, sem descrever situações excepcionais e transitórias (como seria o caso de calamidade pública, surtos endêmicos que tenham atingido os profissionais da educação, demissões ou exonerações em massa, situações de greve dos profissionais da educação que perdurem por tempo irrazoável ou de greve que tenha sido considerada ilegal pelo Poder Judiciário etc.), o que não se coaduna com as exigências constitucionais.*

Acesso ao Sumário

À evidência, a contratação por tempo determinado é hipótese de exceção à necessidade do concurso público, devendo, portanto, ser interpretada restritivamente. Deve-se dar prevalência, em busca da máxima observância, aos princípios da legalidade, da impessoalidade e da eficiência na Administração Pública. A restrição a tais princípios deve ser feita observando-se o delineamento

constitucional, preenchidos os requisitos da legalidade, da temporalidade e da excepcionalidade, inerentes à contratação por prazo determinado.

No caso em tela, verifica-se que a contratação de equipe para atuar no Programa de Saúde da Família não trata de situação excepcional, já que perdura há quase duas décadas. Como se depreende do julgado supratranscrito, a necessidade deve ser por tempo determinado, o que não se vislumbra no caso concreto.

Em caso semelhante, já decidiu este Colendo Órgão Especial:

Lei nº 3.440, de 02 de março de 2011, do Município de Cubatão, que dispõe sobre a contratação temporária de pessoal para o Programa de Saúde da Família – PSF e para o Programa de Agentes Comunitários de Saúde, nos termos do art. 37, IX, da CF e dá outras providências. Arguição de inconstitucionalidade: incompatibilidade com os arts. 111, 115, II e X, e 144, da CE e art. 37, IX, da CF. Afronta à regra do concurso público, com reflexos negativos no âmbito da isonomia, moralidade, finalidade e interesse público. Ação procedente. (Direta de Inconstitucionalidade nº 0188810-76.2011.8.26.0000, Rel. Des. Luiz Pantaleão, j. em 19.09.2012, v.u).

Assim, é o caso de se reconhecer a inconstitucionalidade dos dispositivos impugnados.

Por fim, nos termos do artigo 27 da Lei Federal nº 9.868/99 e aplicando-se o princípio da razoabilidade, faz-se necessária a modulação dos efeitos desta decisão, para que tenha eficácia 30 (trinta) dias a partir da intimação da decisão que concedeu a liminar (fls. 528/529), como se tem decidido em situações semelhantes (ADI nº 2210892-28.2015.8.26.0000, j. em 27/01/2016, v.u).

Conforme bem explicitado em precedente deste Órgão Especial, "a retroação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade dos dispositivos impugnados, a partir do início da vigência das respectivas legislações, acabaria por atingir a esfera jurídica dos servidores que obtiveram vantagens patrimoniais com fundamento nesses dispositivos, obrigando-os ao ressarcimento do erário municipal. No entanto, descabida a repetição de aludidas parcelas quando recebidas de boa-fé, além de ensejar enriquecimento sem causa da Administração que teve prestados os serviços e por ele não arcaria com o pagamento" (Direta de Inconstitucionalidade nº 0177331-18.2013.8.26.0000, Rel. Des. Evaristo dos Santos, j. em 5.2.14).

Ante o exposto, julga-se procedente a ação, com modulação de efeitos, para declarar a inconstitucionalidade do artigo 3º, parágrafo 4º, da Lei nº 214, de 16 de junho de 2000, na redação dada pela Lei nº 940, de 28 de maio de 2013, e por arrastamento, do art. 3º, parágrafo 3º, da Lei nº 214, de 16 de junho de 2000, acrescido pelo artigo 1º da Lei nº 447, de 13 de junho de 2006, do Município

Acesso ao Sumário

de Itajobi.

Agravos Regimentais

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Regimental nº 2001626-64.2016.8.26.0000/50000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE ILHABELA, é agravado PREFEITO DO MUNICÍPIO DE ILHABELA.

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 30.891)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PAULO DIMAS MASCARETTI (Presidente), RENATO SARTORELLI, CARLOS BUENO, FERRAZ DE ARRUDA, ARANTES THEODORO, TRISTÃO RIBEIRO, ANTONIO CARLOS VILLEN, LUIZ ANTONIO DE GODOY, NEVES AMORIM, BORELLI THOMAZ, JOÃO NEGRINI FILHO, SÉRGIO RUI, SALLES ROSSI, ADEMIR BENEDITO, PEREIRA CALÇAS, XAVIER DE AQUINO, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, MOACIR PERES, FERREIRA RODRIGUES, PÉRICLES PIZA, EVARISTO DOS SANTOS, MÁRCIO BARTOLI e JOÃO CARLOS SALETTI.

São Paulo, 17 de fevereiro de 2016.

FRANCISCO CASCONI, Relator

Ementa: DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – LIMINAR DEFERIDA – LEI QUE DISPÕE SOBRE A OBRIGATORIEDADE DE INSTALAÇÃO DE BICICLETÁRIOS EM PRÉDIOS PÚBLICOS – AGRAVO REGIMENTAL – PRESENÇA DOS REQUISITOS LEGAIS – RECLAMO QUE NÃO OSTENTA FUNDADAS RAZÕES PARA ABALAR A CONVICÇÃO SUMARIAMENTE FORMADA, ANTE AS CIRCUNSTÂNCIAS DOS AUTOS – QUESTÕES MERITÓRIAS A SEREM ENFRENTADAS OPORTUNAMENTE – RECURSO IMPROVIDO.

Acesso ao Sumário

VOTO

Contra decisão proferida na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2001626-64.2016.8.26.0000, que deferiu a liminar (fls. 27/28 do apenso), interpõe o Presidente da Câmara Municipal de Ilhabela o presente agravo regimental.

Em breve síntese das razões recursais, insiste na ausência dos requisitos para concessão da medida, eis que o ato normativo atacado ostenta plena compatibilidade vertical em relação ao texto constitucional, por tratar de matéria relacionada a postura municipal, sem ingerência em tema cuja iniciativa legislativa é reservada ao Executivo local. Argumenta, mais, que a obrigatoriedade instituída na lei impugnada refere-se a prédios públicos futuros.

É o breve relatório.

A decisão agravada deferiu a tutela de urgência com base nos seguintes fundamentos:

"Ação de inconstitucionalidade voltada contra a Lei nº 1.098, de 25 de agosto de 2015, do Município de Ilhabela, que dispõe sobre 'a obrigatoriedade de instalação de bicicletários em prédios públicos' no âmbito daquela localidade.

Fundamentada pretensão em apontado vício de iniciativa, porquanto a lei impugnada ostenta autoria de vereador municipal, alcançando eventualmente matéria de administração pública, além de macular princípio da separação dos poderes diante da imposição de obrigações ao Executivo local, sem indicação da fonte de custeio para sua concretização, ofendendo, neste particular, artigo 25 da Carta Bandeirante.

O exame da liminar alvitrada, na hipótese, conduz à constatação sumária de verossimilhança da tese inicial, ao aparentemente dispor o ato normativo questionado sobre providências que refletem na estrutura da Administração, a despeito de ter gênese no Legislativo Municipal, ao que se adiciona o risco de repercussão negativa no erário a partir de sua vigência, justificando o perigo da demora até enfrentamento definitivo da controvérsia, autorizando, assim, a concessão da tutela de urgência.

***Defiro, pois, a liminar requerida**, sustando imediatamente a eficácia, até o julgamento final desta ação, da Lei nº 1.098, de 25 de agosto de 2015, do Município de Ilhabela."*

Os fundamentos de arrimo da insurgência não têm o condão de infirmar, ***in ictu oculi***, aqueles em que proferida a decisão liminar que, como se sabe, calcada em juízo sumário de cognição, onde se aferiu concomitância dos requisitos legais para sua concessão na hipótese ***sub examen***.

Justificada a concessão da tutela de urgência, como expressamente declinado, pela criação de obrigação que, num exame superficial, parece refletir na estrutura da Administração Municipal com adoção de providências e reflexos

Acesso ao Sumário

financeiros, ao tempo em que a norma atacada ostenta autoria parlamentar.

Com efeito, constituiria reprovável antecipação de mérito incursão sobre o tema aqui proposto, notadamente o exame definitivo da matéria tratada no ato normativo impugnado, se atinente a simples norma de postura municipal, como se aventa no reclamo, ou se relacionado a matéria própria de administração, como pondera a exordial.

Ademais, não há indícios de que a manutenção do ***decisum*** tal como proferido, até enfrentamento definitivo do interessante, possa ensejar prejuízo irreparável ou de difícil reparação ao Município, a despeito da fundamentação que alicerça a pretensão deduzida.

Em suma, no presente reclamo o agravante não trouxe qualquer argumento plausível a subsidiar convencimento diverso daquele externado na decisão combatida.

Ante o exposto, nego provimento ao agravo.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Regimental nº 2089914-56.2014.8.26.0000/50002, da Comarca de São Paulo, em que é agravante FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO, é agravada MARIA ANITA DE SOUSA VARELA.

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 22.545)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PAULO DIMAS MASCARETTI (Presidente), ADEMIR BENEDITO, PEREIRA CALÇAS, XAVIER DE AQUINO, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, MOACIR PERES, FERREIRA RODRIGUES, PÉRICLES PIZA, EVARISTO DOS SANTOS, MÁRCIO BARTOLI, JOÃO CARLOS SALETTI, FRANCISCO CASCONI, RENATO SARTORELLI, CARLOS BUENO, FERRAZ DE ARRUDA, ARANTES THEODORO, TRISTÃO RIBEIRO, LUIZ ANTONIO DE GODOY, NEVES AMORIM, BORELLI THOMAZ, JOÃO NEGRINI FILHO, SÉRGIO RUI e SALLES ROSSI.

São Paulo, 2 de março de 2016.

PAULO DIMAS MASCARETTI, Presidente e Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: Agravo Regimental – Embargos do devedor

parcialmente providos – Valor objeto da execução apurado pela DEPRE – Descumprimento de ordem judicial evidenciado na espécie – Agravo não provido.

VOTO

Irresignado com a decisão que julgou parcialmente procedentes os embargos do devedor, o Estado de São Paulo interpôs agravo regimental sob a alegação de inexistência de descumprimento à ordem judicial e iliquidez do título executado.

É o relatório.

O reclamo recursal não merece acolhida.

Já restou decidido nos autos dos embargos do devedor que o *quantum* objeto da execução, conforme apurado pela DEPRE, é de R$ 74.000,00 e não o valor indicado pela embargada.

Outrossim, melhor sorte não socorre o agravante quanto à alegada inexistência de descumprimento de ordem judicial, que originou a multa, pois tal questionamento foi objeto de análise pelo acórdão que julgou o mandado de segurança, passado em julgado aos 7/11/2014.

Destarte, era mesmo o caso de dar provimento parcial aos embargos do devedor.

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

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Regimental nº 2002771-58.2016.8.26.0000/50000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante J.A.S., é agravado GOVERNADOR DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "NEGARAM PROVIMENTO AO AGRAVO REGIMENTAL. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 43.609OE)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PAULO DIMAS MASCARETTI (Presidente sem voto), FERRAZ DE ARRUDA, ARANTES THEODORO, TRISTÃO RIBEIRO, LUIZ ANTONIO DE GODOY, NEVES AMORIM, BORELLI THOMAZ, JOÃO NEGRINI FILHO, SÉRGIO RUI, SALLES ROSSI, ADEMIR BENEDITO, PEREIRA CALÇAS, XAVIER DE AQUINO, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, MOACIR PERES, FERREIRA RODRIGUES, PÉRICLES PIZA, EVARISTO DOS SANTOS,

Acesso ao Sumário

MÁRCIO BARTOLI, JOÃO CARLOS SALETTI, FRANCISCO CASCONI e RENATO SARTORELLI.

São Paulo, 2 de março de 2016.

CARLOS BUENO, Relator

Ementa: AGRAVO REGIMENTAL EM MANDADO DE SEGURANÇA – Competência originária do Tribunal – Agravo de instrumento conhecido como agravo regimental - Fungibilidade recursal.

Decisão do relator indeferindo liminar – O inc. III do art. 7º da Lei nº 12.016/09 autoriza a concessão da liminar quando houver fundamento relevante e do ato impugnado puder resultar a ineficácia da medida – Ausência dos requisitos autorizadores da concessão – Decisão mantida – Regimental improvido.

VOTO

Agravo de instrumento interposto por J.A.S. contra decisão que indeferiu liminar em mandado de segurança impetrado contra ato do sr. Governador do Estado de São Paulo, objetivando sua reintegração ao cargo de Delegado de Polícia de 1ª Classe.

Eis a redação da decisão agravada:

"Desde logo concede-se ao impetrante os benefícios da justiça gratuita, tendo em vista a declaração de pobreza trazida na petição, pág. 27.

J.A.S., por advogado constituído, impetrou este mandado de segurança contra ato do sr. Governador do Estado de São Paulo, que o demitiu do cargo de Delegado de Polícia de 1ª Classe.

Segundo a inicial o ato seria nulo (i) por falta de motivação; (ii) por violar os princípios da razoabilidade, proporcionalidade e individualização das penas; e (iii) por contrariar o Parecer nº 224/2013 do Conselho da Polícia Civil, o parecer da Assistência Policial Técnica do Gabinete do Delegado Geral de Polícia, o parecer da Assessoria Disciplinar da Pasta da Secretaria da Segurança Pública e o parecer do Procurador do Estado Assessor do Governador do Estado de São Paulo, que opinaram pelo sobrestamento do processo administrativo ou pela mitigação da pena para 90 dias de suspensão.

Dessa forma, objetiva desde já a concessão da medida liminar, para que o ato seja suspenso, e que, ao final, seja a ordem concedida para anular o ato demissório, com sua reintegração aos quadros da Polícia Civil.

Nessa fase de cognição sumária, indefiro o pedido de liminar, pela

ausência de prova inequívoca de ofensa a direito líquido e certo. Não se vislumbra, pelo menos por ora, manifesta ilegalidade ou abusividade já que ao ato impugnado antecedeu o processo administrativo correlato. Imprescindível a análise dos demais documentos que compõem o processo administrativo, em posse da Procuradoria do Estado, para se aferir se há contrariedade aos princípios mencionados ou se lhe falta motivação. Por outro lado, pareceres são atos opinativos e não vinculativos e é regra no nosso ordenamento jurídico a independência entre as instâncias administrativa, criminal e cível. Insuficiente para a concessão da medida liminar apenas a presença do *periculum in mora*, necessária também a presunção de que o direito foi violado.

Processe-se, notificando-se a autoridade considerada coatora para que preste as informações. Cientifique o órgão de representação judicial da pessoa jurídica interessada, para que, querendo, ingresse no feito. Em seguida, remetam-se os autos à Procuradoria Geral de Justiça, para parecer."

Fundamenta o recurso dizendo ser a documentação que instrui a inicial suficiente para comprovar que o decreto demissório é nulo por falta de motivação, o que abonaria a concessão da liminar.

É o relatório.

Nos casos de competência originária do tribunal, a Lei nº 12.016/2009 não prevê recurso de agravo de instrumento para combater decisão do relator que nega pedido de liminar. Contudo, vez não se tratar de erro grosseiro nem se vislumbrar a presença de má-fé, com fundamento no princípio da fungibilidade recursal conhece-se do recurso como agravo regimental, parágrafo único do art. 16 da Lei nº 12.016/2009 c.c. art. 253 do RITJSP.

No mais, o inc. III do art. 7º da Lei de Mandado de Segurança autoriza a concessão da liminar quando houver fundamento relevante e do ato impugnado puder resultar a ineficácia da medida. Segundo Hely Lopes Meirelles, para "a concessão da liminar devem concorrer os dois requisitos legais, ou seja, a relevância dos motivos em que se assenta o pedido na inicial e a possibilidade da ocorrência de lesão irreparável ao direito do impetrante se vier a ser reconhecido na decisão de mérito – fumus boni juris e periculum in mora." (Mandado de Segurança, 31ª edição, atualizada por Arnold Wald e Gilmar Ferreira Mendes, Malheiros Editores, 2008, pág. 83).

No caso dos autos, não estão presentes os requisitos autorizadores. Não há flagrante ilegalidade ou abuso de poder a justificar o deferimento da medida liminar. Contrariamente ao alegado nas razões recursais, da documentação que instrui a ação mandamental não dá para inferir ser verossímil o direito alegado. Somente após um exame aprofundado da questão será possível afirmar se falta ao ato algum pressuposto de validade. Além disso, refletindo melhor, também não se vislumbra, caso seja a ordem concedida ao final, a impossibilidade de

Acesso ao Sumário

recomposição fática e jurídica do direito lesado ou ameaçado.

Todo o mais alegado refere-se ao mérito da pretensão deduzida em juízo, o que será oportunamente apreciado e decidido.

Com base em tais fundamentos, **nega-se provimento ao recurso**.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Regimental nº 2021616-41.2016.8.26.0000/50000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante PREFEITO DO MUNICÍPIO DE SOROCABA, é agravado PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE SOROCABA.

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 23.609 (O.E.))**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PAULO DIMAS MASCARETTI (Presidente), JOÃO NEGRINI FILHO, SÉRGIO RUI, SALLES ROSSI, ADEMIR BENEDITO, PEREIRA CALÇAS, XAVIER DE AQUINO, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, MOACIR PERES, FERREIRA RODRIGUES, PÉRICLES PIZA, EVARISTO DOS SANTOS, MÁRCIO BARTOLI, JOÃO CARLOS SALETTI, FRANCISCO CASCONI, RENATO SARTORELLI, CARLOS BUENO, FERRAZ DE ARRUDA, ARANTES THEODORO, TRISTÃO RIBEIRO, LUIZ ANTONIO DE GODOY e NEVES AMORIM.

São Paulo, 2 de março de 2016.

BORELLI THOMAZ, Relator

Ementa: Agravo regimental. Indeferimento de liminar em ação direta de inconstitucionalidade. Suspensão de eficácia de dispositivo da Lei Orgânica de Sorocaba. Impertinência. Ausência de *fumus boni juris et periculum in mora*. Recurso desprovido.

VOTO

Agravo Regimental interposto por indeferimento de liminar em ação direta de inconstitucionalidade ajuizada para suspensão dos efeitos do inciso XIV do artigo 61 da Lei Orgânica de Sorocaba, *tanto pela norma decorrente da redação atribuída pela Emenda à Lei Orgânica nº 45, de 10 de dezembro*

de 2015, quanto, por arrastamento, pela norma decorrente de sua redação original.

Argumenta-se haver desequilíbrio no *relacionamento entre os Poderes* decorrente da vigência do referido dispositivo, pois *ao negar a liminar, o Relator da ADI lavrou decisão em claro equívoco, [...] porque toma como fundamento parâmetro de controle impertinente à matéria.*

Recurso tempestivo.

É o relatório.

Respeitado o esforço recursal, o agravo regimental não merece provimento.

Com a devida vênia, houve indeferimento da liminar pleiteada, sem suspensão dos efeitos do inciso XIV do artigo 61 da Lei Orgânica de Sorocaba, por entender este Relator estarem ausentes os requisitos, **fumus boni juris et periculum in mora**.

Assim concluí, pois, como realcei, o referido dispositivo fixa dentre as competências privativas do Prefeito a de *prestar à Câmara, dentro de 07 (sete) dias, as informações solicitadas, podendo o prazo ser prorrogado, a pedido, pela complexidade da matéria ou pela dificuldade de obtenção dos dados solicitados.*

Demais disso, sempre respeitado o entendimento do recorrente, não se trata de situação atinente a convocações para prestação pessoal de informações, mas atendimento a pedidos de informações, e, ***s.m.j.***, o dispositivo vem em harmonia com o ordenamento constitucional Paulista (artigo 20, inciso XXIV, Constituição Estadual[1]).

Daí porque, sem vislumbrar, de plano, referências outras na legislação municipal sobre eventual competência da Câmara para convocação pessoal do Prefeito, situação vedada por violar o princípio da separação dos poderes (nesse sentido, é conferir: ADI 2074664-80.2014.8.26.0000, rel. Des. EVARISTO DOS SANTOS, j. 15.10.2014), não entrevi, como ainda não entrevejo, circunstância autorizante da liminar.

Com esses fundamentos, repito, não vislumbrei **fumus boni juris et periculum in mora** autorizantes da concessão liminar.

No mais, a matéria restará composta, de modo definitivo, com o julgamento da ação, mesmo porque, para o chamado "agravo regimental", a situação é apenas e tão-só perante situações de ofensa a direito da parte, que não ocorre no caso em voga, porque preservado o **status quo ante**, também em homenagem à presunção de constitucionalidade das leis, que, como bem leciona LUÍS ROBERTO BARROSO, *é uma decorrência do princípio da separação dos poderes e funciona como fator de autolimitação da atuação judicial. Em razão*

1 **Art. 20, CE.** ***Compete, exclusivamente, à Assembleia Legislativa*: [...] XXIV – *solicitar ao Governador, na forma do Regimento Interno, informações sobre atos de sua competência exclusiva;***

Acesso ao Sumário

disso, não devem juízes e tribunais, como regra, declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo quando: a) a inconstitucionalidade não for patente e inequívoca, existindo tese jurídica razoável para preservação da norma; b) seja possível decidir a questão por outro fundamento, evitando-se a invalidação de ato de outro Poder; c) existir interpretação alternativa possível, que permita afirmar a compatibilidade da norma com a Constituição[2].

E, não se descure, é descabido ao autor, na ação para controle concentrado de constitucionalidade, pretender "pautar" qual o parâmetro a ser utilizado pelo julgador, porquanto, como de rematada sabença, a análise pode ir além das estremaduras propostas, a permitir seja e esteja aberta a outras situações de (in) constitucionalidade, situação autorizada pelo que se convencionou chamar de permitida análise ***aberta*** do que se pôs em disputa.

Em remate, eventual demora no julgamento é carreada apenas ao agravante, pois no despacho objurgado já se deu andamento processual, determinadas comunicação do Presidente da Câmara Municipal de Sorocaba, citação do D. Procurador Geral do Estado e manifestação da Procuradoria Geral de Justiça, para subsequente julgamento.

Nega-se provimento.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Regimental nº 2037843-09.2016.8.26.0000/50000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE SÃO JOSÉ DO RIO PRETO, é agravado PREFEITO DO MUNICÍPIO DE SÃO JOSÉ DO RIO PRETO.

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 28.217)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ADEMIR BENEDITO (Presidente), CARLOS BUENO, FERRAZ DE ARRUDA, ARANTES THEODORO, TRISTÃO RIBEIRO, ANTONIO CARLOS VILLEN, LUIZ ANTONIO DE GODOY, NEVES AMORIM, BORELLI THOMAZ, JOÃO NEGRINI FILHO, SÉRGIO RUI, SALLES ROSSI, FRANÇA CARVALHO, PEREIRA CALÇAS, XAVIER DE AQUINO, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, MOACIR PERES, FERREIRA RODRIGUES,

Acesso ao Sumário

2 **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo, Ed. Saraiva, 4ª ed., 2ª tiragem, 2014, p. 324.**

EVARISTO DOS SANTOS, MÁRCIO BARTOLI, JOÃO CARLOS SALETTI e FRANCISCO CASCONI.

São Paulo, 9 de março de 2016.

RENATO SARTORELLI, Relator

Ementa: "AGRAVO REGIMENTAL – DEFERIMENTO DE LIMINAR EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – SUSPENSÃO DA EFICÁCIA DA LEI COMPLEMENTAR Nº 500, DE 16 DE FEVEREIRO DE 2016, DO MUNICÍPIO DE SÃO JOSÉ DO RIO PRETO – ATO JUDICIAL MANTIDO.

Em sede de agravo regimental só se justifica a alteração do posicionamento emprestado pelo ato judicial combatido quando maculada a decisão de manifesta ilegalidade ou abuso de poder".

VOTO

Agravo regimental tirado contra decisão do Relator, exarada às fls. 29/31, que deferiu liminar pleiteada em ação direta de inconstitucionalidade.

Sustenta, em apertada síntese, o agravante a inexistência dos pressupostos do ***fumus boni iuris*** e do ***periculum in mora***, aduzindo que em nenhum momento a lei de iniciativa parlamentar ultrapassou os limites de atuação legislativa ou invadiu a esfera administrativa municipal. Alega, em acréscimo, que a matéria ventilada no diploma normativo é de iniciativa concorrente, buscando, por isso, a reforma do ato impugnado, revogando-se a liminar anteriormente concedida.

Mantido o ato judicial combatido, os autos foram encaminhados à mesa para julgamento.

É o relatório.

O agravante não apresentou, a meu ver, argumentos convincentes a evidenciar o desacerto da decisão agravada, aqui mantida em seus literais termos, ***verbis***:

"1) Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade ajuizada pelo Prefeito do Município de São José do Rio Preto em face da Lei Complementar Municipal nº 500, de 16 de fevereiro de 2016, por violação aos artigos 5º, caput, 25, 47, incisos XI e XVII, 163, inciso II e parágrafo 6º, e 174, caput e parágrafo 6º, todos da Constituição Paulista.

Sustenta o requerente, em apertada síntese, que o ato normativo impugnado veicula matéria relativa à isenção tributária e ao

Acesso ao Sumário

orçamento municipal, visando desobrigar do pagamento do imposto predial e territorial urbano – IPTU determinados proprietários de imóveis os quais, até então, eram contribuintes, situação a implicar renúncia de receita, matéria que desborda da competência do Legislativo local. Argumenta, de outro lado, que o diploma normativo questionado não se limita a autorizar a concessão de benefício tributário, mas sim pretende ele mesmo concedê-lo, malferindo o disposto no artigo 163, § 6º, da Constituição do Estado. Aduz, de resto, que a Câmara Municipal exorbitou de sua competência, afrontando o princípio da harmonia e independência entre os Poderes, violando o disposto no artigo 5º da Carta Bandeirante, não sendo lícito à edilidade a concessão de benefício fiscal, sem previsão do correspondente impacto na receita do ente público. Enfatizando, por fim, que se encontram presentes os pressupostos autorizadores para a concessão da liminar, insiste na suspensão da vigência da Lei Complementar nº 500/2016 do Município de São José do Rio Preto, até julgamento final.

2) Examino, nesta oportunidade, o pedido de liminar.

O texto impugnado, à primeira vista, pode sugerir ofensa ao princípio da separação dos poderes diante da alegação do Alcaide no sentido de que houve invasão da esfera executiva, pelo legislador municipal, com afronta aos artigos 5º, 25 e 47, incisos IX e XVII, todos da Constituição Bandeirante.

Em exame perfunctório, próprio desta fase, tenho por relevantes os fundamentos jurídicos do pedido – suposto vício de iniciativa – presente, ainda, em concurso, o fumus boni iuris levando-se em consideração que a mantença do comando normativo poderá acarretar prejuízo ao Erário Municipal pela diminuição de sua receita, caracterizada, portanto, a urgência a justificar o deferimento da liminar.

Destarte, sem adentrar no mérito da controvérsia, tarefa reservada ao exame do C. Órgão Especial, tenho por solução mais razoável, em juízo de cognição sumária, suspender a eficácia da Lei Complementar nº 500/2016 do Município de São José do Rio Preto, até o julgamento desta ação direta de inconstitucionalidade.

Oficie-se ao Presidente da Câmara Municipal de São José do Rio Preto para prestar informações e cite-se o Procurador Geral do Estado. Ouça-se, por fim, a d. Procuradoria Geral de Justiça" *(cf. fl. 29/30).*

Na verdade, em sede de agravo regimental só se justifica a alteração do posicionamento emprestado pelo ato judicial combatido quando maculada a decisão de manifesta ilegalidade ou abuso de poder, situação aqui não entrevista.

Destaco, a propósito, casos análogos já submetidos à apreciação deste C. Órgão Especial, onde o colegiado manteve a liminar concedida em ação direta

Acesso ao Sumário

de inconstitucionalidade visando impugnar diploma normativo de iniciativa parlamentar que concedia isenção fiscal, ***verbis***:

> ***"AGRAVO REGIMENTAL – LIMINAR DEFERIDA PARA SUSPENDER A EFICÁCIA DOS DISPOSITIVOS IMPUGNADOS – REGULARIDADE DA DECISÃO AGRAVADA – RECURSO NÃO PROVIDO"*** *(Agravo Regimental nº 2119167-55.2015.8.26.0000/50000, Relator Desembargador Nuevo Campos).*
>
> *"**Liminar – Ação Direta de Inconstitucionalidade – Agravo regimental – Lei Complementar nº 238, de 17 de março de 2014, do Município de Franca, que acresceu ao artigo 44 da Lei nº 1.672, de 20 de novembro de 1968, o inciso X estabelecendo isenção no pagamento de IPTU ao imóvel utilizado por portadores de câncer, em tratamento ou estado irreversível. A concessão de medida cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade tem a finalidade de garantir a inteireza do conteúdo meritório final e, por isso, somente deve ser revogada existindo incontestável demonstração de sua ilegalidade ou de abusividade. (...) Recurso não provido"** (Agravo Regimental nº 2050398-29.2014.8.26.0000/50000, Relator Desembargador Itamar Gaino).*

Incensurável, portanto, o ato judicial combatido que determinou, em caráter liminar e sem ferir o mérito da controvérsia, a suspensão da eficácia do diploma normativo impugnado, valendo ressaltar que somente a final é que se terá o pronunciamento definitivo sobre as questões jurídicas enfrentadas, em juízo perfunctório, na apreciação da liminar.

Em outras palavras, a jurisdição definitiva será alcançada a seu tempo, na extensão e profundidade devidas, ao ensejo do julgamento da ação direta de inconstitucionalidade, examinando-se todos os aspectos da causa, detalhadamente, confirmando-se ou não a medida deferida ***initio litis***.

Ante o exposto, nego provimento ao agravo regimental.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Regimental nº 2034253-24.2016.8.26.0000/50000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante CIRCUIT CITY COMÉRCIO DE PRODUTOS ELETRÔNICOS LTDA., é agravado CLÁUDIO HAMILTON BARBOSA (DESEMBARGADOR).

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "NEGARAM PROVIMENTO AO AGRAVO REGIMENTAL. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 22.613)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PAULO DIMAS MASCARETTI (Presidente), ADEMIR BENEDITO, PEREIRA CALÇAS, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, MOACIR PERES, FERREIRA RODRIGUES, EVARISTO DOS SANTOS, MÁRCIO BARTOLI, JOÃO CARLOS SALETTI, FRANCISCO CASCONI, CARLOS BUENO, FERRAZ DE ARRUDA, ARANTES THEODORO, TRISTÃO RIBEIRO, NEVES AMORIM, BORELLI THOMAZ, JOÃO NEGRINI FILHO, SÉRGIO RUI, SALLES ROSSI, RICARDO ANAFE, ALVARO PASSOS, AMORIM CANTUÁRIA, SILVEIRA PAULILO e FRANÇA CARVALHO.

São Paulo, 16 de março de 2016.

PAULO DIMAS MASCARETTI, Presidente e Relator

Ementa: Agravo Regimental – Exceção de suspeição contra Desembargador que compõe a 25ª Câmara de Direito Privado sob a alegação de interesse na causa – Inexistência de qualquer fato concreto que possa indicar a imparcialidade do excepto – Agravo não provido.

VOTO

Irresignada com a decisão que, com o permissivo no art. 111 do Regimento Interno do Tribunal de Justiça de São Paulo, determinou o arquivamento da petição de exceção de suspeição oposta em face do Desembargador Cláudio Hamilton Barbosa, no julgamento do Agravo de Instrumento nº 2022013-03.2016.8.26.0000, da 25ª Câmara de Direito Privado, Circuit City Comércio de Produtos Eletrônicos Ltda. interpôs agravo regimental, sob a alegação de interesse na causa por parte do excepto.

É o relatório.

O reclamo recursal não merece acolhida.

Acesso ao Sumário

Com efeito, a exceção de suspeição é meio pelo qual *a parte, denunciando a falta de capacidade subjetiva do juiz, provoca seu afastamento da relação processual* (SANTOS, Moacyr Amaral. Primeiras Linhas de Direito Processual Civil. 2º vol. 10ª Ed. São Paulo: Saraiva, 1985, p. 197).

Consoante a lição de Alfredo Buzaid (BUZAID, Alfredo. Estudos e Pareceres de Direito Processual Civil – Exceção de Suspeição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 189), esclarecendo o que significa no art. 135, inciso V, do CPC a locução "interessado no julgamento da causa em favor de uma das partes" dispõe que *o enunciado da lei quer exprimir com essas palavras é que o juiz tem um vínculo de interesse próprio, que se identifica com*

o interesse da parte, em cujo benefício profere ou vai proferir a sentença. Ele estará julgando causa ***alheia****, mas na qual tem um interesse* ***próprio****.*

Não se indicou especificamente qual o interesse do Magistrado na solução da causa.

Decisões contrárias ao interesse da parte, *error in judicando*, *error in procedendo*, ou eventual não apreciação ou má intelecção das teses ou da prova não são passíveis de correção por meio da exceção de suspeição e nem a justificam quando inexistente o dolo e caberia à parte valer-se do recurso adequado.

Inexistindo qualquer fato concreto *que possa macular a imparcialidade do julgador, ficando a alegação somente no campo da retórica, não rende ensejo ao acolhimento de exceção de suspeição* (v. STJ – AgRg na ExSusp. 87/GO, Rel. Min. FERNANDO GONÇALVES, Segunda Seção, jugado em 09-09-2009, DJE 16-09-2009).

Destarte, era mesmo o caso de arquivamento da exceção de suspeição.

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

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Regimental nº 2010713-44.2016.8.26.0000/50000, da Comarca de Guaíra, em que é agravante UNIMED DE BARRETOS COOPERATIVA DE TRABALHO MÉDICO e são agravadas 8ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO e CÂMARAS DE DIREITO PRIVADO I DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "CONHECERAM DOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO COMO AGRAVO REGIMENTAL E NEGARAM-LHE PROVIMENTO. V.U. IMPEDIDO O EXMO. SR. DES. PAULO DIMAS MASCARETTI. JULGAMENTO PRESIDIDO PELO EXMO. SR. DES. ADEMIR BENEDITO.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 34475)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ADEMIR BENEDITO (Presidente), PEREIRA CALÇAS, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, MOACIR PERES, FERREIRA RODRIGUES, EVARISTO DOS SANTOS, MÁRCIO BARTOLI, JOÃO CARLOS SALETTI, FRANCISCO CASCONI, CARLOS BUENO, FERRAZ DE ARRUDA, ARANTES THEODORO, TRISTÃO RIBEIRO, NEVES AMORIM, BORELLI THOMAZ,

Acesso ao Sumário

JOÃO NEGRINI FILHO, SÉRGIO RUI, SALLES ROSSI, RICARDO ANAFE, ALVARO PASSOS, SILVEIRA PAULILO e FRANÇA CARVALHO.

São Paulo, 16 de março de 2016.

LUIZ ANTONIO DE GODOY, Relator

Ementa: EMBARGOS DE DECLARAÇÃO – Oposição a decisão monocrática – Caráter infringente – Recurso recebido como agravo regimental, em atenção aos princípios da economia processual e da fungibilidade recursal.

CONFLITO DE COMPETÊNCIA – Decisão que rejeitou liminarmente incidente inicialmente rotulado como "exceção de incompetência absoluta em razão da matéria" – Postulação que suscita, em verdade, suposto conflito de competência – 8ª Câmara de Direito Público que não excedeu os limites de sua competência – Pretensão com nítido caráter infringente – Desiderato de novo julgamento que é impossível de ser obtido por meio de conflito de competência, que não se presta como sucedâneo recursal – Precedentes do C. Órgão Especial – Agravo regimental desprovido.

VOTO

Trata-se de agravo regimental (inicialmente rotulado de embargos de declaração) interposto por Unimed de Barretos – Cooperativa de Trabalho Médico à decisão de fls. 151/154 dos autos principais, que rejeitou de plano a "exceção de incompetência absoluta em razão da matéria" por ela arguida. Em síntese, afirma que não seria intempestiva a instauração do conflito, vez que, por ocasião da distribuição do recurso, a competência seria de uma das Câmaras de Direito Público. Todavia, com a exclusão das Fazendas Públicas da lide, o objeto do julgamento de mérito envolveu apenas particulares, pelo que a competência seria de uma das Câmaras da Subseção de Direito Privado I desta Corte. Alega não tratar-se de mero inconformismo, já tendo impugnado o mérito por meio da via recursal adequada.

É o relatório.

Muito embora tivesse a recorrente oposto Embargos de Declaração, é razoável que sejam eles recebidos como agravo regimental, considerado seu nítido caráter infringente. Nesse sentido é a jurisprudência: *"Admitem-se como agravo regimental embargos de declaração opostos a decisão monocrática*

proferida pelo relator do feito no tribunal, em nome dos princípios da economia processual e da fungibilidade." (EDcl no Agravo em REsp. nº 73.601-GO, 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, v. un., Rel. Min. João Otávio de Noronha, em 13/8/13, DJe de 22/8/13).

Eis o inteiro teor da decisão que extinguiu a impetração:

"Trata-se de 'exceção de incompetência absoluta em razão da matéria' (*sic* – fl. 1) suscitada por UNIMED DE BARRETOS – COOPERATIVA DE TRABALHO MÉDICO nos autos de ação ajuizada por ANDREIA CRISTINA EVANGELISTA DIAS contra si, Unimed Barretos, a Municipalidade de Guaíra e a Fazenda do estado de São Paulo. A R. Sentença de fls. julgou o pedido improcedente. Contudo, o E. Tribunal de Justiça deu provimento ao recurso para reconhecer a falta de interesse de agir das corrés Municipalidade e Fazenda do Estado, bem como para julgar o pedido procedente contra a ora suscitante e condená-la à cobertura do tratamento de fertilização *in vitro*. Alega, em síntese, incompetência absoluta da E. 8ª Câmara de Direito Público e que o v. acórdão seria, aduz, nulo. No corpo da peça, a suscitante menciona ainda se tratar de 'dúvida de competência'. Ao fim, pede a declaração de incompetência absoluta e decreto de nulidade do v. acórdão.

Dispensável a manifestação da excepta ou mesmo da Procuradoria Geral de Justiça, em face do desfecho que se dará à postulação.

É o relatório.

De início, convém apontar que a 'exceção de incompetência absoluta em razão da matéria' traz, em realidade, suposto conflito de competência, visto que não há mais previsão regimental acerca da 'dúvida de competência'. De qualquer forma, o pedido não pode ser acolhido, na forma do art. 204, Regimento Interno do Tribunal de Justiça de São Paulo.

No caso concreto, o cerne da controvérsia está em saber se a suscitante, por meio deste incidente, pode, em caráter infringente, questionar incompetência da E. 8ª Câmara de Direito Público para, ao fim, ser declarada a nulidade do v. acórdão.

A resposta é negativa, pois a Egrégia 8ª Câmara de Direito Público não excedeu os limites de sua competência. Ao contrário, nem mesmo reconheceu, como a suscitante quer fazer crer, a ilegitimidade dos entes públicos. Antes, fundamentou-se na falta de interesse de agir, é dizer, a necessidade de provimento jurisdicional quanto à Municipalidade e quanto à Fazenda do estado de São Paulo. E, em continuidade, foi dado provimento ao recurso para condenar a corré Unimed ao tratamento de fertilização *in vitro*.

Se, de fato, a E. 8ª Câmara de Direito Público fosse mesmo

Acesso ao Sumário

incompetente em razão da matéria, a Unimed Barretos, certamente, teria suscitado a questão antes do julgamento pela E. Câmara e não apenas depois, ao ser condenada. Nisso, aliás, haveria possível intempestividade deste conflito, conforme art. 305, Código de Processo Civil:

Art. 305. Este direito pode ser exercido em qualquer tempo, ou grau de jurisdição, cabendo à parte oferecer exceção, no prazo de quinze (15) dias, contado do fato que ocasionou a incompetência, o impedimento ou a suspeição.

De qualquer forma, o fato é que não há qualquer pecha de incompetência absoluta, cognoscível por esta via. A pretensão possui nítido caráter infringente, pois, ao fundo, a Unimed parece tentar se esquivar de condenação clara e específica que lhe foi imposta por força do julgado. Tal desiderato de novo julgamento é impossível de ser obtido por este conflito, que não se presta como sucedâneo recursal. Por hipótese, haveria nulidade acaso seu pleito fosse agora acolhido. Com efeito, há impedimento constitucional, na medida em que o reclamo da corré é próprio de recurso especial, cuja competência para análise de mérito é exclusiva do Colendo STJ.

Por oportuno, o conflito de competência, e não 'exceção de incompetência absoluta', é previsto, atualmente, pelos arts. 200 a 204 – não pelo art. 609 –, Regimento Interno do Tribunal de Justiça de São Paulo, mencionado pela excipiente a fl. 1 dos autos. Precedente deste Colendo Órgão Especial, cujas premissas fáticas são essencialmente análogas às do caso concreto, é trazido também como razão de decidir:

'(...) Embora a parte possa suscitar a questão, **requisito para que ela exista é manifestação de dois órgãos julgadores, afirmando-se competente ou incompetente para exame de determinado recurso**. No caso, há apenas deliberação inicial da ilustre relatora sorteada da Câmara Especial do Meio Ambiente, admitindo o agravo e concedendo liminarmente a tutela pleiteada pelos autores para abstenção de atividades não residenciais no imóvel que a ré ocupa em zona estritamente residencial com vedação de produzir poluição sonora, emissão de fumaça e fuligem e arremesso de objetos. **Não há afirmação definitiva de competência ou incompetência, nem manifestação de outro órgão do Tribunal sobre a mesma questão. Falta, portanto, o pressuposto apontado de suceder divergência entre órgãos do tribunal sobre a atribuição de julgar o recurso**.

Como argumentou a douta Procuradoria, **a insatisfação da parte com** a distribuição ou com **decisões proferidas no processo, não pode constituir motivo para que se instaure a dúvida**. **Se o órgão incompetente segundo o entendimento da parte aceitar sua competência, incumbe ao prejudicado recorrer na forma prevista**

Acesso ao Sumário

pela lei processual. O Órgão Especial não tem, na hipótese, poder para revogar a decisão da Câmara ou Grupo a respeito de competência e anular a decisão de mérito que tenha sido proferida.

Em precedente (Dúvida de Competência n° 994.06.010332-4) referido pela douta Procuradoria e julgado na vigência do antigo regimento, afirmou o ilustre relator, Des. Oscarlino Moeller: "**A dúvida de competência é mecanismo procedimental colocado à disposição de órgãos do Tribunal para solucionar conflitos positivos ou negativos de competência. A legitimidade da parte ou de terceiro prejudicado apenas exsurge, subsidiariamente, se, por declinações sucessivas de competência ou pelo processamento de feitos conexos por seções diversas, ocorrer a possibilidade de surgir algum conflito de competência**". Pelo exposto, não se conhece da dúvida suscitada' (Conflito de Competência n° 0379354-55.2010, Rel. Des. Mauricio Vidigal, j. 09.02.11).

No mesmo sentido, Agravo Regimental n. 0162887-77.2013.8.26.0000/50000, Rel. Des. Kioitsi Chicuta, j. 23.10.13. Por tais fundamentos, o pedido não pode ser acolhido.

Nessas considerações, a 'exceção' é rejeitada de plano" (fls. 151/154 dos autos principais).

Pretende a recorrente a modificação da decisão monocrática sem, contudo, apresentar qualquer argumento novo, sólido e suficiente, capaz de ensejar a alteração do que então fora decidido.

Como já salientado anteriormente, inexiste pressuposto para suscitação de conflito de competência nos moldes propostos pela recorrente. Vale lembrar que, *"Sem que dois ou mais juízos disputem – ou recusem – o julgamento de um mesmo processo, não existe conflito de competência a ser solucionado"* (CC 76.219-SP, 2ª Seção do Superior Tribunal de Justiça, v. un., Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, em 12/9/07, DJ de 24/9/07, p. 242). Inexiste conflito entre órgãos de diferentes Seções desta Corte, nos termos previstos no artigo 13, I, *e*, do Regimento Interno.

É nítida, portanto, a intenção da parte em obter novo julgamento do feito, utilizando indevidamente a via do conflito de competência como meio substitutivo de recurso próprio, o que não se admite. Por óbvio, a alegada incompetência da 8ª Câmara de Direito Público exsurge do próprio conteúdo do Acórdão por ela proferido, razão pela qual as questões ali abordadas devem ser dirimidas na via recursal adequada. Como sabido, é *"Incabível a utilização do incidente de conflito de competência como sucedâneo recursal"* (AgRg no CC 133.290-SP, 1ª Seção do Superior Tribunal de Justiça, v. un., Rel. Min. Benedito Gonçalves, em 28/10/15, DJe de 18/11/15).

Nessas circunstâncias, conhece-se dos embargos como agravo regimental

Acesso ao Sumário

e nega-se-lhe provimento.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Regimental nº 2002634-76.2016.8.26.0000/50000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO, é agravado PROCURADOR GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "POR MAIORIA DE VOTOS, DERAM PROVIMENTO AO AGRAVO REGIMENTAL, CASSADA A LIMINAR. ACÓRDÃO COM O EXMO. SR. DES. MÁRCIO BARTOLI. FARÁ DECLARAÇÃO DE VOTO O EXMO. SR. DES. TRISTÃO RIBEIRO.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 35.803)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PAULO DIMAS MASCARETTI (Presidente), NEVES AMORIM, JOÃO NEGRINI FILHO, SÉRGIO RUI, SALLES ROSSI, RICARDO ANAFE, ALVARO PASSOS, AMORIM CANTUÁRIA, SILVEIRA PAULILO, FRANÇA CARVALHO, PEREIRA CALÇAS, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, MOACIR PERES, FERREIRA RODRIGUES, EVARISTO DOS SANTOS, JOÃO CARLOS SALETTI, FRANCISCO CASCONI, CARLOS BUENO, FERRAZ DE ARRUDA e ARANTES THEODORO dando provimento ao Agravo Regimental, revogada a liminar; e TRISTÃO RIBEIRO (com declaração), BORELLI THOMAZ e ADEMIR BENEDITO negando provimento ao Agravo Regimental.

São Paulo, 16 de março de 2016.
MÁRCIO BARTOLI, Relator Designado

Acesso ao Sumário

Ementa: Agravo regimental contra decisão liminar que suspende, com efeito 'ex nunc', a vigência de dispositivo previsto na Lei Complementar Estadual nº 1.195, de 17 de janeiro de 2013. Norma que estabelece o regime jurídico da Consolidação das Leis do Trabalho para os integrantes do Subquadro de Empregos Públicos Permanentes e para o Subquadro de Empregos Públicos de Confiança do DETRAN. Perigo de lesão irreparável ou de difícil reparação não

comprovado. Norma em vigor há cerca de três anos. Ausência da urgência aduzida. Precedentes do STF e deste Órgão Especial. Provimento do agravo. Liminar revogada.

VOTO

1. Adotado o relatório constante do voto do E. Desembargador Relator sorteado, apresento esta declaração de voto divergente, por entender que, uma vez não comprovado que a manutenção da vigência e eficácia da lei acarretará **perigo de lesão irreparável ou de difícil reparação**, pois a norma impugnada entrou em vigor em **17 de janeiro de 2013**, **seu decreto regulamentar em 9 de abril de 2013 (Decreto nº 59.055/2013)**, e a ação direta foi proposta no dia **13 de janeiro de 2016**, portanto, **após aproximadamente <u>três anos</u> de vigência** do referido diploma legal, é caso de acolhimento do agravo.

Conforme já decidido no **Supremo Tribunal Federal** no julgamento de medida cautelar em sede de ação direta de inconstitucionalidade na qual se alegava presente o requisito do *periculum in mora*, **o ajuizamento da ação após transcurso de significativo lapso temporal de vigência da lei impugnada evidencia a ausência da urgência aduzida**[1]. No mesmo sentido já se julgou neste Órgão Especial[2], relativamente às condições exigidas para concessão de medida liminar em casos como o presente.

Reitera-se, assim, que a lei questionada e o regulamento do DETRAN vêm sendo utilizados como fundamentos para a contratação de empregados públicos há cerca de <u>três anos, o que reforça a inexistência da urgência alegada e impõe que se aguarde o julgamento definitivo da questão</u>.

Tratando-se a comprovação da existência de *periculum in mora* de requisito indispensável à concessão da liminar, resta absolutamente inviável o deferimento da medida no presente caso.

2. Ante o exposto, por este voto, dá-se provimento ao agravo regimental, para cassar a liminar deferida.

<u>DECLARAÇÃO DE VOTO VENCIDO</u>

(Voto nº 26.601 (O.E))

Vistos.

Com a devida vênia, entendo não ser o caso de se dar provimento ao

1 STF, ADI 1229 MC/SC, Rel. para acórdão Min. Luiz Fux, j. 11 de abril de 2013: ***"(...) o tempo decorrido desde a promulgação da Constituição Estadual (1989), e, igualmente, da lei ora impugnada (1994), conjura o 'periculum in mora', <u>requisito indispensável para a concessão da liminar</u>."***

2 TJSP, ADIN 0165269-14.2011.8.26.0000, Rel. Desembargador Jurandir de Sousa Oliveira, 27 de julho de 2011; ADIN 0125039-90.2012.8.26.0000, Rel. Desembargador Guerrieri Rezende, 19 de junho de 2012

Acesso ao Sumário

recurso.

A decisão agravada não apresenta nenhuma irregularidade, estando devidamente justificada a concessão da liminar com base na observância dos requisitos legais. Assim, o deferimento cautelar não configurou ilegalidade ou abuso de poder, não sendo, portanto, passível de correção pela via do agravo regimental.

Embora seja o agravo regimental recurso adequado apenas à constatação da regularidade formal e da legalidade da decisão guerreada, a interposição vem embasada em questionamentos que se confundem com o próprio mérito da demanda.

Considerando a repercussão que o deferimento de liminar em ação direta de inconstitucionalidade pode provocar, discorro, superficialmente, sobre os temas invocados, apenas para demonstrar a inexistência da alegada superficialidade na análise do pedido cautelar.

Alega a recorrente a necessidade de manutenção dos cargos criados sob a legislação questionada. Ora, a decisão liminar possui efeitos *ex nunc*, não provocando, portanto, alteração do quadro de servidores ou do regime a que estavam submetidos antes da decisão cautelar.

Em caso similar, assim já decidiu este C. Órgão Especial:

> ***AGRAVO REGIMENTAL Liminar concedida em ação direta de inconstitucionalidade. Suspensão do efeito de dispositivos legais. Efeito*** **ex nunc*****, sem efeito retroativo. Impossibilidade de nomeação de novos servidores em cargos eventualmente vagos, mantidos por ora os já nomeados. Recurso não provido.*** (Agravo Regimental nº 2053615-80.2014.8.26.0000/50000, Rel. Evaristo dos Santos, j. 14/05/2014).

Conforme afirmado pela agravante, ***"a norma questionada está em pleno vigor há três anos e graças aos empregados públicos contratados mediante concurso público os serviços prestados pelo Detran estão a cada dia alcançando um grau de maior excelência e eficiência no atendimento à população paulista."***

A suspensão cautelar não compromete o funcionamento de órgão organizado e estruturado que apresente o padrão de eficiência alegado, na medida em que, como já dito, não haverá alteração da situação dos servidores que se encontravam em atividade quando da concessão da liminar.

Ademais, a suspensão cautelar de norma em sede de controle de inconstitucionalidade tem, conforme ensinamento doutrinário, o intuito de evitar o perecimento de um direito e/ou a instalação/agravamento de um quadro de insegurança jurídica[3], tendo sido esta segunda hipótese a motivação que

Acesso ao Sumário

3 MEIRELLES, WALD e MENDES, Mandado de Segurança e Ações Constitucionais, 35ª ed., São Paulo: Malheiros, 2013, p. 420.

embasou a concessão da liminar.

Diante do exposto, nego provimento ao agravo regimental.

TRISTÃO RIBEIRO, Desembargador, Relator sorteado vencido

Arguições de Inconstitucionalidade

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Arguição de Inconstitucionalidade nº 0080870-13.2015.8.26.0000, da Comarca de Diadema, em que é suscitante 5ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "ACOLHERAM A ARGUIÇÃO. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 33.841)**

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, LUIZ ANTONIO DE GODOY, NEVES AMORIM, BORELLI THOMAZ, JOÃO NEGRINI FILHO, SÉRGIO RUI, SALLES ROSSI, ADEMIR BENEDITO, PEREIRA CALÇAS, XAVIER DE AQUINO, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, MOACIR PERES, FERREIRA RODRIGUES e PÉRICLES PIZA.

São Paulo, 24 de fevereiro de 2016.

EVARISTO DOS SANTOS, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE

Lei nº 3.310, de 03.04.13 de Diadema proibindo o exercício, cumulativo, da função de motorista e cobrador.

Competência legislativa. Privativa da União para legislar sobre direito do trabalho (art. 22, I da CF). Descabida imposição de restrições a direitos trabalhistas e exercício de jornada de trabalho em

âmbito local. Inconstitucionalidade. Ocorrência.

Afronta a preceito constitucional (art. 144, todos da Constituição Estadual). Competência exclusiva da União para regular direito trabalhista.

Vício de iniciativa. Matéria trabalhista da competência legislativa da União. Não há falar em competência de iniciativa que pressupõe competência Municipal. Prejudicado o reconhecimento nesse aspecto.

Arguição acolhida.

VOTO

1. Trata-se de **arguição de inconstitucionalidade** da **Lei Municipal nº 3.310**, de 03 de abril de 2013, que acrescentou o **parágrafo único**, ao **art. 1º** da **Lei Municipal nº 1.688**, de 27 de julho de 1998, do Município do Diadema, vedando aos motoristas de ônibus Municipais, executar, cumulativamente, com a tarefa de dirigir, *"... a função de cobrar passagens ou qualquer outra tarefa ou função que implique supressão da função de cobrador"* (fl. 64) suscitada pela **Eg. 5ª Câmara de Direito Público** deste **Tribunal de Justiça**.

O recurso originário – apelação (fls. 279/287) – apresentado contra r. sentença concessiva (fls. 250/251**) de segurança** (fls. 02/37), apontou a constitucionalidade e plausibilidade da **Lei nº 3.310/13** – proibindo que os motoristas municipais, além de dirigir, efetuassem a cobrança de passagens –, na medida em que ***mandamus*** impetrado pretendia declaração incidental de inconstitucionalidade da referida legislação.

A **Eg. Câmara** suscitante, com fulcro no **art. 97 da CF** e Súmula Vinculante nº 10 do STF, determinou a remessa dos autos a este **C. Órgão Especial** para análise da constitucionalidade da **Lei Municipal nº 3.310**, de 03 de abril de 2013, à luz do art. 22, I da Constituição Federal (fls. 303/308).

A Douta Procuradoria manifestou-se pela procedência da arguição (fls. 316/328).

É o relatório.

2. Acolho a arguição.

Trata-se de **arguição de inconstitucionalidade** da **Lei Municipal nº 3.310**, de 03 de abril de 2013, que acrescentou o **parágrafo único**, ao **art. 1º da Lei Municipal nº 1.688**, de 27 de julho de 1998, do Município do Diadema, vedando aos motoristas de ônibus Municipais, executar, cumulativamente, com a tarefa de dirigir, *"... a função de cobrar passagens ou qualquer outra tarefa ou função que implique supressão da função de cobrador"* (fl. 64) suscitada pela **Eg. 5ª Câmara de Direito Público** deste **Tribunal de Justiça**.

Acesso ao Sumário

Assim está redigido o preceito impugnado:

"ARTIGO 1º – Fica criado o seguinte parágrafo único ao artigo 1º da Lei Municipal nº 1.688, de 27 de julho de 1.998:"

(...)

"'PARÁGRAFO ÚNICO – É vedado, aos motoristas dos ônibus que operam no sistema de transporte coletivo do Município de Diadema, executar, cumulativamente, a tarefa de dirigir, a função de cobrar passagens ou qualquer outra tarefa ou função que implique supressão da função de cobrador'.

"ARTIGO 2º – As empresas que compõem o sistema de transporte coletivo do Município de Diadema terão o prazo de 60 (sessenta) dias, contados da data de publicação desta Lei, para promover as adaptações necessárias à sua fiel execução."

"ARTIGO 3º – Esta Lei entrará em vigor na data de sua publicação, revogadas as disposições em contrário." (fls. 64).

Norma local proibindo a cumulação de função de motorista e cobrador implica em manifesta invasão de competência legislativa e se afigura **inconstitucional**.

A **Constituição Federal** confere aos Municípios competência para **legislar** sobre assuntos de **interesse local** (art. 30, inciso I) e **suplementar** a **legislação federal e estadual**, no que couber (art. 30, II).

Todavia, constitui **competência privativa** da **União** legislar sobre direito do **trabalho** (art. 22, inciso I). Em outras palavras, somente à **União**, diante da *"... necessidade de tratamento uniforme, para todo o território nacional..."* compete legislar sobre direito do trabalho, na medida em que, *"... pela sua relevância, não poderiam ser atribuídas aos Estados-membros, pois certamente a diversidade de tratamento ensejaria disparidades e conflitos normativos indesejáveis."* (**CINTIA REGINA BÉO** comentando o inciso I do art. 22 da Constituição Federal ***in*** "Constituição Federal Interpretada Artigo por Artigo, Parágrafo por Parágrafo" – organizado por **COSTA MACHADO** – Ed. Manole – 3ª ed. – 2012 – p. 154).

Restrição imposta às empresas e motoristas, ainda que locais, se insere no âmbito no **direito trabalhista** e **não** se enquadra na definição de **interesse local**.

Direito do trabalho, ainda segundo **CINTIA REGINA BÉO**,

"... ramo do direito surgido com o reconhecimento da importância dos direitos sociais e sua implementação, cuida de regrar as relações de trabalho, antes submetidas ao regime contratual comum. Assim, disciplina as relações trabalhistas, o direito de greve, e a associação sindical, criando direitos e deveres para empregados e empregadores, de

Acesso ao Sumário

acordo com as garantias previstas no art. 7º da Constituição Federal." (op. cit. – p. 156).

Nesse contexto, as regras aplicáveis ao exercício dos direitos trabalhistas, nelas se incluindo a possibilidade ou impossibilidade de acumular funções, somente podem ser impostas pela União. Não se trata de matéria de competência concorrente ou a permitir suplementação da legislação federal.

Assim já se decidiu neste **Colendo Órgão Especial**:

"De acordo com o artigo 144 da Constituição Estadual, é obrigatório aos Municípios o respeito aos princípios estabelecidos tanto na Constituição Estadual como na Federal, devendo, assim, quanto à competência legislativa serem observados os preceitos fundamentais da divisão de competências previamente estabelecida na norma fundamental."

"Evidente, portanto, que a lei impugnada teve claro propósito de legislar acerca da criação e manutenção de postos de trabalho para cobradores de ônibus, tratando, assim, de ***matéria afeta a direito trabalhista, cuja competência legislativa privativa é da União, nos moldes do art. 22, inciso I, da Constituição Federal****."* (grifos no original – ADIn nº 0.090.631-39.2013.8.26.0000 – v.u. j. de 11.09.13 – Rel. Des. **MÁRCIO BARTOLI**).

Inequívoca a ofensa ao **art. 144 da Constituição Bandeirante**:

"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."

Assim, por afronta ao **pacto federativo** com invasão da competência da União para legislar sobre **direito do trabalho** o diploma legal questionado **não** comporta subsistir.

Daí retirar do mundo jurídico, estipulação inconstitucional.

Prejudicado o reconhecimento do alegado **vício de iniciativa**, vez que não compete ao Município, sob qualquer aspecto, legislar sobre **direito trabalhista**.

Além do mais, vínculo se estabelece entre empregador e empresas privadas, quando não haveria tal mácula.

Diante dos aludidos vícios de inconstitucionalidade, **acolho** a arguição para invalidar **integralmente** a **Lei Municipal nº 3.310**, de 03 de abril de 2013, por afronta ao **artigo 144 da Constituição Estadual**.

3. Arguição acolhida.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Arguição de Inconstitucionalidade nº 0064850-44.2015.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é suscitante 5ª 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: "REJEITARAM A ARGUIÇÃO. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 26.296)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PAULO DIMAS MASCARETTI (Presidente), FRANCISCO CASCONI, RENATO SARTORELLI, CARLOS BUENO, FERRAZ DE ARRUDA, ARANTES THEODORO, TRISTÃO RIBEIRO, LUIZ ANTONIO DE GODOY, NEVES AMORIM, BORELLI THOMAZ, JOÃO NEGRINI FILHO, SÉRGIO RUI, SALLES ROSSI, ADEMIR BENEDITO, PEREIRA CALÇAS, XAVIER DE AQUINO, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, MOACIR PERES, FERREIRA RODRIGUES, PÉRICLES PIZA, EVARISTO DOS SANTOS e MÁRCIO BARTOLI.

São Paulo, 2 de março de 2016.

JOÃO CARLOS SALETTI, Relator

Ementa: ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE – Lei Complementar nº 367/84, artigo 1º, com a redação dada pelo artigo 1º da Lei Complementar nº 1.054/08, que limita a concessão da licença-maternidade aos servidores adotantes de crianças de até sete anos de idade, apenas – Afirmação, pela Câmara suscitante, de que a norma contraria o disposto no artigo 227, § 6º, e ao princípio de isonomia, da Constituição Federal – Inocorrência de ofensa a esse preceito ou aos princípios de isonomia, razoabilidade e proporcionalidade – Descabimento de o Judiciário estabelecer outro limite ou de idade, ou de afirmar descabido qualquer limite, por não ser possível ao Julgador adentrar a *ratio legis* – Arguição desacolhida.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de arguição de inconstitucionalidade suscitada pela 5ª Câmara de Direito Público desta Corte (autos da Apelação nº 1010269-34.2014.8.26.0053, interposta pela Fazenda do Estado de São Paulo contra sentença que julgou procedente o Mandado de Segurança interposto por S.P. em face da "Secretaria do Estado da Educação – SP – Diretoria de Ensino Norte I, EE 'Helios Heber Lino' Prof." – fls. 1/25 e 74/77), nos termos do art. 97 da Constituição Federal e conforme a Súmula Vinculante 10 do E. Supremo Tribunal Federal", tendo em vista que "há indícios de inconstitucionalidade do artigo 1º da Lei Complementar nº 367/84, com a redação dada pelo artigo 3º da Lei Complementar nº 1.054/08, que limita a concessão da licença-maternidade às mães adotantes de crianças" de até sete anos de idade, apenas (fls. 110/115).

A douta Procuradoria Geral de Justiça manifestou-se pelo não acolhimento do incidente de inconstitucionalidade, "ante a inexistência de ofensa à isonomia e ao princípio da prioridade absoluta da criança e do adolescente por parte do art. 3º da Lei Complementar nº 1.054, de 07 de julho de 2008, que alterou o art. 1º da Lei Complementar nº 367, de 17 de dezembro de 1984, do Estado de São Paulo" (fls. 122/133).

É o relatório.

1. Assim se pronunciou a E. 5ª Câmara de Direito Público no v. acórdão relatado pela Desembargadora MARIA LAURA TAVARES (fls. 110/115):

> "A impetrante busca a concessão de licença maternidade em razão da adoção de duas crianças maiores de sete anos.
>
> "O artigo 3º da Lei Complementar Estadual nº 1.054/08 alterou o artigo 1º da Lei Complementar nº 367/84, que passou a contar com a seguinte redação:
>
> **"Artigo 1º – O servidor público poderá obter licença de 180 (cento e oitenta) dias, com vencimentos ou remuneração integrais, quando adotar menor, de até sete anos de idade, ou quando obtiver judicialmente a sua guarda para fins de adoção.**
>
> "Assim, a lei prevê que a licença-maternidade é concedida para as mães adotantes apenas quando a criança adotada possuir até sete anos de idade. Como as crianças adotadas pela impetrante possuíam oito e onze anos, seu pedido de licença-maternidade foi negado, motivo pelo qual impetrou o presente *mandamus*.
>
> "O direito da gestante ao gozo de licença maternidade está previsto no artigo 7º, inciso XVII, da Constituição Federal e o artigo 227 da Constituição prevê o quanto segue:
>
> **"Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade,**

Acesso ao Sumário

o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

(...)

"§ 6º – Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

"Os direitos à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária das crianças devem, portanto, ser assegurados pela família, pela sociedade e pelo Estado com absoluta prioridade. Ademais, é vedada qualquer discriminação entre filhos naturais e adotivos.

"A limitação da concessão da licença-maternidade às mães adotantes de crianças com até sete anos de idade parece ofender os dispositivos mencionados e aparenta não respeitar o princípio constitucional da prioridade absoluta da pessoa em formação. O dispositivo parece desconsiderar que a licença-maternidade possui também a finalidade de assegurar a adaptação psicossocial da criança à nova família, especialmente com sua mãe, levando em conta as necessidades emocionais e psicológicas da criança. A adaptação de crianças 'com idade mais avançada' pode, inclusive, ser mais complexa e dolorosa, por terem essas crianças potencialmente vivenciado mais episódios e experiências difíceis.

"Sobre o tema, merece destaque a seguinte decisão deste E. Tribunal de Justiça:

"Apelação e reexame necessário – mandado de segurança servidora pública municipal de Diadema – pedido de licença maternidade de 180 (cento e oitenta) dias, em virtude de adoção de criança de 10 (dez) anos de idade – art. 165 do Estatuto dos Servidores de Diadema (LCM nº 08/1991) prevê a concessão de licença maternidade à servidora adotante, nos casos de crianças de até 07 (sete) anos de idade; – inconstitucionalidade da lei local – ofensa à igualdade (art. 5º, 'caput', da CF) e ao art. 227, § 6º da CF, que assegura à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direto à dignidade e à convivência familiar e comunitária; – discriminação entre o filho natural e o adotado constante do art. 137 da LCM nº 08/1991, que prevê a concessão de licença maternidade de 180 dias

Acesso ao Sumário

exclusivamente à gestante; – inconstitucionalidade do limite etário (até 07 anos de idade) previsto no art. 165 da LCM nº 08/1991, para fins de concessão de licença maternidade para servidoras municipais adotantes; – segurança concedida em primeira instância; – suspensão da ação com remessa ao C. Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, para cumprimento do art. 97 da Carta Maior e da Súmula Vinculante nº 10 do STF. Arguição de Inconstitucionalidade do art. 165 da Lei Complementar Municipal nº 08/1991 (Apelação Cível nº 0001830-18.2014.8.26.0161, 12ª Câmara de Direito, Rel. Des. Público Venício Salles, j. 15/04/2015. Destaques do original**).**

"Dessa forma, no presente caso, há indícios de inconstitucionalidade do artigo 1º da Lei Complementar nº 367/84, com a redação dada pelo artigo 3º da Lei Complementar nº 1.054/08, que limita a concessão da licença-maternidade às mães adotantes de crianças com até sete anos de idade.

"Nestes termos, postos os traços de inconstitucionalidade do artigo 1º da Lei Complementar nº 367/84, com a redação dada pelo artigo 3º da Lei Complementar nº 1.054/08, e sem que seja possível a este órgão fracionado o julgamento acerca da inconstitucionalidade em referência, ainda que de forma incidental, determina-se a suspensão do julgamento para a submissão da questão ao C. Órgão Especial deste Tribunal, nos termos do art. 97 da Constituição Federal e conforme a Súmula Vinculante 10 do E. Supremo Tribunal Federal."

2. Respeitado o pensamento esposado pela E. Câmara suscitante, não há a inconstitucionalidade entrevista.

Dispõe o art. 3º da Lei Complementar nº 1.054, de 07 de julho de 2008, que deu nova redação ao art. 1º da Lei Complementar nº 367, de 14 de dezembro de 1984, objeto da arguição de inconstitucionalidade:

"Artigo 3º – O artigo 1º da Lei complementar nº 367, de 14 de dezembro de 1984, passa a vigorar com a seguinte redação:

"'Art. 1º – O servidor público poderá obter licença de 180 (cento e oitenta) dias, com vencimentos ou remuneração integrais, quando adotar menor, de até sete anos de idade, ou quando obtiver judicialmente a sua guarda para fins de adoção'".

A Constituição Federal inseriu entre os direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, "além de outros que visem à melhoria de sua condição social", *"licença à gestante, sem prejuízo do emprego e do salário, com a duração de cento e vinte dias"* (art. 7º, inciso XVIII).

Examinando essa disposição, decidiu a C. Primeira Turma do C. Supremo Tribunal Federal que

Acesso ao Sumário

"Não se estende à mãe adotiva o direito a licença, instituído em favor da empregada gestante pelo inciso XVIII do art. 7º, da Constituição Federal, ficando sujeito ao legislador ordinário o tratamento da matéria" (RE n. 197.807-4, RS, Relator o Ministro OCTAVIO GALLOTTI, j. 30.5.2000).

O legislador ordinário do Estado de São Paulo, ao editar a lei questionada, tratou de estender o direito à licença maternidade também à mãe adotiva, deixando, no plano da legislação ordinária, de distinguir entre as servidoras gestantes (que podem obter a licença ainda antes de o filho nascer) e os servidores adotantes.

A norma estadual em apreço os distingue apenas quando tenham adotado crianças com idade inferior ou superior a sete anos, concedendo a licença somente aos primeiros.

Entrevê o v. acórdão suscitante inconstitucionalidade nessa distinção, por ofender ao disposto no art. 227 e § 6º da Constituição Federal, nesse passo em desacordo com o princípio de isonomia, posto resultar em tratamento desigual entre os menores, os havidos da relação de casamento ou não, de um lado, e os adotados, de outro.

A norma estadual em foco, respeitado o entendimento esposado, não contrasta com a norma constitucional, que dispõe:

"Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

"(...)

"§ 6º. Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação".

A regra assegura a igualdade de direitos entre os filhos, de tal arte que, segundo a arguição, distingui-los no que concerne a ter consigo a mãe natural ou a mãe adotiva importaria, de um lado, ofensa ao princípio de isonomia e, de outro, desatenção aos direitos do filho adotado, previstos no *caput* do dispositivo constitucional, quando com idade superior a sete anos.

A igualdade entre os filhos havidos ou não da relação de casamento, de um lado, e os filhos provenientes da adoção, de outro, não é violentada (art. 227, § 6º), na medida em que assegurados a uns e a outros a companhia da mãe natural ou da mãe adotiva. A lei em apreço não os distingue.

A distinção se dá entre os adotados, os menores de sete anos, e os que já ultrapassaram essa idade. Estes, supõe ou supôs o legislador, não reclamam a

Acesso ao Sumário

presença diuturna da mãe, tão necessária sobretudo na primeira infância, e tão indispensável quanto insubstituível mais ainda logo após o nascimento. Sem contar a necessidade que tem a mulher de recuperar-se do parto, ao mesmo tempo em que necessita estar com o seu filho para amamentá-lo e dele cuidar, aprofundando os laços provindos da gestação, ou os estabelecendo quando adotado.

Mães adotantes ou, como está na lei, os servidores adotantes, não estão evidentemente nessa situação, nem vivenciam as mesmas experiências da gestante e da parturiente, como óbvio. Mas precisam estar na companhia da criança e tê-la consigo para propiciar a ambos a formação de laços afetivos especialmente fundados na convivência diária, diuturna, ao passo em que o adotante – tal qual a mãe natural – deve educar o adotado, integrando-o no seio da família e o preparando para a vida futura em todos os aspectos especialmente referidos no artigo 227 da Carta Magna.

Essa relação é necessária – afirma o v. acórdão suscitante – para "*assegurar a adaptação psicossocial da criança à nova família, especialmente com sua mãe, levando em conta as necessidades emocionais e psicológicas da criança. A adaptação de crianças 'com idade mais avançada' pode, inclusive, ser mais complexa e dolorosa, por terem essas crianças potencialmente vivenciado mais episódios e experiências difíceis"*. Isso, o legislador estadual teria deixado de considerar, assim se afastando do enunciado do artigo 227 da Carta Magna.

O argumento é forte e ponderável. No entanto, *vis a vis* o princípio de isonomia, afirmando a inconstitucionalidade, será aceitável (razoável e proporcional) a concessão da licença se o adotado estiver próximo de atingir os dezoito anos, ainda é devida a licença, é de perguntar. Ao Judiciário não cabe responder a essas indagações, que escapam à análise e consideração exclusivamente constitucional e legal.

No pormenor, bem observou o douto Procurador de Justiça em seu parecer, que,

> ""No caso, poder-se-ia eventualmente questionar a razoabilidade da lei em comento ao insculpir limite etário do menor a ser adotado ou colocado sob guarda à concessão de licença que busca a mesma finalidade em relação às demais, ainda mais levando-se em consideração o anseio constitucional em tutelar de forma absoluta, integral e primacial os interesses de crianças e adolescentes, *ex vi* do disposto no art. 227 da Lei Fundamental de 1988.
>
> "Não se olvida que esse contato inicial se faz assaz relevante à formação da criança, que futuramente exercerá o relevante papel de cidadão em nosso meio social, de sorte que não diferenciar a idade do menor para efeitos de obtenção de licença em virtude de adoção ou

Acesso ao Sumário

guarda, em tese, acarretaria numa maior proteção aos seres objeto da mencionada tutela especial.

"Todavia, esse questionamento perpassa a discussão jurídica da causa, restando limitado ao plano moral ou social.

"Não há no caso qualquer indício de irrazoabilidade na opção adotada pelo dispositivo normativo objurgado, ao limitar a obtenção da licença ao servidor adotante de menor com até sete anos de idade, visto ter entendido o legislador que, até este momento, seria justificável o afastamento do servidor, por 180 dias, a fim de dedicar-se aos cuidados do adotando.

"Não pode o Judiciário, portanto, 'corrigir' a *ratio legis* plasmada no ato normativo objurgado que fora editado por órgão constitucionalmente competente para tal atribuição, sob pena de ofensa ao princípio da separação de poderes, previsto no art. 5º, *caput*, da Carta Bandeirante".

Não pode mesmo ser diferente. O Judiciário, nesse passo, seria chamado a discutir e a decidir o melhor critério e o momento adequado para a concessão da licença, quando não se apresenta ofensa aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade entrever o legislador não mais haja necessidade de afastamento do servidor adotante se o menor adotado tiver mais de sete anos de idade, quando já em desenvolvimento e frequentando a escola, por exemplo.

O legislador procedeu à distinção sem ofensa alguma à igualdade de direitos entre mães naturais e pais adotivos, de um lado e, de outro, entre os filhos provindos do casamento ou não, e os adotados. Uns e outros se acham em situações de fato e de direito diferentes e não equiparáveis, a autorizar o tratamento diverso, segundo as mesmas desigualdades.

Este C. Órgão Especial, em situação assemelhada (Arguição de Inconstitucionalidade nº 0086621-15.2014.8.26.0000, Relator Desembargador GUERRIERI REZENDE, j. 11.02.2015), decidiu:

"... A redação do artigo impugnado da Lei Municipal nº 3.748, de 28/12/2004 concedeu ao adotante licença remunerada nos seguintes termos:

""Art. 129 – À servidora que adotar ou obtiver guarda judicial de criança até 1(um) ano de idade serão concedidos 180 (cento e oitenta) dias de licença remunerada.

§ 1º – No caso de adoção ou guarda judicial de criança com mais de 1 (um) ano de idade, o prazo que trata este artigo será de 90 (noventa) dias."

"A jurisprudência da Corte Suprema direciona-se no sentido de se estender o direito à licença-maternidade ao adotante, com base no princípio da isonomia, considerando que a licença-maternidade busca

Acesso ao Sumário

assegurar a saúde e recuperação da mãe e o direito da criança, desde que haja lei específica tratando da matéria. Neste sentido, a decisão monocrática proferida no RE 259253/RS, da relatoria da Min. Cármen Lúcia, j. 15/10/2009.

"No caso em apreço, os prazos diferenciados de licença estabelecidos em razão da idade da criança não maculam o princípio da igualdade. Ao contrário, a norma impugnada estabelece períodos iguais de licença às mães (biológica ou adotante) em condições similares. A lei local está em consonância com a decisão do Supremo Tribunal Federal no RE 259253/RS, segundo o qual o benefício é extensível à adotante nos limites definidos pela lei municipal.

"Como bem mencionou a Douta Procuradoria Geral de Justiça: *'Não há no caso qualquer indício de irrazoabilidade nos prazos diferenciados de licença, não podendo o Judiciário, portanto, 'corrigir' a* ratio legis *plasmada no ato normativo objurgado que fora editado por órgão constitucionalmente competente para tal atribuição, sob pena de ofensa ao princípio da separação de poderes, previsto no art. 5º, caput, da Carta Bandeirante'*.

"Na mesma linha de raciocínio o julgamento do Superior Tribunal de Justiça no RMS 33.523-PE, da relatoria do Min. Arnaldo Esteves Lima: *'CONSTITUCIONAL. LICENÇA MATERNIDADE PELO PERÍODO DE 120 DIAS. MÃE ADOTANTE. ALEGAÇÃO DE OFENSA AOS ARTS. 227, § 6º E 201, II DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, ALÉM DE DISPOSITIVOS DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. OMISSÃO DA LOMAN. APLICAÇÃO ANALÓGICA DA LEI COMPLEMENTAR ESTADUAL Nº 16/96, PELA AUTORIDADE IMPETRADA, NO PROCESSO ADMINISTRATIVO. A DESEQUIPARAÇÃO EM RAZÃO DA IDADE DA CRIANÇA ADOTADA NÃO REPRESENTA MÁCULA À PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DA MATERNIDADE. TRATA-SE DE CONFERIR PERÍODOS IGUAIS DE LICENÇA ÀS MÃES QUE SE ENCONTRAM EM SITUAÇÕES SIMILARES. PRECEDENTES DO TRF 1ª REGIÃO E DO STJ. DENEGAÇÃO DA SEGURANÇA. DECISÃO UNÂNIME. – Embora tenha a Constituição Federal cuidado de proteger a maternidade, conferindo à mãe o direito à licença maternidade, detalhou apenas o período do gozo da licença que a mãe biológica deve usufruir (art. 7º, XVIII), deixando para o legislador infraconstitucional o dever de regulamentar o período da licença maternidade para a mãe adotante. II – A LOMAN (Lei Complementar nº 35/79) disciplina, no art. 69, a concessão de licença para magistrados nas hipóteses de tratamento de saúde, por motivo de doença em pessoa da família e para o repouso da gestante, sendo, porém, omissa em relação à licença maternidade*

Acesso ao Sumário

para a mãe adotante. Ante a existência de tal lacuna, não há ofensa a direito líquido e certo em decorrência da aplicação, por analogia, da Lei Complementar Estadual nº 16/96, que garante à servidora pública estadual licença-maternidade, pelo prazo de 60 dias (art. 1º, inciso XI), quando adotar criança de até 2 anos de idade. Esse período, inclusive, é igual ao previsto pela legislação trabalhista (§ 2º do art. 392-A da CLT). III – Não prospera a alegação de que a Impetrante encontra-se na mesma situação de outra magistrada a quem fora concedido o benefício pelo período de 120 dias, não havendo, portanto, que se falar em ofensa ao princípio da isonomia. É que a Impetrante adotou uma criança que contava com 1 ano e 6 meses de idade, enquanto no caso da outra magistrada o bebê possuía menos de 1 ano de vida quando da adoção. A questão, inclusive, foi objeto de discussão e debate pela Corte Especial deste Sodalício por ocasião do julgamento do Agravo Regimental interposto contra a decisão que, neste writ, denegou o pedido urgencial. IV – Denegação da segurança. Decisão unânime' (grifos nossos)."

Essa a conclusão a que se deve chegar, segundo penso, sem deixar de referir ter o C. Supremo Tribunal Federal afirmado a presença de REPERCUSSÃO GERAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 778.889 (Relator MINISTRO ROBERTO BARROSO, decisão de 21.11.2014, publicado no DJe 11.03.2015), em aspecto da questão que muito se aproxima do que se está a decidir, com a seguinte

> "Ementa: PERÍODO DE LICENÇA-MATERNIDADE. SERVIDORAS PÚBLICAS. EQUIPARAÇÃO ENTRE GESTANTES E ADOTANTES. PRESENÇA DE REPERCUSSÃO GERAL. 1. Constitui questão constitucional saber se a lei pode ou não instituir prazos diferenciados para a licença-maternidade concedida às servidoras gestantes e às adotantes, especialmente à luz do art. 227, § 6º, da CF/88. 2. Repercussão geral reconhecida."

Não trata, como se vê, do limite de idade da criança adotada, mas do prazo da licença frente à mesma regra constitucional invocada neste caso. O feito foi enviado à Mesa do Plenário Virtual por decisão do Relator em 23 de fevereiro último. Ainda não há decisão conhecida.

3. Ante o exposto, rejeito a arguição de inconstitucionalidade, devendo os autos retornar à consideração da E. Câmara suscitante.

É meu voto.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Arguição de Inconstitucionalidade nº 0083671-96.2015.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é suscitante 3ª 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 PROCEDENTE A ARGUIÇÃO. 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 ADEMIR BENEDITO (Presidente), 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, NEVES AMORIM, BORELLI THOMAZ, JOÃO NEGRINI FILHO, SÉRGIO RUI, SALLES ROSSI, FRANÇA CARVALHO, PEREIRA CALÇAS, XAVIER DE AQUINO, ANTONIO CARLOS MALHEIROS e MOACIR PERES.

São Paulo, 9 de março de 2016.

FERREIRA RODRIGUES, Relator

Ementa: ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. Art. 35-A da Lei nº 11.977, de 07 de julho de 2009, que atribui exclusivamente à mulher (em caso de dissolução de união estável, separação ou divórcio) a propriedade de imóvel adquirido no "Programa Minha Casa Minha Vida", independentemente do regime de bens adotado. Parágrafo único do mesmo dispositivo, ademais, que atribui ao homem (exclusivamente) o título de propriedade, caso lhe seja deferida a guarda dos filhos (também independentemente do regime de bens).

Ofensa ao princípio da isonomia. Reconhecimento. Examinando a questão com base no artigo 5º, inciso I e no artigo 226, § 5º, ambos da Constituição Federal; e considerando nessa avaliação, principalmente, a inexistência de situação de desigualdade ou de vulnerabilidade (objetivamente considerados)

Acesso ao Sumário

que pudesse justificar o tratamento diferenciado conferido à mulher em detrimento do homem (ou ao homem em detrimento da mulher), aquela imposição, referente à atribuição da propriedade do bem exclusivamente à mulher (na hipótese do art. 35-A, *caput*) ou ao homem (na hipótese do parágrafo único), não pode ser compreendida de outra forma, senão como atuação ilegítima, não só do ponto de vista da violação do princípio da isonomia, mas também pela caracterização de discriminação injustificada (em razão do sexo), vedada pelo artigo 3º, inciso IV, da Carta Magna, bem como por ofensa ao princípio da razoabilidade e do direito de propriedade.

Inconstitucionalidade manifesta. Arguição julgada procedente.

VOTO

Trata-se de incidente de inconstitucionalidade suscitado pela 3ª Câmara de Direito Privado deste E. Tribunal de Justiça nos autos da Apelação Cível nº (...), em que figura como apelante *R.C.L.M.C.* e como apelado *C.R.M.S.*

No julgamento da apelação, a Câmara suscitante questionou a constitucionalidade do artigo 35-A da Lei nº 11.977, de 07 de julho de 2009, que atribui exclusivamente à mulher (em caso de dissolução de união estável, separação ou divórcio) a propriedade de imóvel adquirido no *"Programa Minha Casa Minha Vida"*, independentemente do regime de bens adotado. O entendimento da C. Câmara é no sentido de que o dispositivo impugnado ofende o princípio da isonomia (artigo 5º, inciso I e artigo 226, § 5º, ambos da Constituição Federal).

Estabelecida essa prejudicial, suscitou-se o presente incidente de inconstitucionalidade em razão da cláusula de reserva de plenário prevista no art. 97 da Constituição Federal e objeto da Súmula Vinculante nº 10, do Supremo Tribunal Federal: *"Viola a cláusula de reserva de plenário (CF, artigo 97) a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público, afasta sua incidência, no todo ou em parte"*.

A douta Procuradoria de Justiça, com as considerações de fls. 200/207, opinou pela procedência do incidente.

É o relatório.

Versam os autos sobre controle de constitucionalidade pela via difusa ou incidental, tendo por objeto o artigo 35-A da Lei nº 11.977, de 07 de julho

Acesso ao Sumário

de 2009, que atribui exclusivamente à mulher (**em caso de dissolução de união estável, separação ou divórcio**) a propriedade de imóvel adquirido no "*Programa Minha Casa Minha Vida*", independentemente do regime de bens adotado:

> *"Art. 35-A. Nas hipóteses de dissolução de união estável, separação ou divórcio, o título de propriedade do imóvel adquirido no âmbito do PMCMV, na constância do casamento ou da união estável, com subvenções oriundas de recursos do orçamento geral da União, do FAR e do FDS, será registrado em nome da mulher ou a ela transferido, independentemente do regime de bens aplicável, excetuado os casos que envolvam recursos do FGTS.*
>
> *Parágrafo único. Nos casos em que haja filhos do casal e a guarda seja atribuída exclusivamente ao marido ou companheiro, o título de propriedade do imóvel será registrado em seu nome ou a ele transferido".*

A Câmara suscitante sustenta que esse dispositivo viola o princípio constitucional da igualdade de direitos entre homens e mulheres, consagrado no artigo 5º, inciso I e artigo 226, § 5º, da Constituição Federal:

> *"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:*
>
> *I – homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição".*
>
> *"Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.*
>
> *.....*
>
> *§ 5º. Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher"*

E, de fato, examinando a questão com base nesses dispositivos constitucionais; e considerando nessa avaliação, principalmente, a inexistência de situação de desigualdade ou de vulnerabilidade (objetivamente considerados) que pudesse justificar o tratamento diferenciado conferido à mulher em detrimento do homem (ou ao homem em detrimento da mulher), aquela imposição, referente à atribuição da propriedade do bem exclusivamente à mulher (na hipótese do art. 35-A, *caput*) ou ao homem (na hipótese do parágrafo único), não pode ser compreendida de outra forma, senão como atuação ilegítima, não só do ponto de vista da violação do princípio da isonomia, mas também pela caracterização de discriminação injustificada (em razão do sexo), vedada pelo artigo 3º, inciso IV, da Carta Magna, bem como por ofensa ao princípio da razoabilidade e do direito de propriedade.

Acesso ao Sumário

É importante considerar, sob esse aspecto, que o Supremo Tribunal Federal admite a razoabilidade como parâmetro de aferição da constitucionalidade

material dos atos estatais, enfatizando, por exemplo, que *"todos os atos emanados do poder público estão necessariamente sujeitos, para efeito de sua validade material, à indeclinável observância de padrões mínimos de razoabilidade"*.

É que a exigência do padrão de razoabilidade visa a inibir e a neutralizar eventuais abusos do Poder Público, notadamente no desempenho de suas funções normativas, porque *"a teoria do desvio de poder, quando aplicada ao plano das atividades legislativas, permite que se contenham eventuais excessos decorrentes do exercício imoderado e arbitrário da competência institucional outorgada ao Poder Público, pois o Estado não pode, no desempenho de suas atribuições, dar causa à instauração de situações normativas que comprometem e afetam os fins que regem a prática da função de legislar"* (ADI nº 2667 MC/DF, Rel. Min. Celso de Melo, j. 19/06/2002).

Ademais, como foi bem ressaltado pela douta Procuradoria de Justiça, *"não é possível, sob pálio da Constituição de 1988 e das leis que a seguiram no tocante à condição jurídica da mulher no casamento ou na união estável e dos efeitos de sua dissolução, argumentar que ela ocupe posição menos privilegiada. Se é plausível supor que a ratio legis foi evitar o desamparo da família, conclui-se que a medida adotada foi excessiva e, portanto, padece de razoabilidade porque incide na proibição do excesso ao simplesmente expropriar do homem a fração ideal da propriedade que lhe compete pela aquisição. A norma não se afina com a isonomia entre os sexos nem oferece solução razoável e proporcional, e há patente inadequação entre o fator de discriminação e a medida resultante, porque não há no ordenamento jurídico vigente posição de vulnerabilidade da mulher no tocante aos efeitos patrimoniais da dissolução de casamento ou união estável a justificar a perda, pelo marido, dos direitos que tem sobre o patrimônio comum"* (fl. 206).

Ante o exposto, pelo meu voto, julga-se procedente o presente incidente para declarar a inconstitucionalidade do artigo 35-A da Lei Federal nº 11.977, de 07 de julho de 2009, determinando-se o retorno dos autos à C. 3ª Câmara de Direito Privado para os devidos fins.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Arguição de Inconstitucionalidade nº 0073865-37.2015.8.26.0000, da Comarca de Itaí, em que é suscitante 11ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "ACOLHERAM A ARGUIÇÃO. V.U.", de

conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 31.009)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PAULO DIMAS MASCARETTI (Presidente), CARLOS BUENO, FERRAZ DE ARRUDA, ARANTES THEODORO, TRISTÃO RIBEIRO, NEVES AMORIM, BORELLI THOMAZ, JOÃO NEGRINI FILHO, SÉRGIO RUI, SALLES ROSSI, RICARDO ANAFE, ALVARO PASSOS, AMORIM CANTUÁRIA, SILVEIRA PAULILO, FRANÇA CARVALHO, ADEMIR BENEDITO, PEREIRA CALÇAS, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, MOACIR PERES, FERREIRA RODRIGUES, EVARISTO DOS SANTOS, MÁRCIO BARTOLI e JOÃO CARLOS SALETTI.

São Paulo, 16 de março de 2016.

FRANCISCO CASCONI, Relator

Ementa: ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE – ARTIGO 61, § 2º DO REGIMENTO INTERNO DA CÂMARA MUNICIPAL DE ITAÍ – NORMA QUE DISPÕE SOBRE RITO DO PROCESSO DE CASSAÇÃO DE VEREADOR, EM RAZÃO DE INFRAÇÃO POLÍTICO-ADMINISTRATIVA – COMPETÊNCIA LEGISLATIVA CONSTITUCIONALMENTE ASSEGURADA À UNIÃO (ARTIGO 22, INCISO I, DA CR) – ENTENDIMENTO CONSOLIDADO NA SÚMULA VINCULANTE Nº 46, DO C. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – MÁCULA AO PACTO FEDERATIVO (ARTIGO 1º DA CR) – OFENSA AO ARTIGO 144 DA CARTA ESTADUAL – PRECEDENTES – INCIDENTE ACOLHIDO.

Acesso ao Sumário

VOTO

Incidente de inconstitucionalidade suscitado nos termos do v. acórdão encartado a fls. 467/478, voltado contra artigo 61, § 2º, do Regimento Interno da Câmara Municipal de Itaí/SP.

Fundamentou a C. 11ª Câmara de Direito Público, suscitante, que a elaboração do ato normativo impugnado violou competência legislativa da União, prevista no artigo 22, inciso I, da Constituição da República, uma vez que *"pela leitura do art. 61, § 2º, da Resolução nº 9/2011, Regimento Interno da Câmara Municipal, transcrita acima, nos casos de perda do mandato de vereador em decorrência de fixação de residência fora do município, a perda do mandato será declarada pela Mesa da Câmara Municipal. Assim,*

evidente a afronta a Constituição Federal ao criar um procedimento diverso do estabelecido, conforme as diretrizes do Decreto-Lei nº 201/67".

Parecer da Douta Procuradoria Geral de Justiça acostado a fls. 496/506, pelo reconhecimento da inconstitucionalidade.

É o Relatório.

Prestigiando a regra da ***full bench*** inserta no art. 97 da Constituição da República, a C. 11ª Câmara de Direito Público desta Corte, ao enfrentar a apelação interposta contra r. sentença de fls. 406/409 – que denegou ação de segurança objetivando reconhecimento de nulidade da Resolução da Mesa Diretora, declaratória da perda do mandato de Vereador –, fundamentou, no interessante, a inconstitucionalidade do § 2º do artigo 61 do Regimento Interno da Câmara Municipal de Itaí, suscitando o presente incidente em julgamento ocorrido aos 28.07.2015 (fls. 467/478).

Limita-se o exame do interessante à questão envolvendo a constitucionalidade do dispositivo impugnado, cuja redação é a seguinte (fls. 84):

"Art. 61 – Perderá o mandato o Vereador:

(...)

V – que fixar residência fora do Município;

(...)

§ 2º – Nos casos previstos nos incisos IV a VI, a perda será declarada pela Mesa da Câmara, de ofício ou mediante provocação de qualquer de seus membros ou de Partidos Políticos representados na Casa, assegurada a ampla defesa".

A Constituição da República assegura, nos artigos 1º e 18, indistinta autonomia político-administrativa aos entes federados, no que se incluem os Municípios, cabendo-lhes instituir a organização de sua estrutura funcional para efetivo exercício da atividade estatal.

Indigitada independência organizacional engloba a autonomia legislativa, embora ambas não ostentem caráter absoluto, devendo respeito às balizas constitucionais de âmbito estadual e federal, como preveem não só os artigos 29 e 30 da Magna Carta, mas também o artigo 144 da Constituição Estadual:

"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 congruência constitucional ***in casu*** perpassa pelo exame da competência legislativa atribuída aos entes federados, em prestígio ao princípio do pacto federativo adotado em nosso país (artigo 1º, Constituição da República), estruturante da ordem jurídico-institucional.

Acesso ao Sumário

A norma atacada dispõe sobre perda de mandato de Vereador no âmbito da Câmara Municipal de Itaí em decorrência de infração político-administrativa, impondo à Mesa da Câmara sua declaração, de ofício ou mediante provocação de seus membros ou partidos políticos, assegurada a ampla defesa.

Com efeito, a matéria em questão – cassação de mandato de Vereadores por infrações político-administrativas – encontra-se disciplinada no Decreto-Lei nº 201/67, que em seu artigo 7º, inciso II, prevê hipótese similar:

"Art. 7º A Câmara poderá cassar o mandato de Vereador, quando:

(...)

II – Fixar residência fora do Município;"

O mesmo Decreto-Lei dispõe que o rito do processo de cassação de mandatos de Vereadores é aquele aplicado aos casos de infrações político-administrativas cometidas por Prefeitos (§ 1º, do artigo 7º), discriminado no artigo 5º.

Vigora no âmbito do C. Supremo Tribunal Federal o entendimento no sentido de que a competência legislativa para definição e processamento dos crimes de responsabilidade (infrações político-administrativas) pertence à União, nos termos do artigo 22, inciso I, da Constituição da República, dada a natureza penal e processual da matéria.

A propósito, confira-se:

"AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DE SÃO PAULO. ARTS. 10, § 2º, ITEM 1; 48; 49, CAPUT, §§ 1º, 2º E 3º, ITEM 2; E 50. CRIME DE RESPONSABILIDADE. COMPETÊNCIA DA UNIÃO. 1. Pacífica jurisprudência do Supremo Tribunal Federal quanto à prejudicialidade da ação direta de inconstitucionalidade, por perda superveniente de objeto e de interesse de agir do Autor, quando sobrevém a revogação da norma questionada em sua constitucionalidade. Ação julgada prejudicada quanto ao art. 10, § 2º, item 1, da Constituição do Estado de São Paulo. 2. ***A definição das condutas típicas configuradoras do crime de responsabilidade e o estabelecimento de regras que disciplinem o processo e julgamento das agentes políticos federais, estaduais ou municipais envolvidos são da competência legislativa privativa da União e devem ser tratados em lei nacional especial (art. 85 da Constituição da República). Precedentes.*** *Ação julgada procedente quanto às normas do art. 48; da expressão 'ou nos crimes de responsabilidade, perante Tribunal Especial' do caput do art. 49; dos §§ 1º, 2º e 3º, item 2, do art. 49 e do art. 50, todos da Constituição do Estado de São Paulo. 3. Ação julgada parcialmente prejudicada e na parte remanescente julgada procedente."* (ADI 2220, Relatora: Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 16/11/2011, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-232 DIVULG 06-12-2011 PUBLIC 07-12-2011) – grifou-se. No mesmo sentido: ADI 4792,

Acesso ao Sumário

Relatora: Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 12/02/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-076 DIVULG 23-04-2015 PUBLIC 24-04-2015.

A questão, aliás, está sedimentada em vista da edição, no âmbito daquela Corte Suprema, da Súmula nº 722 e da Súmula Vinculante nº 46, que ostentam redação similar:

Súmula nº 722: *"São da competência legislativa da União a definição dos crimes de responsabilidade e o estabelecimento das respectivas normas de processo e julgamento".*

Súmula Vinculante nº 46: *"A definição dos crimes de responsabilidade e o estabelecimento das respectivas normas de processo e julgamento são de competência legislativa privativa da União".*

Nesse contexto, não pode a norma municipal, ainda que a pretexto da competência legislativa prevista no artigo 30, incisos I e II, da Constituição da República, disciplinar tema que a própria ***Lex Mater*** reserva privativamente a outro ente federado, sob pena de macular o princípio federativo, ao qual invariavelmente os Municípios devem observância à luz do artigo 144 da Carta Estadual.

Isto porque, como já definiu o C. Supremo Tribunal Federal, a prerrogativa de dispor legalmente sobre interesse local não outorga ao ente político irrestrita autonomia legislativa, pois *"a competência constitucional dos Municípios de legislar sobre interesse local não tem o alcance de estabelecer normas que a própria Constituição, na repartição das competências, atribui à União ou aos Estados."* (**RE 313.060**, rel. min. **Ellen Gracie**, julgamento em 29-11-2005, Segunda Turma, *DJ* de 24-2-2006).

Nota-se, ademais, que o dispositivo regimental na hipótese concreta estabelece regra de procedimento diversa daquela prevista no Decreto-Lei nº 201/67, norma esta que constitucionalmente regula a questão, como bem observou o v. acórdão suscitante (fls. 475/476).

A jurisprudência deste C. Órgão Especial, vale destacar, em mais de uma oportunidade já enfrentou a constitucionalidade de normas municipais que dispunham sobre o tema, tendo concluído, em casos similares, pela ocorrência de violação ao pacto federativo. Confira-se:

"AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. Impugnação dos incisos III, V, XI, do art. 59, e §§ 1º e 2º, do art. 61, todos da Lei Orgânica Municipal de Ubatuba e incisos I e II do art. 55, e 2ª parte do art. 219, ambos do Regimento Interno da Câmara Municipal de Ubatuba, que estabelecem hipóteses de infrações político-administrativas cometidas pelo Chefe do Executivo, assim como de afastamento provisório deste por cometimento de tais infrações. Alegação de ofensa ao princípio do pacto federativo. Reconhecimento.

Dispositivos impugnados que usurparam a competência da União para legislar sobre direito processual e novas hipóteses de infrações político-administrativas (art. 22, inciso I, e art. 85 da Constituição Federal). Inconstitucionalidade manifesta. Incidência da Súmula Vinculante nº 46 do STF: 'A definição dos crimes de responsabilidade e o estabelecimento das respectivas normas de processo e julgamento são da competência legislativa privativa da União' (Sessão Plenária de 09/04/2015). Ação julgada procedente." (Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2048005-97.2015.8.26.0000, rel. Des. Ferreira Rodrigues, j. em 16.12.2015)

"Ação direta de inconstitucionalidade, promovida pelo Partido dos Trabalhadores, Diretório Estadual, contra o inciso VIII, Título XI, do Regimento Interno da Câmara Municipal de Birigui, que trata da definição dos crimes de responsabilidade e da cassação do vereador. 1. Não há se falar em ilegitimidade ativa para a propositura de ação direta de inconstitucionalidade quando o partido político autor da demanda esteja comprovadamente representado na Câmara Municipal, ainda que por um único parlamentar. 2. Compete privativamente à União legislar sobre matéria penal, aí incluída a definição de crimes de responsabilidade e processo de cassação de vereador. Art. 22, I, da Constituição Federal, e artigos 5º e 144, da Constituição Estadual. Súmula 722, do STF. 3. Julgaram procedente a ação, declarada a inconstitucionalidade do inciso VIII, do Título XI, do Regimento Interno da Câmara Municipal de Birigui." (Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 0199378-83.2013.8.26.0000, rel. Des. Vanderci Álvares, j. em 22.10.2014)

"Ação direta de inconstitucionalidade. Município de Poá. Lei Orgânica do Município e Regimento Interno da Câmara de Vereadores. Inconstitucionalidade do artigo 45-A, inciso I, alínea 'l', inciso III, alíneas 'a' e 'b', e parágrafo único, da Lei Orgânica, e do art. 16, inciso VII, do Regimento Interno da Câmara de Vereadores. Competência legislativa da União. Violação ao princípio do pacto federativo. Ação procedente." (Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2069296-90.2014.8.26.0000, rel. Des. Ademir Benedito, j. em 24.09.2014).

Em controle difuso, acolho o incidente para declarar a inconstitucionalidade do § 2º do artigo 61, do Regimento Interno da Câmara Municipal de Itaí, determinando retorno dos autos à C. Câmara suscitante.

Acesso ao Sumário

Conflitos de Competência

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência nº 0080884-94.2015.8.26.0000, da Comarca de Porangaba, em que é suscitante 11ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO, é suscitada 9ª 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 9ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. V.U. IMPEDIDO O EXMO. SR. DES. JOÃO NEGRINI.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 26.529 (O.E.))**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PAULO DIMAS MASCARETTI (Presidente sem voto), LUIZ ANTONIO DE GODOY, NEVES AMORIM, BORELLI THOMAZ, SÉRGIO RUI, SALLES ROSSI, ADEMIR BENEDITO, PEREIRA CALÇAS, XAVIER DE AQUINO, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, MOACIR PERES, FERREIRA RODRIGUES, PÉRICLES PIZA, EVARISTO DOS SANTOS, MÁRCIO BARTOLI, JOÃO CARLOS SALETTI, FRANCISCO CASCONI, RENATO SARTORELLI, CARLOS BUENO, FERRAZ DE ARRUDA e ARANTES THEODORO.

São Paulo, 24 de fevereiro de 2016.

TRISTÃO RIBEIRO, Relator

Ementa: CONFLITO DE COMPETÊNCIA. Ação Civil Pública. Loteamento. Regularização do abastecimento de água potável. Infraestrutura de loteamento urbano. Matéria de competência da Seção de Direito Privado – Subseção I. Art. 5º, I.21, da Resolução nº 623/2013, do E. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Fixação da competência da 9ª Câmara de Direito Privado. Conflito procedente, com determinação de encaminhamento do feito à Câmara suscitada.

Acesso ao Sumário

VOTO

Vistos.

Trata-se de Conflito de Competência suscitado pela **11ª Câmara de Direito Público**, no julgamento da Apelação nº 3000046-32.2013.8.26.0470, em virtude de considerar-se a matéria tratada nos autos da competência da Seção de Direito Privado (fls. 1404/1413).

O recurso fora, inicialmente, distribuído à **9ª Câmara de Direito Privado**, que dele não conheceu, determinando sua remessa a uma das Câmaras da Seção de Direito Público (fls. 1894/1900).

A douta Procuradoria Geral de Justiça manifestou-se pela procedência do pedido, reconhecendo-se a competência da 9ª Câmara de Direito Privado, ora suscitante (fls. 1920/1924).

É o relatório.

Trata-se de conflito de competência suscitado nos autos de apelação interposta de sentença que condenou a apelante "Momentum Empreendimentos Imobiliários Ltda." a regularizar a rede de abastecimento de água do empreendimento "Ninho Verde – Gleba I" com a devida aprovação da Sabesp.

A ação civil pública em questão está baseada na reclamação dos adquirentes de lotes do empreendimento, os quais relataram irregularidades no fornecimento de água, notadamente em relação à continuidade do serviço e aos padrões de potabilidade.

É certo que a competência, em regra, não é definida pela qualidade ou natureza jurídica das partes, mas em razão da matéria, a partir da causa de pedir e do pedido, fixados na inicial, nos termos do artigo 100, do Regimento interno desta E. Corte de Justiça.

De acordo com o art. 2º, incisos I e II, da Lei nº 11.445/07, os serviços públicos de saneamento básico serão prestados com base no princípio da universalidade de acesso, porém, sem afastar o condicionamento desta prestação a eventuais exigências ou requisitos.

Acesso ao Sumário

No caso em tela, a discussão incide sobre questões contratuais de prestação de serviços e de responsabilização na disponibilidade de infraestrutura adequada para o abastecimento de água potável individual. Segundo o art. 2º, parágrafo 5º, da Lei nº 6.766/79, medidas como esta se inserem na temática de regularização de loteamento urbano.

Nos termos do art. 5º, I.21, da Resolução nº 623/2013, desta E. Corte de Justiça, são de competência da Subseção I de Direito Privado, *in verbis*: ***"Ações relativas a loteamentos e a localização de lotes"***.

A respeito da questão, há precedentes deste Colendo Órgão Especial: ***"CONFLITO DE COMPETÊNCIA. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. REGULARIZAÇÃO DE LOTEAMENTO URBANO. Pretendida regularização de loteamento para***

realização de obras de infraestrutura, com observância da Lei 6766/79. Questões urbanísticas, relacionadas a loteamento que desautorizam o deslocamento da competência para as Câmaras de Reserva do Meio Ambiente. Conflito improcedente. CONFLITO DE COMPETÊNCIA. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. REGULARIZAÇÃO DE LOTEAMENTO URBANO. Questão afeta à competência da Seção de Direito Privado desta Corte, ao teor da disciplina da Resolução nº 623/13, artigo 5º, inciso I.21. Irrelevância da participação, no polo passivo da causa, da Municipalidade, indicada apenas como órgão responsável para fiscalizar e controlar o loteamento. Autor que pretende a regularização de loteamento para realização 'de todas as obras de infraestrutura, ainda não executadas e apuradas em laudo pericial e de vistoria a ser realizada (rede de água, esgotos, luz elétrica, guias e sarjetas, escoamento de água pluvial, pavimentação e outras'. Ausência de discussão sobre ato administrativo a deslocar a competência para a Câmara de Direito Público. Conflito improcedente, competente a Colenda 5ª Câmara de Direito Privado da Corte." (TJSP, Órgão Especial, CC nº 0029291-60.2014.8.26.0000, Rel. Des. Xavier de Aquino j. 30/07/2014 – grifo nosso).

E mais: ***"Conflito de competência. Ação civil pública. Regularização de loteamento urbano. Obras de infraestrutura básica. É da Primeira Subseção de Direito Privado a competência para processar e julgar recurso apresentado em ação civil pública que tem por escopo a regularização de loteamento urbano, consistente em dever legal de implementação, por particulares, de obras de infraestrutura básica, sendo irrelevante, para o fim de deslocamento da competência para a Seção de Direito Público, a participação, no polo passivo, do Ente Municipal, que foi indicado apenas como órgão responsável pelo controle e pela fiscalização do loteamento. Reconhecida a competência da Terceira Câmara de Direito Privado para processar e julgar o recurso. Inteligência do artigo 5º, inciso I.21, da Resolução n. 623/2013. Conflito de competência procedente."*** (TJSP, Órgão Especial, CC nº 0027295-27.2014.8.26.0000, Rel. Des. Itamar Gaino, j. 25/06/2014 – grifo nosso).

Ante o exposto, julga-se procedente o conflito para estabelecer a competência da **Colenda 9ª Câmara de Direito Privado** para o julgamento do recurso interposto, nos termos do artigo 5º, I.21, da Resolução nº 623/2013, remetendo-se os autos, oportunamente, à suscitada.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência nº 0077857-06.2015.8.26.0000, da Comarca de Campinas, em que é suscitante 1ª

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. FARÁ DECLARAÇÃO DE VOTO O EXMO. SR. DES. BORELLI THOMAZ. IMPEDIDO O EXMO. SR. DES. FERREIRA RODRIGUES.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 22.572)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores PAULO DIMAS MASCARETTI (Presidente sem voto), SALLES ROSSI, PÉRICLES PIZA, MÁRCIO BARTOLI, JOÃO CARLOS SALETTI, FRANCISCO CASCONI, RENATO SARTORELLI, CARLOS BUENO, ARANTES THEODORO, LUIZ ANTONIO DE GODOY e NEVES AMORIM julgando o conflito procedente e competente a 4ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo; e ADEMIR BENEDITO, PEREIRA CALÇAS, XAVIER DE AQUINO, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, MOACIR PERES, EVARISTO DOS SANTOS, FERRAZ DE ARRUDA, TRISTÃO RIBEIRO, BORELLI THOMAZ (com declaração) e JOÃO NEGRINI FILHO julgando o conflito procedente e competente a 1ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

São Paulo, 2 de março de 2016.

SÉRGIO RUI, Relator

Ementa: Conflito de competência. Reparação civil. Ação que versa sobre reparação por danos morais decorrentes de erro médico praticado por equipe integrante do quadro hospitalar do Centro de Atenção Integral à Saúde da Mulher – CAISM da Universidade Estadual de Campinas. Competência que se inscreve no âmbito de atribuição das 1ª à 13ª Câmaras de Direito Público com apoio no item I.7 do artigo 3º da Resolução nº 623/2013. Conflito procedente. Competência da 4ª Câmara de Direito Público da Corte.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de conflito de competência suscitado pela 1ª Câmara de Direito Privado em razão de a 4ª Câmara de Direito Público considerar-se incompetente

para conhecer e julgar recurso de apelação interposto contra a r. sentença de fls. 178 e verso, proferida pelo douto magistrado da 1ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Campinas, em ação de indenização manejada por Janete Serrão Rodrigues em face da Universidade Estadual de Campinas, em razão de suposto erro médico.

Distribuído o recurso à C. 4ª Câmara de Direito Público – suscitada – alegou-se que: "o artigo 5º, da Resolução nº 623/2013 determina em seu inciso I, que é competência da Primeira Subseção (1ª a 10ª Câmaras) o julgamento das 'ações e execuções relativas à responsabilidade civil do artigo 951 do Código Civil' (I.24)."

Redistribuído o recurso à 1ª Câmara de Direito Privado – suscitante – ponderou-se que a matéria controvertida diz respeito "à reparação por danos morais decorrentes de falha na prestação de serviço médico pelo Centro de Atenção Integral à Saúde da Mulher – CAISM da Universidade de Campinas – Unicamp, autarquia estadual de regime especial, pessoa jurídica de direito público (fls.42). Tratando-se, portanto, de ação que tem por fundamento a responsabilidade civil do Estado".

Apontou-se, ainda, a competência **residual** da Colenda Seção de Direito Público "... e do fato de que ações de competência pacífica das Varas da Fazenda Pública, historicamente apreciadas por Colendas Câmaras daquela Seção, seriam a partir de agora, transferidas para julgamento pela Seção de Direito Privado".

E, ainda:

... Não menos importante é a circunstância de que eventual condenação do Estado e suas autarquias gera obrigatoriamente a **expedição de precatórios**, cujas regras de pagamento, sempre com o devido respeito, refogem totalmente da matéria de competência da Seção de Direito Privado. O mesmo se diga a respeito de regras como a **prescrição** no que toca às Fazendas Públicas e a existência de **recurso de ofício** no caso de procedência da demanda, também específicas de direito público... (fls. 225/230).

Destarte, resultando a competência da Seção de Direito Público, a quem fora inicialmente distribuído aquele recurso, nos termos do inciso I.7 do artigo 3º da Resolução nº 623/2013.

A douta Procuradoria Geral de Justiça, opinou pela procedência do conflito, reconhecendo-se a competência da 4ª Câmara de Direito Público para processar e julgar o recurso de apelação.

É o relatório.

O inconformismo da apelante, Janete Serrão, visa a reforma da r. sentença de fls. 178, que julgou extinta a demanda indenizatória, com fundamento no artigo 269, inciso IV, do CPC.

Na hipótese, dessume-se da inicial que a autora pretende a condenação

Acesso ao Sumário

da ré ao pagamento de reparação extrapatrimonial sob alegação de erro médico, praticado pela equipe médica do Centro de Assistência Integral à Saúde da Mulher da UNICAMP. No momento do parto – em 29/11/95 – apresentou sangramento vaginal profuso. Realizado diversos procedimentos médicos, o quadro evoluiu para choque hemorrágico com distensão abdominal e diversas complicações culminando com a retirada do cólon, surgimento de fissura retrovaginal e incapacidade de atividade laborativa.

Com efeito, a Universidade de Campinas – Unicamp é autarquia estadual de regime especial, ou seja, pessoa jurídica de direito público. E, no caso em tela, discute-se a reparação dos danos decorrentes da falha na prestação de seus serviços, assim, responsabilidade civil do Estado.

Anota-se que, nos termos do artigo 103 do Regimento Interno deste E. Tribunal de Justiça, "a competência dos diversos órgãos do Tribunal firma-se pelos termos do pedido inicial, ainda que haja reconvenção ou ação contrária ou o réu tenha arguido fatos ou circunstâncias que possam modificá-la".

Outrossim, a Resolução nº 623/2013, no inciso I.17 de seu artigo 3º, conferiu às 1ª a 13ª Câmaras da Seção de Direito Público a competência para o exame das "ações de responsabilidade civil do Estado...".

Por conseguinte, a decisão de conflito envolvendo questão dessa natureza deve se orientar pela regra da Resolução nº 623/2013 – item I.17 do artigo 3º – com redação alterada pela Resolução nº 648/2014 –, culminando com a competência da 4ª Câmara de Direito Público o julgamento do recurso afeto à ação **sub judice**.

Nesse sentido:

"Conflito de competência entre a 8ª Câmara de Direito Público e a 8ª Câmara de Direito Privado. Ação visando ao ressarcimento de danos ocorridos nas dependências da Universidade Estadual de Campinas. Matéria concernente à responsabilidade civil de Autarquia Estadual. Competência da Seção de Direito Público. Art. 2º, II, 'a', da Resolução nº 194/2004 c.c. Provimento nº 63/2004. Conflito dirimido e julgado procedente, para fixar a competência da Câmara Suscitada a 8ª Câmara de Direito Público." (Conflito de Competência nº 0236377-69.2012.8.26.0000, Relator Desembargador: GRAVA BRAZIL, julgado em 12 de dezembro de 2012).

"INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. Erro Médico. Apelada que é a Unicamp, autarquia estadual. Matéria cuja competência é uma das Câmaras da Seção de Direito Público. Precedentes jurisprudenciais desta Corte. Recurso não conhecido." (7ª Câmara de Direito Privado. Ap. nº 0015541-91.2001.8.26.0114, Relator Desembargador Walter Barone, 28.11.2012).

"COMPETÊNCIA RECURSAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. DEMANDA AJUIZADA EM FACE DA UNIVERSIDADE ESTATUAL DE CAMPINAS – UNICAMP (AUTARQUIA ESTADUAL). Ação de responsabilidade civil. Indenização decorrente de tratamento e procedimento cirúrgico realizados

Acesso ao Sumário

em hospital universitário da UNICAMP (Autarquia Estadual). Competência afeta à Seção de Direito Público. Precedentes desta Corte. AGRAVO DE INSTRUMENTO NÃO CONHECIDO, DETERMINADA A REDISTRIBUIÇÃO." (TJ/SP 3ª Câmara de Direito Privado AI nº 2038378-40.2013.8.26.0000 Relator Des. DONEGÁ MORANDINI, com a participação dos Des. BERETTA DA SILVEIRA e EGIDIO GIACOIA. Data do julgamento: 12/11/2013).

Por tais razões, julga-se procedente o conflito, declarando-se competente para conhecer e julgar o recurso de apelação interposto a Colenda 4ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

DECLARAÇÃO DE VOTO VENCIDO

(Voto nº 23.509)

Relatório nos autos.

Ação de indenização em que, a fls. 4, item 12 da petição inicial vem a síntese de atribuição, pela autora, de culpa à ré: (...) *cumpre salientar que até a presente data, a Autora sofre problemas sérios de saúde em razão das intervenções cirúrgicas realizadas pelos profissionais médicos do CAISM, que, **por imperícia**, a deixaram com sequelas permanentes das quais ainda hoje poderá levá-la a óbito* (grifo e negrito meus).

Código Civil, **Art. 951**: O disposto nos artigos 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 (grifo e negrito meus).

Regimento Interno do E. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo acerca de competência, *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*** (grifo e negrito meus).

Enquanto o dispositivo acima é **específico e especial**, refiro o dispositivo **genérico**[1] do art. 3º I.7 da Resolução 623/13, com a redação dada pela Resolução 648/2014, acerca de competência da Seção de Direito Público em *Ações de responsabilidade civil do Estado, inclusive as decorrentes de ilícitos extracontratuais de concessionárias e permissionárias de serviço público, que digam respeito à prestação de serviço público, ressalvado o disposto no item III.15 do art. 5º desta Resolução*[2].

1 ***Lex specialis derogat generali.***

2 **Ações de reparação de dano causado em acidente de veículo, ainda que envolvam a responsabilidade civil do Estado, concessionárias e permissionárias de serviços de transporte, bem como as que digam respeito ao respectivo seguro, obrigatório ou facultativo, além da que cuida o parágrafo primeiro.**

Tratando-se, como se trata, de demanda que versa questão atinente a responsabilidade civil extracontratual com regramento legal e jurídico no Art. 951 do Código Civil, concluo, à vista dos dispositivos regimentais acima ser competente a C. Câmara suscitante, a C. 1ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo.

Procedente o conflito, com a devida vênia, pelo meu voto fixo a competência na C. 1ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

BORELLI THOMAZ, Desembargador

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência nº 0075220-82.2015.8.26.0000, da Comarca de Campinas, em que é suscitante 1ª CÂMARA RESERVADA AO MEIO AMBIENTE DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO, é suscitada 1ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "JULGARAM O CONFLITO PROCEDENTE E COMPETENTE A 1ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. V.U. IMPEDIDO O EXMO. SR. DES. LUIZ ANTONIO DE GODOY.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 30.417)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PAULO DIMAS MASCARETTI (Presidente sem voto), 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, NEVES AMORIM, BORELLI THOMAZ, JOÃO NEGRINI FILHO, SÉRGIO RUI, SALLES ROSSI, ADEMIR BENEDITO, PEREIRA CALÇAS, XAVIER DE AQUINO, ANTONIO CARLOS MALHEIROS e MOACIR PERES.

São Paulo, 17 de fevereiro de 2016.

FERREIRA RODRIGUES, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: CONFLITO DE COMPETÊNCIA. Ação de indenização por danos morais e materiais decorrentes de contaminação do solo na área de residência do

autor. Defesa de interesse meramente individual. Questão ambiental invocada apenas de forma reflexa. Inexistência de interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos diretamente ligados ao meio ambiente.

Resolução nº 681/2015, ademais, que alterou a competência das Câmaras Reservadas ao Meio Ambiente, mediante a supressão do texto referente a "ações de indenização por danos pessoais, propostas individualmente, na forma dos arts. 81 e 104 do Código de Defesa do Consumidor" que constava do inciso II, do artigo 4º, da Resolução nº 623/2013, de forma que a controvérsia, desde então, restou definitivamente solucionada. Precedentes deste C. Órgão Especial.

Conflito procedente. Competência da 1ª Câmara de Direito Privado.

VOTO

Trata-se de conflito de competência suscitado pela 1ª Câmara Reservada ao Meio Ambiente, em razão de a 1ª Câmara de Direito Privado ter-se dado por incompetente para conhecer da Apelação Cível nº (...), interposto nos autos da ação ordinária nº (...), da Primeira Vara Judicial do Foro Distrital de Paulínia, que versa sobre indenização por danos morais e materiais decorrentes de contaminação do solo na região da residência do autor.

A 1ª Câmara de Direito Privado (suscitada) sustenta que em se tratando *de matéria referente à contaminação do solo e do lençol freático, "não há dúvida de que se está diante de matéria essencialmente afeta ao Direito Ambiental, de sorte que, nos termos da Resolução nº 510/2010, do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, em vigor na data da distribuição da presente demanda, e do art. 4º, I e II, da Resolução 623/2013, do Órgão Especial desta Corte, é competente para o julgamento do presente recurso uma das Câmaras Reservadas ao Meio Ambiente"* (fl. 1.522).

A 1ª Câmara Reservada ao Meio Ambiente (suscitante), por sua vez, sustenta que *"a lide discute a possibilidade de indenização, sem entrar no mérito da legislação ambiental"* (fl. 1.532), daí porque defende o posicionamento de que o conhecimento do recurso compete à Câmara suscitada.

A douta Procuradoria de Justiça, com as considerações de fls. 1.543/1.548, opinou pela procedência do conflito, reconhecendo-se a competência da 1ª Câmara de Direito Privado para processar e julgar o recurso.

É o relatório.

Acesso ao Sumário

Nos termos do art. 103 do Regimento Interno deste E. Tribunal de Justiça, *"a competência dos diversos órgãos do Tribunal firma-se pelos termos do pedido inicial, ainda que haja reconvenção ou ação contrária ou o réu tenha arguido fatos ou circunstâncias que possam modificá-la"*.

No caso destes autos, a ação versa sobre danos que o estabelecimento da ré (...) teria causado aos autores em razão de vazamento de metais pesados e outros poluentes para o subsolo.

Embora o autor mencione 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 (...).

Não se trata, portanto, de ação que envolva discussão sobre interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos diretamente ligados ao meio ambiente. A questão ambiental foi invocada apenas de forma reflexa, o que afasta a hipótese de enquadramento na competência definida pelo art. 4º da Resolução TJSP nº 623/2013.

Nesse sentido tem decidido este C. Órgão Especial em casos semelhantes:

"Conflito de competência. Agravo de instrumento. Ação de nunciação de obra nova. A questão ambiental foi tratada somente de forma reflexa. A lide instalada não envolve direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos diretamente relacionados ao meio ambiente, mas sim direito de vizinhança. Conflito julgado procedente para estabelecer a competência da C. 35ª Câmara de Direito Privado" (Conflito de Competência nº 0269183-60.2012.8.26.0000, Rel. Des. Guerrieri Rezende, j. 06/03/2013).

CONFLITO DE COMPETÊNCIA – Recurso de apelação interposto em ação condenatória proposta contra concessionária de serviço público de fornecimento de energia elétrica em razão de exigência de apresentação de prova de regularidade do imóvel como condição à implantação da rede – Competência para exame e julgamento do recurso que se firma segundo o pedido inicial, consoante o disposto no artigo 100 do RITJSP – Demanda que versa questão essencialmente obrigacional, excluindo do âmbito da lide matéria relativa ao direito ambiental, suscitada na lide de forma meramente reflexa – Pretensão, portanto, que deve ser examinada tão somente à luz do vínculo contratual, existente ou não entre autor e ré, arredando a competência da Câmara Reservada ao Meio Ambiente – Inteligência do artigo 1º, caput, da Resolução nº 512/2010 desta Corte – Atribuição que, nesse passo, insere-se dentre aquelas conferidas às 11ª a 36ª Câmaras de Direito Privado deste Tribunal de Justiça de São Paulo, na forma do que dispõe o artigo 2º, inciso III, alínea "c", da Resolução nº 194/2004, preceito que foi integralmente mantido na Instrução de

Acesso ao Sumário

Trabalho SEJ0001, anexa ao Provimento nº 71/2007 deste Tribunal. – Conflito conhecido e provido para fixar a competência da suscitada 11ª Câmara de Direito Privado para processar e julgar o presente recurso. (Conflito de Competência nº 0258848-79.2012.8.26.0000, Rel. Des. Paulo Dimas, j. 27/03/2013).

Aliás, diante dos diversos conflitos estabelecidos em questões dessa natureza, este C. Órgão Especial, acolhendo proposta do Desembargador Grava Brazil, editou a Resolução 681/2015, alterando a competência das Câmaras Reservadas ao Meio Ambiente, mediante a supressão do texto referente a *"ações de indenização por danos pessoais, propostas individualmente, na forma dos arts. 81 e 104 do Código de Defesa do Consumidor"* que constava do inciso II, do artigo 4º, da Resolução nº 623/2013, de forma que a controvérsia, desde então, restou definitivamente solucionada.

Pelo exposto e em suma, julga-se procedente este conflito, declarando-se competente a Primeira Câmara de Direito Privado para conhecer e julgar a Apelação nº (...) ou apreciar o acordo de fls. 1.550/1.554.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência nº 0011333-90.2016.8.26.0000, da Comarca de Guarujá, em que é suscitante 1ª CÂMARA RESERVADA AO MEIO AMBIENTE DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO, é suscitada 2ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "JULGARAM O CONFLITO PROCEDENTE E COMPETENTE A 2ª CÂMARA 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 34.022)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PAULO DIMAS MASCARETTI (Presidente sem voto), MÁRCIO BARTOLI, JOÃO CARLOS SALETTI, FRANCISCO CASCONI, CARLOS BUENO, FERRAZ DE ARRUDA, ARANTES THEODORO, TRISTÃO RIBEIRO, NEVES AMORIM, BORELLI THOMAZ, JOÃO NEGRINI FILHO, SÉRGIO RUI, SALLES ROSSI, RICARDO ANAFE, ALVARO PASSOS, AMORIM CANTUÁRIA, SILVEIRA PAULILO, FRANÇA CARVALHO, ADEMIR BENEDITO, PEREIRA CALÇAS, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, MOACIR PERES e FERREIRA RODRIGUES.

São Paulo, 16 de março de 2016.

Acesso ao Sumário

EVARISTO DOS SANTOS, Relator

Ementa: CONFLITO DE COMPETÊNCIA

Ação de reparação por danos materiais e morais do autor, pescador artesanal, atividade afetada por explosão de reservatório de combustível na sede industrial das recorridas, em Alemoa, Município de Santos.

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 2ª 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. 2ª Câmara de Direito Privado deste Tribunal de Justiça** nos autos de **ação ordinária** de Adilson Rodrigues dos Santos contra Ultracargo, Terminal Químico de Aratu S.A. – Tequimar e Ultrapar Participações S.A. (fls. 19/39), pretendendo indenização por danos material e moral, com pedido de antecipação dos efeitos da tutela, tendo em vista a impossibilidade de exercer sua atividade pesqueira artesanal após incêndio em tanques de combustível de responsabilidade das rés.

A **Eg. 2ª 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. 711/713).

Redistribuídos (fls. 722), a **1ª Câmara Reservada ao Meio Ambiente** declarou-se incompetente e suscitou dúvida de competência (fls. 726/734).

Acesso ao Sumário

É o relatório.

2. Entendo procedente o conflito e competente a Eg. 2ª Câmara de Direito Privado, a Suscitada.

Trata-se de **agravo de instrumento** (fls. 01/14) de despacho (fls. 701) indeferindo pleito de concessão de justiça gratuita e de antecipação de tutela, consistente no pagamento imediato de R$ 30.000,00 e de quantia mensal para prover a subsistência do agravante enquanto perdurar a demanda.

Ressalte-se, inicialmente, que a competência se firma ***ratione materiae*** 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. 103** 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 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 0.003.407-74.2011.8.26.0601 – v.u. j. de 26.06.13 – Rel. Des. **RICARDO ANAFE**).

Acesso ao Sumário

Em sua exordial, o **autor** aduz ser vítima de **danos** causados por conduta das **empresas rés**:

"É certo que o acidente ambiental provocou a mortandade de pescado. (...) Tão logo iniciado o incêndio, o(a) Requerente teve suspensa a produção de pescado em virtude dos consectários ambientais até aqui abordados exaustivamente, como também: (i) pela imagem do pescado frente ao mercado consumidor; (ii) pelas declarações do poder público quanto a não ser consumido o pescado da região; (iii) pelo perigo presente do pescado que fosse apresado vivo se encontrasse poluído causando danos a sua saúde, da sua família e de terceiros; (iv) pelo pedido da Federação dos Pescadores do Estado de São Paulo para que a pesca fosse suspensa em toda a região; perdurando esta situação famélica, desumana e vexatória ao longo dos 6 meses subsequentes totalizando, desse modo, um dano no valor de R$ 14.184,00 (quatorze mil, cento e oitenta e quatro reais)..."

"O(A) Requerente sofreu e sofre dano moral que, pela dimensão dos fatos, resta caracterizado in re ipsa". (fls. 26/30)

Formularam-se **pedidos** nestes termos:

"Diante do exposto pede o(a) Requerente a esse Excelentíssimo Juízo de Direito que seja recebida a presente AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS MATERIAIS C/C COMPENSAÇÃO POR DANOS MORAIS, ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA E EXIBIÇÃO DE DOCUMENTOS e após trâmite legal, seja julgada totalmente procedente, condenando as Requeridas solidariamente ao pagamento:"

"A) dos danos materiais sofridos pelo(a) Requerente no valor de R$ 61.464,00 (sessenta e um mil, quatrocentos e sessenta e quatro reais);"

"B) de quantia a ser arbitrada por Vossa Excelência, digna a compensar o dano moral havido pelo(a) Requerente e bastante a admoestar as Requeridas, nesta vestibular estimados (sic) *em R$ 60.000,00 (sessenta mil reais);."*

(...)

"K) com base nos arts. 355 e seguintes do CPC e com o fito da aplicação dos arts. 125 e seguintes (denunciação à lide) do Código de Processo Civil, que Vossa Excelência determine liminarmente que as Requeridas apresentem em Juízo apólice de seguro acompanhada de condições gerais que acoberta danos a terceiros em função do sinistro arbitrando astreinte diária a ser imposta às Requeridas em caso de descumprimento da medida até final julgamento do mérito da presente demanda;" (grifei – fls. 37/38).

Acesso ao Sumário

Notório tratar-se de caso de **responsabilidade civil extracontratual**, envolvendo tão somente particulares. Busca-se tutelar **direito privado individual** do autor.

Pedido formulado é restrito à reparação de danos material e moral. Eventual descumprimento da **legislação ambiental** – consistente na contaminação das águas marítimas, no Município de Santos, em razão do alegado vazamento nos tanques reservatórios de combustível de propriedade das rés – revela-se **questão secundária, incidental e mediata** ao deslinde da controvérsia.

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 impossibilidade de manter atividade econômica e à saúde psíquica** do autor. 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** das empresas rés e os alegados **danos individuais** sofridos pelo **autor**.

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:

Acesso ao Sumário

"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. 730)

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 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

Acesso ao Sumário

pela 1ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça, em face da rejeição de competência manifestada pela 1ª Câmara Reservada ao Meio Ambiente."

"1. ***Questão ambiental que, a despeito de retratar comportamento potencialmente lesivo ao meio ambiente, foi invocada apenas de forma reflexa, não envolvendo interesses difusos****; o objeto da causa de pedir tem por móvel a indenização por ofensa ao patrimônio material e moral dos autores da ação, inserindo-se no rol do artigo 5º, da Resolução nº 623/2013, especificamente item I.29: responsabilidade civil extracontratual."*

"2. Conheceram do conflito, julgando-o procedente e reconhecendo a competência da câmara suscitante para apreciar e julgar o recurso."

(...)

*"****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**).

De igual forma:

"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**).

Finalmente:

"Trata-se de conflito de competência suscitado pela 1ª Câmara Reservada ao Meio Ambiente em razão de a 1ª Câmara de Direito Privado ter-se dado por incompetente para conhecer da Apelação Cível nº 0012941-09.2008.8.26.0161, interposto nos autos da ação de indenização nº 1.029/2008, da Segunda Vara Cível da Comarca de Diadema, que versa sobre danos que o Posto de combustível do estabelecimento Carrefour teria causado aos autores em razão de vazamento de gasolina para o subsolo."

(...)

"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 623/2913."*

"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. **LUÍS 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.

Acesso ao Sumário

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 0.076.098-07.2015.8.26.0000 – v.u. j. de 16.12.15 – Rel. Des. **LUIZ ANTONIO DE GODOY**; CC nº 0.046.027-22.2015.8.26.0000 – v.u. j. de 12.08.15 e CC nº 0.076.104-14.2015.8.26.0000 – v.u. j. de 09.12.15 – de que fui Relator).

Daí firmar a competência da **Eg. 2ª Câmara de Direito Privado** para apreciar e julgar o presente recurso.

3. Julgo procedente o conflito e competente a suscitada Eg. 2ª Câmara de Direito Privado.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência nº 0082394-45.2015.8.26.0000, da Comarca de Santos, em que é suscitante a Câmara Especial, é suscitada a 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. IMPEDIDOS OS EXMOS. SRS. DES. ADEMIR BENEDITO, EVARISTO DOS SANTOS E RICARDO ANAFE.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 43.585OE)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PAULO DIMAS MASCARETTI (Presidente sem voto), FERRAZ DE ARRUDA, ARANTES THEODORO, TRISTÃO RIBEIRO, NEVES AMORIM, BORELLI THOMAZ, JOÃO NEGRINI FILHO, SÉRGIO RUI, SALLES ROSSI, ALVARO PASSOS, AMORIM CANTUÁRIA, SILVEIRA PAULILO, FRANÇA CARVALHO, PEREIRA CALÇAS, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, MOACIR PERES, FERREIRA RODRIGUES, MÁRCIO BARTOLI, JOÃO CARLOS SALETTI e FRANCISCO CASCONI.

São Paulo, 16 de março de 2016.

CARLOS BUENO, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: "CONFLITO DE COMPETÊNCIA – Agravo de Instrumento – Obrigação de fazer – Direito social – Benefício social – Pedido inicial fundado em normas de assistência social que regem os programas de locação social e o de obtenção de moradia própria a pessoas de baixa renda – Competência – Autora menor de idade – Irrelevância para fins de fixação de competência – Qualquer integrante da família poderia reclamar o direito a uma moradia adequada e não apenas a criança e o adolescente – Inexistência de discussão ligada diretamente à infância e juventude – Reconhecimento da competência da Seção de Direito Público para julgamento da causa presente – Conflito conhecido e provido para determinar o retorno dos autos à C. 6ª Câmara de Direito Público."

VOTO

A C. Câmara Especial suscitou conflito de competência nos autos do Agravo de Instrumento nº (...), da comarca de Santos, sendo suscitada a C. 6ª Câmara de Direito Público.

O agravo foi distribuído à 6ª Câmara de Direito Público que não conheceu do recurso e determinou sua distribuição à Câmara Especial, fls. 217/221. Redistribuídos os autos, a Câmara Especial entendeu ser a competência para julgar o caso afeta à Seção de Direito Público, suscitando o presente conflito, fls. 230/236.

A Procuradoria Geral de Justiça apresenta parecer no qual entende ser a 6ª Câmara da Seção de Direito Público competente para julgar o recurso de agravo de instrumento, fls. 244/249.

É o relatório.

Trata-se de conflito negativo de competência suscitado pela Câmara Especial, tendo como suscitada a 6ª Câmara de Direito Público. Argumenta a suscitante que a pretensão deduzida no caso sub judice diz respeito a ação objetivando moradia familiar, em benefício de toda a família e não apenas da filha menor, autora da ação, pertencendo, nesse passo, aos pais da menor a legitimidade para se pleitear o auxílio-moradia, art. 229 da CF/88, o que afastaria a competência da Câmara Especial. Ressalva que a Vara da Infância e da Juventude acolheu preliminar de incompetência do juízo e determinou a remessa dos autos para a Vara da Fazenda Pública, perante a qual tramitou o feito. De outro lado, a suscitada aduz que a ação tem como fundamento dispositivos do

Estatuto da Criança e do Adolescente, bem como da Lei Orgânica de Assistência Social, em especial aqueles relativos ao atendimento prioritário às crianças, tema estranho à Seção de Direito Público.

H.M.G.S., menor representada por sua mãe, ajuizou ação de obrigação de fazer contra a Fazenda Pública do Estado de São Paulo, a Municipalidade de Santos e Cohab Santista, postulando a concessão do auxílio-aluguel, em sede de antecipação de tutela, e a disponibilização de residência adequada para garantir seu direito de convivência familiar. Argumenta que ela e sua família foram desalojadas da antiga moradia, por se localizar em área de risco. O pedido inicial foi julgado procedente e condenou solidariamente a Fazenda Estadual e a Municipalidade de Santos ao pagamento da quantia de R$ 400,00 à autora, a título de auxílio-moradia, até que a família seja contemplada com uma unidade habitacional, cabendo à Cohab Santista a inclusão da autora ou de seus genitores nos programas de habitação por ela promovido. Contra a decisão dirigida aos réus para que demonstrem se estão cumprindo a obrigação de depositar o valor de R$ 400,00 imposta em sede de antecipação de tutela, a Fazenda do Estado de São Paulo propôs agravo de instrumento, distribuído inicialmente à 6ª Câmara de Direito Público, originando o presente conflito de competência.

De início, pertinente anotar que a competência do órgão jurisdicional em segundo grau é determinada pelos elementos que compõe o pedido inicial, nos termos do art. 103 do RITJSP: "a competência dos diversos órgãos do Tribunal firma-se pelos termos do pedido inicial, ainda que haja reconvenção ou ação contrária ou o réu tenha arguido fatos ou circunstância que possam modificá-lo". E ainda, segundo o art. 104, do mesmo estatuto, "a competência em razão da matéria, do objeto ou do título jurídico é extensiva a qualquer espécie de processo ou tipo de procedimento".

Por outro lado, dispõe o art. 33, IV do RITJSP competir à Câmara Especial o julgamento "dos processos originários e os recursos em matéria de Infância e Juventude".

No caso em análise, infere-se dos termos constantes da petição inicial que a autora ajuizou ação de obrigação de fazer reclamando a concessão de moradia para garantir seu direito de convivência familiar, com fundamento em normas de assistência social.

Os direitos sociais proclamados no caput do art. 6º da CF/88 devem ser garantidos para proporcionar melhores condições de vida às pessoas hipossuficientes. O direito a uma moradia adequada, norma de natureza programática, pode ser reclamado por todos os integrantes da família e não apenas pela criança e adolescente. Inexiste discussão ligada diretamente à infância e juventude. Essa questão foi tratada somente de forma mediata, em razão de a autora ser menor de idade.

Acesso ao Sumário

O pedido inicial está fundado em normas de direito social – assistência social – que regem os programas de locação social e o de obtenção de moradia própria direcionados às pessoas de baixa renda. A lide não está fundada em interesses individuais, difusos ou coletivos afetos à criança e ao adolescente, art. 148, IV, do ECA, c.c. art. 33 do RITJS, o que afasta a competência da Câmara Especial; as razões da tese da autora tem como base a responsabilidade civil do Estado, sem vínculo com o Estatuto da Criança e do Adolescente, fato que implica no reconhecimento da competência da 6ª Câmara de Direito Público para julgamento da causa presente.

Confirma esse entendimento o reconhecimento da incompetência do juízo pela Vara da Infância e Juventude, onde se distribui inicialmente o feito, fls. 17.

Nesse sentido:

"Conflito de Competência. Demanda que versa sobre questão previdenciária de servidor público. Irrelevância, quanto à competência, do fato de o postulante ser criança ou adolescente. Julgamento que não incumbe à Câmara Especial, mas às Câmaras de Direito Público. Art. 3º da Resolução 623/2013. Conflito acolhido, reconhecida a competência da Câmara suscitada." (Conflito de Competência nº 0072679-13.2014.8.26.0000, relator Desembargador Arantes Theodoro, j. 3-12-2014).

"Conflito de Competência. Câmara Especial. Ação de indenização por danos morais e à honra de menor durante o convívio escolar. Pedido fundado nos arts. 186 e 917 do Código Civil. Questão de natureza eminentemente patrimonial que não se insere no rol taxativo do artigo 148 do ECA, ainda que se vislumbre interesse de menor. Precedentes da Câmara de Direito Público e do Órgão Especial. Conflito conhecido, competente a Colenda Câmara suscitada, 13ª Câmara de Direito Público." (Conflito de Competência nº 0063061-44.2014.8.26.0000, relator Desembargador Xavier de Aquino, j. 8-10-2014).

"Conflito de competência entre a 12ª Câmara de Direito Público e a Câmara Especial – Ação civil pública – Questão afeta, primordialmente, à saúde pública – Interesses de adolescentes que constituem aspecto secundário da demanda – Competência da Seção de Direito Público, nos termos da Resolução n. 194/2004 c.c. Provimento n. 63/2004 – Conflito dirimido e julgado procedente, para fixar a competência da Câmara Suscitada, a 12ª Câmara de Direito Público." (Conflito de Competência nº 0144811-05.2013.8.26.0000, relator Desembargador Grava Brazil, j. 21-8-2013).

Em sendo assim, **julga-se procedente o conflito, determinando-se a redistribuição do feito para a C. 6ª Câmara de Direito Público.**

Acesso ao Sumário

CÂMARA ESPECIAL

Agravos de Instrumento

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2189068-13.2015.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que são agravantes J.P. e I.J.P., é agravado PROMOTOR DE JUSTIÇA DA VARA DA INFÂNCIA E JUVENTUDE DO FORO REGIONAL DE PENHA DE FRANÇA.

ACORDAM, em Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao agravo. Comunique-se com urgência, para efetivação imediata das visitas. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 36.228)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ADEMIR BENEDITO (VICE-PRESIDENTE) (Presidente) e SALLES ABREU (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO CRIMINAL).

São Paulo, 29 de fevereiro de 2016.

RICARDO DIP, Relator e Presidente da Seção de Direito Público

Ementa: MEDIDA DE PROTEÇÃO.

– Recurso interposto contra suspensão de visitas a menor que permaneceu quase dois anos sob os cuidados dos ora agravantes.

– Rompimento prematuro de vínculos, ausente ajuizamento de destituição do poder familiar.

– Visitas institucionais monitoradas que, com o devido resguardo, parecem moldar-se com a prioritária proteção integral à criança.

Provimento do agravo.

VOTO

RELATÓRIO:

1. Trata-se de recurso de agravo de instrumento interposto por J.P. e I.J.P. contra r. decisão do MM. Juiz da Vara da Infância e Juventude do Foro Regional de Penha de França (fl. 142), que, em ação de acolhimento institucional,

determinou a suspensão das visitas ao menor F.F.S.

2. Alegam os agravantes, *ad summam*, que é prematura a determinação, violando-se o melhor interesse da criança, com ensejo de rompimento dos vínculos afetivos existentes. Informam que o menor F.F.S. lhes foi entregue pela mãe biológica com um mês de vida e esteve sob seus cuidados e afetos por quase dois anos, plenamente adaptado, pois, ao ambiente familiar em que convive. Entendem que o acolhimento é medida excepcional e pugnam pela preservação das visitas, com ulterior pedido para retomar a guarda do infante.

Indeferiu-se o efeito suspensivo (fls. 151-2) e, com as informações da origem (fls. 159-60) e contraminuta (fls. 164-7), a digna Procuradoria Geral de Justiça sugeriu o não provimento do agravo (fls. 169-72).

É o relatório.

VOTO:

3. Os fatos sob exame desvelam que a criança F.F.S., pouco depois de seu nascimento (com um mês de vida extrauterina), foi entregue pela mãe biológica, por precariedade de condição financeira, aos cuidados dos ora agravantes.

O menino assim permaneceu por quase dois anos, havendo acolhimento judicial em razão da idade dos ora recorrentes e não por maus tratos ou falta de zelo nos cuidados do infante.

Há notícia de acolhimento institucional de outros filhos mais velhos da mãe biológica de F.F.S., bem como de novo seu estado de gestação (fls. 94-100).

Os instrumentos psicossociais elaborados no curso do processo apontaram a necessidade de acolhimento da criança, e sua motivação cinge-se ao tema da idade dos aqui agravantes, sem nenhuma notícia de falta de zelo nos cuidados com a criança (cf. fl. 139).

O **princípio da afetividade** é fundamento do respeito à dignidade humana, que norteia as relações familiares e a solidariedade familiar. São indicados na Constituição federal quatro pontos essenciais deste princípio: (*a*) a igualdade de todos os filhos, independentemente da origem; (*b*) a adoção, como escolha afetiva com igualdade de direitos; (*c*) a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes, com proteção inclusiva e dignidade da família; e (*d*) direito à convivência familiar como prioridade absoluta da criança e do adolescente.

Acesso ao Sumário

O caráter social dado para a afetividade deve considerar o aspecto afetivo em posição central, tanto no ponto de vista da construção psicológica da pessoa, quanto no do conhecimento (cf. WALLON, Henri. *Psicologia e educação na infância*. Lisboa: Estampa, 1975).

Na infância são estabelecidos os primeiros níveis da formação da personalidade das pessoas. Nos primeiros anos, a criança aprende valores, normas de conduta e desenvolve capacidades, num processo de tradição apto a

moldar-lhe o caráter.

Interditar a possibilidade de expressão do afeto dos requerentes, num momento crucial de formação da personalidade da criança, a pretexto de viabilizar ulterior colocação em família substituta, não parece responder à prudência. Com efeito, nenhuma ruptura de regular vínculo afetivo parece ser trilha adequada para a formação da personalidade.

A suspensão do direito de visitas pode acarretar prejuízo irreparável ou de difícil reparação, considerando não esgotadas as perspectivas de reintegração da criança à família dos ora agravantes.

O acolhimento institucional é medida provisória e exceptiva, e os elementos de convicção coligidos nos autos recomendam a realização das discutidas visitas. A convivência do menor com os aqui recorrentes sempre foi tranquila, descrevendo-se uma aproximação afetiva, em seus dois primeiros anos de vida, período, como cediço, de grande importância na formação psicológica da criança. Os recorrentes fazem e fizeram parte da história de vida do menor, e este liame de afeto, assim se extrai da leitura prudente e das indicações psicológicas dos autos, não pode ser considerado prejudicial ao menino.

POSTO ISSO, pelo meu voto, dou provimento ao agravo.

Comunique-se com urgência, para efetivação imediata das visitas, com monitoramento.

Apelações

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0008362-76.2015.8.26.0224, da Comarca de Guarulhos, em que é apelante G.R.S.S. (MENOR), é apelado PROMOTOR DE JUSTIÇA DA VARA DA INFÂNCIA E JUVENTUDE DE GUARULHOS.

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 34832)**

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, 29 de fevereiro de 2016.

Acesso ao Sumário

LUIZ ANTONIO DE GODOY, Relator e Presidente da Seção de Direito Privado

Ementa: Infância e Juventude. Ato infracional equiparado a tráfico ilícito de entorpecentes. Artigo 33, *caput*, da Lei nº 11.343/06. Medida socioeducativa de internação bem aplicada. Infração que, em regra, não admite a imposição da medida extrema, por não conter violência ou grave ameaça a pessoa. Presentes, porém, circunstâncias excepcionais referentes às condições pessoais do adolescente que revelam a ineficácia de medida menos severa e a necessidade de rigoroso acompanhamento integral para a sua ressocialização. Recurso improvido.

VOTO

Trata-se de apelação interposta contra a sentença que julgou procedente representação oferecida pelo Ministério Público, em virtude da prática de ato infracional equiparado a tráfico de entorpecentes (art. 33, *caput*, da Lei nº 11.343/06). A sentença aplicou ao adolescente a medida socioeducativa de internação.

Inconformado, ele recorre. Sustenta, em síntese, a impossibilidade de aplicação da medida excepcional de internação, diante da ausência de violência ou ameaça a pessoa e de sua confissão. Assim, pede a substituição da internação por medida socioeducativa mais branda como a liberdade assistida.

O recurso é recebido apenas no efeito devolutivo e devidamente respondido.

A D. Procuradoria Geral de Justiça opina pela negativa de provimento ao recurso (fls. 162/167).

É o relatório.

O recurso não comporta provimento.

A autoria e a materialidade do ato infracional equiparado a tráfico de entorpecentes não são impugnadas pela defesa.

O recorrente insurge-se, tão-somente, contra a medida socioeducativa que lhe foi aplicada, por não ser reincidente e por ter confessado ter agido como "olheiro".

Todavia, no caso concreto, essa é a medida mais adequada ao recorrente.

É certo que, em regra, a prática de ato infracional equiparado ao tráfico de entorpecentes não permite a aplicação da medida socioeducativa de internação,

Acesso ao Sumário

porquanto despido de violência ou grave ameaça (artigo 122, inciso I, Estatuto da Criança e do Adolescente).

No entanto, esse dispositivo deve ser interpretado de forma sistemática com o art. 6º do Estatuto da Criança e do Adolescente (*"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"*).

No mesmo sentido, o art. 112, § 1º, do Estatuto da Criança e do Adolescente dispõe que a aplicação de medida socioeducativa ao adolescente infrator deve levar em conta sua capacidade de cumpri-la, as circunstâncias e a gravidade da infração, diretrizes que devem guardar perfeita consonância com a finalidade reeducadora da medida.

Em outras palavras, o adolescente deve responder por seus atos na medida de sua culpabilidade e, ainda, considerando suas condições pessoais (se estuda, se trabalha, se já respondeu a procedimentos por outros atos infracionais, se é dependente químico) e familiares (se a família é estruturada e tem a capacidade de contribuir com o processo de ressocialização), a fim de se aferir a medida socioeducativa que melhor corresponda às suas necessidades.

E, no presente caso, as circunstâncias pessoais do recorrente não lhe são favoráveis.

Com efeito, o relatório polidimensional de fls. 100/103 dá conta de que o adolescente é "infantilizado" e não parece ter crítica nem compreensão sobre a gravidade do ato infracional praticado.

Além disso, ele havia abandonado os estudos no 9º ano do ensino fundamental e trabalhava no comércio da família, numa tentativa de que se afastasse de situações inadequadas, depois da prática de seu primeiro ato infracional (roubo), pelo qual já havia recebido medida socioeducativa de internação.

Mas a tentativa da família não funcionou, indicando a ausência de autoridade dos genitores, como, aliás, foi observado pela assistente social (fl. 85).

Ele voltou a se envolver com más companhias e atuava como "olheiro" para auxiliar traficantes de drogas. Por tal serviço, ele receberia a quantia de R$ 50,00.

Ainda que ele propriamente não estivesse vendendo entorpecentes, sua atuação como "olheiro" facilitou o comércio de drogas e demonstra sua proximidade e envolvimento com criminosos.

Todos esses elementos indicam a ausência de preparo e estrutura do menor para a sua recuperação e o afastamento do ambiente nocivo em que se encontra. Nem mesmo o cumprimento de internação anterior serviu para reeducar o

Acesso ao Sumário

adolescente e afastá-lo da reiteração de atos infracionais, demonstrando que medida socioeducativa mais branda também não cumpriria a sua finalidade.

Ademais, a prática do tráfico ilícito de substâncias entorpecentes é crime de extrema gravidade, sendo equiparado a hediondo e considerado pela Constituição Federal, em seu art. 5º, XLIII, como inafiançável e insuscetível de graça ou anistia. Cabível, portanto, a internação em caso de cometimento de ato infracional equiparado a crime de tráfico de entorpecentes.

Se isso não bastasse, em razão da gravidade do ato infracional e sua repercussão social, a medida socioeducativa imposta ao adolescente revela-se de rigor para garantir a sua segurança pessoal, considerada sua condição peculiar como pessoa em desenvolvimento.

Por fim, não é necessário o cometimento de um número mínimo de infrações para justificar a internação do menor, cabendo ao magistrado analisar cada caso e as condições específicas do adolescente, nos termos da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

> *"A Quinta Turma desta Corte, na esteira da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, firmou o entendimento no sentido de que o Estatuto da Criança e do Adolescente não estipulou um 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), cabendo ao Magistrado analisar as peculiaridades de cada caso e as condições específicas do adolescente a fim de melhor aplicar o direito. 4. No caso, a medida constritiva foi imposta em razão das peculiaridades do caso concreto – reiteração de atos infracionais da mesma natureza, o fato de ser usuário de drogas e não possuir respaldo familiar –, aptas a permitir a aplicação da medida extrema. 5. Habeas corpus não conhecido"* (HC nº 332.440/SP, 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, em 24/11/15).

Desse modo, o recorrente demanda rigoroso acompanhamento integral a fim de orientá-lo, para que possa refletir sobre seus atos, corrigir seus comportamentos e adotar valores socialmente positivos. A segregação, nesse passo, é salutar e necessária para retirá-lo do ambiente nocivo em que está inserido, afastando-o, assim, do convívio marginal, tudo em perfeita consonância com a proteção integral prevista no Estatuto da Criança e do Adolescente.

Acesso ao Sumário

Diante desse quadro, é patente a ineficácia na aplicação de medida socioeducativa mais branda, de maneira que não há outra medida adequada ao menor (artigo 122, § 2º, do Estatuto da Criança e do Adolescente).

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

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0001061-54.2015.8.26.0426, da Comarca de Patrocínio Paulista, em que são apelantes I.F.R.M. (MENOR) e D.F.R.M., é apelado PROMOTOR DE JUSTIÇA DA VARA DA INFÂNCIA E JUVENTUDE DE PATROCÍNIO PAULISTA.

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 34924)**

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, 29 de fevereiro de 2016.

LUIZ ANTONIO DE GODOY, Relator e Presidente da Seção de Direito Privado

Ementa: INFÂNCIA E JUVENTUDE. Ato infracional equiparado ao roubo em concurso de pessoas e com emprego de arma de fogo. Autoria e materialidade bem demonstradas. Internação. Condições pessoais dos adolescentes que recomendam sejam eles internados. Medida socioeducativa que se mostra necessária e proporcional à gravidade do fato e à situação de vulnerabilidade em que se encontram os apelantes. Inteligência do artigo 122 do ECA. Recurso desprovido.

VOTO

Ao relatório r. sentença de fls. 182/186, acrescenta-se que a representação do Ministério Público fundada em ato infracional equiparado ao artigo 157, § 2º, incisos I e II do Código Penal, foi julgada procedente, aplicando aos adolescentes I.F.R.M. e D.F.R.M. a medida socioeducativa de internação por prazo indeterminado.

Inconformados, recorrem os adolescentes. Sustentam inexistir nos autos prova suficiente de sua participação nos fatos narrados na representação. Alegam que as confissões estão isoladas nos autos e impugnam a força probatória dos depoimentos da vítima e dos policiais militares. Subsidiariamente, defendem o não cabimento da internação, com fundamento no artigo 122, parágrafo 2º, do

Acesso ao Sumário

Estatuto da Criança e do Adolescente. Pedem o provimento do recurso.

O recurso foi recebido (fls. 222), com apresentação de contrarrazões (fls. 236/238).

A d. Procuradoria de Justiça manifestou-se pelo desprovimento do recurso (fls. 243/246).

É o relatório.

O recurso não comporta provimento.

Segundo consta da representação, em (...), por volta das (...) horas, no estabelecimento comercial denominado "(...)", na Rodovia (...), altura do km (...), no município de (...), os adolescentes, previamente ajustados e agindo em concurso com outro menor de idade e uma quarta pessoa não identificada, subtraíram, em proveito comum, quantias em dinheiro (R$ 3.277,00) e em cheques (R$ 2.351,00), todas pertencentes à pessoa jurídica "(...)", mediante grave ameaça, exercida com emprego de arma de fogo, além de violência física exercida contra o funcionário (...) L.A.A.

Ao cabo da instrução, tanto a autoria como a materialidade do ato infracional equiparado ao crime de roubo circunstanciado (art. 157, parágrafo 2º, inciso I e II, do CP) restaram suficientemente comprovadas nos autos.

Com efeito, a materialidade dos fatos está comprovada pelo boletim de ocorrência (fls. 03/09) e pelo auto de prisão em flagrante delito e apreensão de adolescente (fls. 11/19).

Por sua vez, a autoria é inconteste.

A despeito de a vítima não ter reconhecido os menores na fase policial, os próprios adolescentes confessaram suas participações no ato infracional, descrevendo, em juízo, pormenorizadamente, a prática delitiva da mesma forma como já o tinham feito em suas oitivas informais perante o Ministério Público (fls. 33 e 34).

Não bastasse, a vítima L.A.A. confirmou os fatos constantes da representação, enfatizando que estava (...) quando três indivíduos encapuzados chegaram e anunciaram o assalto, sendo que um deles o imobilizou com uma "gravata", enquanto outro entrou na (...) e um terceiro permaneceu vigiando a movimentação externa.

Daí se infere que a confissão dos adolescentes, externada sem qualquer constrangimento ou coação, merece total crédito, além de não estar isolada nos autos.

A propósito, registre-se que a jurisprudência não tem admitido a aplicação da atenuante da confissão espontânea, prevista no art. 65, III, *d* do Código Penal, aos atos infracionais. Isso porque as medidas socioeducativas não têm natureza de pena, o que impede a aplicação das atenuantes previstas pelo Código Penal,

Acesso ao Sumário

de modo que a medida socioeducativa seja aplicada para proporcionar a real reeducação do jovem infrator.

Este é o entendimento do C. Superior Tribunal de Justiça:

"A aplicação da circunstância atenuante de confissão, prevista no art. 65, III, d, do Código Penal, é impossível em sede de procedimento relativo a ato infracional submetido ao Estatuto da Criança e do Adolescente." (STJ, HC 101739/DF, Min. Rel. Arnaldo Esteves Lima, T5, DJ. 04/02/10)

Destarte, impunha-se, efetivamente, a procedência da representação no que tange ao ato infracional análogo a roubo com emprego de arma de fogo e em concurso de agentes.

Passa-se, pois, à análise do cabimento da medida socioeducativa aplicada aos adolescentes.

O crime de roubo, por si só, é gravíssimo e contém a violência ou a grave ameaça à pessoa como seus elementos. Assim, o ato perfaz, de pronto, a hipótese do artigo 122, I, do Estatuto da Criança e do Adolescente, e permite a aplicação da medida de internação.

E, malgrado o respeito a entendimentos jurisprudenciais em sentido contrário, não se tem dúvida de que a gravidade da conduta atribuída aos apelantes requer punição mais severa, justamente para que os infratores não reconheçam na resposta estatal um incentivo à prática de novas infrações, como determina o artigo 122 do ECA, que deve observar, inclusive, os princípios da proteção integral e da prioridade de atendimento.

Ademais, as condições pessoais dos apelantes também recomendam a aplicação da medida de internação, visto que ambos, segundo relatório de diagnóstico polidimensional, são usuários de drogas. Há nos autos, ainda, notícia de envolvimento dos adolescentes no cometimento de atos infracionais diversos, conforme certidões de fls. 21 e 22, sendo que um dos menores (D.F.R.M.), inclusive, informou ter já praticado ato infracional análogo ao roubo contra o mesmo estabelecimento comercial "(...)". Vale frisar que os apelantes são irmãos, o que evidencia a incapacidade do núcleo familiar a que pertencem de contribuir com o processo de ressocialização.

Desse modo, a internação revela-se de rigor para garantir a segurança pessoal dos adolescentes, segregando-os do convívio com a marginalidade, considerada a condição peculiar de cada um deles como pessoa em desenvolvimento, para além de garantir a manutenção da ordem pública (artigo 174 do ECA).

Nesse sentido há precedente desta C. Câmara Especial:

"Ato infracional – Roubo qualificado pelo emprego de arma e concurso de agentes – Pretendida a improcedência da representação – Impossibilidade

Acesso ao Sumário

– Materialidade e autoria evidenciadas – Imposição de medida socioeducativa de internação por prazo indeterminado – Admissibilidade – Infração cometida mediante grave ameaça contra a pessoa – Antecedentes infracionais – Apelação não provida" (TJSP, Apelação nº 0000321-05.2015.8.26.0618 – Taubaté, Rel. Des. Eros Piceli, j. em 14.12.15).

A segregação, nesse passo, é salutar e necessária para retirá-los do ambiente nocivo em que estão inseridos, afastando-os, assim, do convívio marginal, tudo em perfeita consonância com a proteção integral prevista no Estatuto da Criança e do Adolescente.

Isto posto, pelo meu voto, nega-se provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0054997-79.2011.8.26.0346, da Comarca de Martinópolis, em que é apelante F.B.A.S. (MENOR), é apelado PROMOTOR DE JUSTIÇA DA VARA DA INFÂNCIA E JUVENTUDE DE MARTINÓPOLIS.

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 34926)**

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, 29 de fevereiro de 2016.

LUIZ ANTONIO DE GODOY, Relator e Presidente da Seção de Direito Privado

Acesso ao Sumário

Ementa: Infância e Juventude. Atos infracionais equiparados aos crimes de ameaça (art. 147, do CP) e de desacato (art. 331, do CP) e às contravenções penais de vias de fato (art. 21, da LCP) e de importunação ofensiva ao pudor (art. 61, da LCP) – Autoria e materialidade comprovadas – Desacato praticado pelo menor em relação a professor ao tentar forçar a saída de sala de aula – Adolescente que exibiu as partes íntimas a outras alunas, mostrou-lhes desenhos obscenos, ameaçou-as e também agrediu duas delas –

Provas colhidas nos autos que, ademais, demonstram se tratar de práticas reiteradas no ambiente escolar – Necessidade de acompanhamento – Medida socioeducativa de liberdade assistida que se mostra adequada ao caso, tendo em vista o comportamento do adolescente e a constatação de que possui histórico de evasão escolar – Sentença mantida – Recurso desprovido.

VOTO

Ao relatório r. sentença de fls. 183/186, acrescenta-se que a representação do Ministério Público fundada em atos infracionais equiparados aos tipos previstos nos artigos 21 e 61, da Lei de Contravenções Penais, e 147 e 331, do Código Penal, foi julgada procedente, aplicando ao adolescente F.B.A.S. a medida socioeducativa de liberdade assistida, pelo prazo mínimo de seis meses, devendo ser reavaliada no máximo a cada seis meses.

Inconformado, recorre o adolescente alegando, em suma, que não há comprovação da autoria dos atos. Afirma que as testemunhas não souberam precisar que tipo de ameaça sofreram, bem como sustenta que o desentendimento ocorrido com o professor desacatado é situação corriqueira no ambiente escolar. Requer, assim, a reforma da sentença para que seja julgada improcedente a representação (fls. 195/203).

Recebido o recurso (fls. 192), houve apresentação de contrarrazões (fls. 206/208).

A d. Procuradoria de Justiça manifestou-se pelo desprovimento do recurso (fls. 214/218).

É o relatório.

O recurso não comporta provimento.

Com efeito, ao cabo da instrução processual, restaram suficientemente comprovadas nos autos tanto a autoria como a materialidade dos atos infracionais equiparados aos crimes de ameaça (art. 147, do CP) e de desacato (art. 331, do CP) e às contravenções penais de vias de fato (art. 21, da LCP) e de importunação ofensiva ao pudor (art. 61, da LCP).

Colhido o depoimento pessoal do representado, ele próprio afirmou ter convidado as duas colegas L. e M. a manter com ele relação sexual e ter ameaçado de bater nelas, caso contassem para a diretora. Confirmou ter dado um soco em L. certa vez, depois dela ter lhe dado um tapa no rosto, não se recordando, porém, do motivo. Asseverou ser realmente o autor do desenho de fls. 07 verso, mas negou ter mostrado o desenho para L. e dito que se tratava de ambos. Por fim, admitiu ter dado em empurrão no professor F. (fls. 46/46vº).

Acesso ao Sumário

A prova testemunhal corroborou a prática dos atos atribuídos a ele na representação ministerial. Os depoimentos, verificados na mídia de fls. 93, foram bem descritos e analisados na sentença recorrida.

F.L.A.F. relatou fato ocorrido em (...), na época em que era professor do representado. Afirmou que atendendo à orientação da escola, controlava a saída dos alunos e que em determinada ocasião, intentando sair apressadamente, o adolescente bateu-lhe com a mão.

L.C.M.A. disse que certa vez, em ônibus escolar, o representado lhe desferiu um chute no peito. Relatou, também, a ocorrência de ameaças, embora não soubesse descrevê-las precisamente.

L.C.A.V. afirmou a ocorrência de ameaças e acrescentou que o menor fazia desenhos obscenos e mostrava-lhe as partes íntimas.

M.S.S. relatou ter sido agredida pelo representado, contudo não descreveu pormenorizadamente os fatos ocorridos.

M.P.T. afirmou que o adolescente exibia seu pênis e tentava fazer com que meninas sentassem no seu colo, além de ameaçá-las.

M.R.O., também professora do representado, disse não ter presenciado os fatos envolvendo as alunas e que a indisciplina do menor lhe parecia comum a de outros alunos de mesma idade.

De fato, embora alguns dos relatos não sejam muito precisos, o que se explica em razão do lapso temporal entre a data dos fatos, ocorridos no ano de (...), e a data da oitiva das testemunhas (...), há que se considerar a condição pessoal das menores ouvidas e a reiteração das práticas reiteradas em ambiente escolar. Daí porque possível concluir pela suficiência das provas para comprovar a materialidade e a autoria do ato infracional análogo a desacato em relação ao professor e dos atos equiparados a ameaça, vias de fato e importunação ofensiva ao pudor relativamente às menores.

Não se olvida que a indisciplina escolar de determinados alunos pode ser, de certa forma, considerada normal, sendo possível a correção do comportamento pelo próprio estabelecimento de ensino ou pela família, sem a necessidade de se trazer esta espécie de conflito ao Poder Judiciário. Ocorre que no caso, as atitudes do representado extrapolaram os limites do razoável e os esforços da escola e da família pareceram ter sido insuficientes para educá-lo, motivo pelo qual necessária a utilização de medida extrema, consistente na instauração de processo para apuração da prática de atos infracionais, os quais restaram, ao final, satisfatoriamente demonstrados.

Acesso ao Sumário

Portanto, afigura-se necessária a aplicação de medida socioeducativa para que o menor adote comportamento social mais adequado no futuro. E a medida socioeducativa de liberdade assistida imposta mostra-se a mais razoável e adequada na tentativa de fazer o adolescente ponderar sobre seus

atos e desenvolver valores socialmente positivos, tudo em perfeita consonância com o princípio da proteção integral previsto pelo Estatuto da Criança e do Adolescente.

Nesta esteira, como bem salientou o Juiz de Direito, *"a medida de liberdade assistida é a mais indicada para o representado (art. 112, V, e 118, do ECA)./ Trata-se de diversos atos infracionais relacionados ao ambiente escolar, que denotam pouco respeito às regras de convivência e ao acatamento de ordens de autoridades; verifica-se, ainda, que o adolescente parece possuir nítido transtorno sexual que o fomente a solicitar sexo às colegas e a mostrar suas partes íntimas em público, necessitando de acompanhamento./ Ademais, constatou-se que o adolescente possui histórico de evasão escolar, o que motiva ainda mais o acompanhamento"* (fls. 185).

Tem-se presente que a liberdade assistida consubstancia medida ampla, com finalidade de orientar, proteger e acompanhar o adolescente em conflito com a lei, visando sua perfeita integração familiar e comunitária, e deverá ser exercida por pessoa capacitada ou serviço especializado designados pelo Juiz da infância e juventude, ao qual incumbem orientar a atuação junto ao menor, segundo as regras de conduta que lhe forem ditadas.

Diante disso, nada há a ser alterado, devendo ser mantida a sentença combatida.

Isto posto, pelo meu voto, nega-se provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0000832-42.2014.8.26.0390, da Comarca de Nova Granada, em que são apelantes M.J.M. e I.G.M., é apelado PROMOTOR DE JUSTIÇA DA VARA DA INFÂNCIA E JUVENTUDE DE NOVA GRANADA.

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 11416)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ADEMIR BENEDITO (VICE-PRESIDENTE) (Presidente sem voto), LUIZ ANTONIO DE GODOY (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PRIVADO) e SALLES ABREU (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO CRIMINAL).

São Paulo, 29 de fevereiro de 2016.

WALTER BARONE, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: DESTITUIÇÃO DO PODER FAMILIAR, CAUTELAR DE REVOGAÇÃO DE GUARDA DE MENOR E ADOÇÃO. Sentença de julgamento conjunto. Procedência das duas primeiras ações, ajuizadas pelo Ministério Público, e improcedência da adoção pretendida pela guardiã. Irresignação desta. Descabimento. Comportamento negligente, omisso e amoral da guardiã, pretendente da adoção. Menor encontrada em situação de risco, com graves problemas psicológicos, psiquiátricos e sem higiene adequada. Laudos realizados pelos setores técnicos de apoio do Juízo que, à unanimidade, desaconselharam a adoção e recomendaram a permanência da menor em acolhimento institucional. Situação de abandono demonstrada. Artigos 1.638, II, do Código Civil e 24 do ECA. Destituição do poder familiar da genitora e revogação da guarda da tia bem decretadas, assim como a improcedência da alvitrada adoção. Sentença mantida. Recursos não providos.

VOTO

Inicialmente, de rigor observar a necessidade do julgamento conjunto com a Apelação Cível nº (...), julgada também conjuntamente em primeiro grau, por envolver as mesmas partes e os mesmos objetos.

Trata-se de apelação interposta contra a r. sentença, de relatório adotado, que, conjuntamente, julgou procedentes ações de destituição do poder familiar e cautelar de revogação de guarda de menor, ajuizadas pelo Ministério Público, para decretar a perda do poder familiar que I.G.M. exerce sobre a menor V.M.M. com as alterações registrárias pertinentes, e revogar a guarda que M.J.M. exerce sobre a mesma criança, tornando definitiva a medida de urgência concedida em sede cautelar, e improcedente ação de adoção ajuizada pela guardiã em face da mãe biológica da criança.

A guardiã, autora da ação de adoção, sustenta, em síntese, que sua irmã, mãe biológica, confiara a criança aos seus cuidados e, tempos depois, conseguiu regularmente a guarda da menor em referência, a qual permaneceu sob sua responsabilidade até o acolhimento institucional, ocorrido por força da decisão proferida na ação cautelar em apenso, decisão esta considerada por ela descabida, por não haver nada que a desabonasse em relação aos cuidados inerentes à tutela, tratando-se de mera perseguição das assistentes sociais, circunstância que, no seu entender, conduz à procedência da ação de adoção

como consequência da guarda bem exercida por pessoa da família extensa da criança, observada a concordância da mãe biológica.

Já a genitora da menor I.G.M., sustenta, em síntese, não haver mais riscos à menor, todos já superados, merecendo, agora, uma nova oportunidade de demonstrá-lo, buscando, por isso, a improcedência da ação de destituição do poder familiar.

Recurso respondido.

A D. Procuradoria Geral de Justiça opinou pela manutenção da sentença (fls. 198/208).

É o relatório.

Os recursos não comportam provimento.

A r. sentença que julgou procedentes as ações de destituição do poder familiar e cautelar de revogação de guarda de menor, ajuizadas pelo Ministério Público, e improcedente a ação de adoção ajuizada pela guardiã em face da mãe biológica da criança, assentou que:

> "Os pedidos das ações de destituição do poder familiar e cautelar inominada propostas pelo Ministério Público são procedentes e a ação de adoção proposta por M.J.M. improcedente.
>
> M.J.M. propôs a ação de adoção porque detentora da guarda da menor desde o nascimento. Disse a autora que a menor estava perfeitamente adaptada ao lar e recebia toda estrutura adequada para um desenvolvimento saudável.
>
> Porém, a prova dos autos mostrou o contrário.
>
> O estudo social de fls. 25/30 dos autos da ação de adoção demonstrou que a pretendente à guarda teve três filhos biológicos, sendo um entregue a um casal de São Paulo Capital e os outros dois entregues à guarda da avó paterna. Portanto, a autora não cuidou de seus próprios filhos biológicos. A menor se apresentou como uma criança que demonstrava muito medo e que pouco se manifestava. As informações colhidas na escola demonstraram que a menor apresentava grande número de faltas e a guardiã muitas vezes não buscava a criança no horário correto, além de se apresentar infestada de piolhos, conforme laudo psicológico. A criança sempre comparecia às entrevistas com discurso decorado em favor da guardiã. O estudo constatou que a menor se encontrava em risco e aconselhou o acolhimento institucional.
>
> No mesmo sentido foi o estudo psicológico de fls. 41/46 da ação de adoção que também recomendou o acolhimento institucional e apontou uma vida desregrada levada pela guardiã, um discurso pronto da menor que demonstrou muita tristeza e deixou a sala de atendimento chorando e a evidente situação de risco que a criança estava vivendo.
>
> Consta dos autos também às fls. 47/49 que a guardiã também tentou conseguir a guarda de um primo com o fim de se beneficiar

Acesso ao Sumário

financeiramente.

Diante do plano individual de atendimento de fls. 72/76 que indicou a necessidade do retorno da menor ao convívio da guardiã, este juízo determinou a nova realização de estudo social que foi realizado às fls. 84/91 e novamente defendeu a manutenção do acolhimento porquanto o retorno ao lar importaria em grave situação de risco à menor.

Houve a realização de um novo plano individual de atendimento onde as técnicas do sistema de acolhimento mudaram a versão e concordaram que a menor estava em situação de risco, sendo a melhor saída o seu acolhimento e posterior colocação em família substituta (fls. 112/116).

A menor se submete a tratamento psicológico e os laudos constantes dos autos demonstram uma criança insegura, frágil, com indícios de depressão, estresse, ansiedade, dificuldade de interação, baixa estima e até com suspeita de abuso sexual, cuja afirmação segura sobre sua ocorrência dependeria de um estudo mais aprofundado.

O vínculo com a guardiã não pode servir de fundamento para acolhimento do pedido de adoção e se explica na pobreza das relações familiares à disposição da menor.

O pai biológico é desconhecido. A mãe biológica não se mostrou minimamente interessada na filha, já que aceitou entregá-la à guardiã e possui outros filhos que não estão sob sua guarda, tendo a genitora se sujeitado à separação total da filha porquanto inexiste vínculo afetivo mínimo entre elas. A avó materna é deficiente mental.

Portanto, a única pessoa que a menor encontrou para manter vínculo, diante de tanta pobreza afetiva, foi a tia M.J.M. que pouco contribui para atender as demandas da menor e também não cuidou dos seus próprios filhos biológicos. A menor detinha forte vínculo com o guardião W. que se suicidou e se tratava do ex-companheiro de M.J., sendo que a guarda foi concedida aos dois nos autos do processo n. (...) que tramitou neste juízo, levando-se em conta a idoneidade do falecido e o vínculo afetivo que ele mantinha com a menor (fls. 31/39 – ação de adoção).

Diga-se ainda que a mãe social ouvida em juízo afirmou que V. tem medo de escuro, que ficava sozinha na casa quando a mãe saía e um dia a luz acabou e ela ficou no escuro, a menor comentou, inclusive com outras pessoas que trabalhavam na casa, que ela não tinha um quarto, que às vezes dormia entre a mãe e o marido da mãe e às vezes dormia no chão. Também relatou que às vezes sentia fome e ia até a geladeira e comia arroz frio e gelado. Que na época que residia com a mãe, as crianças da escola não gostavam dela, porque estava sempre suja e despenteada. Diz a criança que agora vai limpinha e com o cabelo penteado *'agora eu tenho amigos na escola'*.

Assim, dúvidas não existem de que a autora M.J.M. negligenciou aos cuidados da menor durante o exercício da guarda e não detém condições mínimas de adotar, de modo que a menor deve ser colocada em família

Acesso ao Sumário

substituta, ante a inexistência de família biológica apta e interessada em adotá-la.

Dispõe o artigo 1.638 do Código Civil: *Perderá por ato judicial o poder familiar o pai ou a mãe que: I – castigar imoderadamente o filho; II – deixar o filho em abandono; III – praticar atos contrários à moral e aos bons costumes; IV – incidir reiteradamente nas faltas previstas no artigo antecedente*.

Ante o exposto:

JULGO PROCEDENTE o pedido da ação de destituição do poder familiar proposta pelo MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO em fade de I.G.M. para decretar a perda do poder familiar da requerida em relação a menor V.M.M. Dê-se ciência ao setor técnico do juízo para consulta ao Cadastro de Adoção e comunicação ao primeiro da lista e interessado na adoção para início de estágio de convivência e orientações de praxe, independentemente do trânsito em julgado (art. 199-B ECA), com extração das cópias necessárias.

Averbe-se a sentença à margem do registro de nascimento (parágrafo único, art. 163, ECA).

JULGO PROCEDENTE o pedido da ação cautelar inominada proposta pelo MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, em face de M.J.M. e I.G.M. para confirmar a tutela de urgência e revogar definitivamente a guarda concedida em favor da primeira requerida.

JULGO IMPROCEDENTE o pedido da ação de adoção movida por M.J.M. em face de I.G.M.

Sem condenação em custas e honorários advocatícios.

Arbitro os honorários dos patronos nomeados no teto da Tabela OAB/DPE. Expeçam-se certidões.

Oportunamente, arquivem-se os autos.

P.R.I.C." (fls. 180/181vº).

Cumpre observar, além de tudo isso, que, nos autos da ação de destituição do poder familiar, consta do laudo psicológico lá realizado que a adoção pretendida pela apelante M.J.M. não era assim tão harmônica em relação à mãe biológica I.G.M., na medida em que foi necessária *"uma intervenção enérgica para evitar que as duas irmãs se agredissem mutuamente na sala do setor técnico desse fórum. Foi preciso também que chamássemos um dos vigilantes que fazem a segurança para ficar no corredor até o término da avaliação"* (fls.29).

Daquele mesmo estudo se extrai que a genitora da menor, assim como sua mãe e outras duas irmãs, também apresenta sinais de ser portadora de "algum tipo de sofrimento mental", e teria sido levada pela apelante ao Centro de Detenção Provisória com o propósito de fazer visitas íntimas a um presidiário, o qual teria pagado à apelante para fazê-lo, do que teria resultado a gravidez da

Acesso ao Sumário

menor em referência.

Aliás, a genitora coapelante foi citada pessoalmente na ação de destituição do poder familiar, mas não apresentou contestação ou qualquer outra justificativa para o desamparo da filha, por quem não teve interesse algum desde o seu nascimento, quando a entregou aos cuidados da irmã que, por sua vez, também não demonstrou aptidão e responsabilidade para com a criança, valendo destacar que, na ação cautelar inominada, o CREAS de Nova Granada procurou, de início, reintegrar a menina no convívio com M.J.M. (fls. 73/76), mas observou que a guardiã não apresentou mudança significativa em relação às medidas de adequação familiar para receber a menor em ambiente protetor e emocionalmente saudável.

Observados, pois, os princípios da proteção integral e do melhor interesse da criança, foi corretamente decretada a procedência das ações de destituição do poder familiar e cautelar de revogação de guarda de menor, e a improcedência da alvitrada adoção pela tia, ante a demonstrada inaptidão desta para atender às necessidades da criança, não merecendo nenhum reparo a sentença.

Ante o exposto, pelo meu voto, **NEGA-SE PROVIMENTO** aos recursos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1014613-07.2015.8.26.0576, da Comarca de São José do Rio Preto, em que é apelante FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO, é apelado J.V.R.O. (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 28.941)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ADEMIR BENEDITO (VICE-PRESIDENTE) (Presidente sem voto), LUIZ ANTONIO DE GODOY (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PRIVADO) e RICARDO DIP (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO).

São Paulo, 29 de fevereiro de 2016.

JOSÉ DAMIÃO PINHEIRO MACHADO COGAN, Decano e Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: Apelação Cível – Ação de obrigação de fazer – Municipalidade compelida a fornecer à criança, portadora de autismo, fraldas geriátricas descartáveis – Apelo da Fazenda Pública visando à reforma total da r. sentença – Interesse processual demonstrado –

Direito fundamental de todos e obrigação do Poder Público (CF, artigo 196) – Solidariedade existente entre os entes federados com relação ao direito à saúde – Ausência de intromissão indevida do Judiciário em questões discricionárias do Poder Executivo – Viabilização do fornecimento do insumo com base nas receitas específicas já previstas no orçamento ou, se o caso, em créditos adicionais obtidos com a necessária autorização legislativa – Incidência das Súmulas nºs 37, 65 e 66, todas desta Egrégia Corte de Justiça – Caso em que se mostra adequada a redução da verba honorária para R$ 600,00, nos moldes do artigo 20, § 4º, do Código de Processo Civil. – Apelo parcialmente provido.

VOTO

Trata-se de recurso de apelação interposto pela Fazenda Pública do Estado contra a r. sentença (fls. 56/60) proferida nos autos de ação de obrigação de fazer movida pelo menor J.V.R.O., portador de autismo (CID F 84.0), que julgou procedente o pedido para o fim de compeli-la a fornecer à parte autora fraldas geriátricas descartáveis, na quantidade de 200 unidades ao mês, por prazo indeterminado.

Foi deferida a tutela antecipada (fl. 25).

Inconformada com a r. sentença, a Fazenda Pública do Estado interpôs recurso alegando, em síntese, que: (a) o produto requerido não é insumo necessário à saúde; (b) houve violação ao postulado da independência entre os Poderes inserto no artigo 2º da Constituição Federal; (c) com o acolhimento do pedido, as verbas destinadas às ações e serviços designados em lei orçamentária e aprovadas pelo Poder Legislativo deixariam de ser aplicadas em ações e serviços anteriormente eleitos segundo prioridades estabelecidas pela Administração; (d) restou maculado o princípio da isonomia e (e) impõe-se a redução do montante estipulado a título de honorários advocatícios, em respeito à equidade, proporcionalidade e razoabilidade (fls. 65/71).

Recurso recebido apenas no efeito devolutivo (fl. 74), manifestou-se o ilustre representante do Ministério Público (fls. 81/84) e, nesta instância, opinou a douta Procuradoria Geral de Justiça pela manutenção da r. sentença (fls. 87/92).

É o relatório.

O apelo não comporta provimento.

Segundo o noticiado nos autos, o menor J.V.R.O. é portador de autismo (CID F 84.0) e necessita de 200 fraldas geriátricas descartáveis por mês para sua

Acesso ao Sumário

higiene e melhor qualidade de vida.

Nos termos do artigo 7º do Estatuto da Criança e do Adolescente, aos menores é garantido seu desenvolvimento sadio e harmonioso, em condições dignas de existência. E nesse particular, demonstrados nos autos o quadro clínico do autor, que é portador de deficiência, e a necessidade do uso de fraldas geriátricas, tem ele o direito ao recebimento de fraldas para cuidados com sua higiene e asseio pessoal.

Não se pode olvidar ainda que ao Poder Público cabe o fornecimento gratuito de medicamentos, próteses e outros recursos relativos ao tratamento ou reabilitação, de acordo com o disposto no § 2º do artigo 11 da Lei nº 8.069/90, razão pela qual se mostra totalmente desarrazoada a tese aduzida pela recorrente no sentido de que não lhe incumbe a obrigação de fornecer fraldas à criança.

No mais, cumpre destacar que o artigo 198 da Carta Magna dispõe sobre a organização do Sistema Único de Saúde, traçando suas diretrizes, das quais ora merecem destaque: a) "descentralização, com direção única em cada esfera de governo" (inciso I); b) "atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais" (inciso II). Nos §§ 1º e 2º do citado dispositivo, ainda em relação ao Sistema Único de Saúde, nossa Lei Maior consagra a responsabilidade solidária entre a União, os Estados e os Municípios.

No mesmo sentido o artigo 4º da Lei Federal nº 8.080/90 estabelece que o Sistema Único de Saúde constitui-se pelo "conjunto de ações e serviços de saúde, prestados por órgãos e instituições públicas federais, estaduais e municipais, da Administração direta e indireta e das fundações mantidas pelo Poder Público".

Por sua vez, 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 à 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 Fazenda Pública escusar-se em cumprir dever que lhe é inerente, por força do disposto nos artigos citados.

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 Público.

Nesse contexto, a omissão do Poder Público em disponibilizar insumos e recursos relativos ao tratamento ou reabilitação, 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

Acesso ao Sumário

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 n° 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).

No mais, a disponibilização de fraldas descartáveis 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.

Por fim, com relação à verba honorária fixada em R$ 1.600,00 (um mil e seiscentos reais), impõe-se, nos exatos termos do § 4º do artigo 20 do Código de Processo civil, sua redução para R$ 600,00 (seiscentos reais), notadamente em razão da pequena complexidade da causa.

Isso posto, dá-se parcial provimento ao apelo, apenas para reduzir os honorários advocatícios para R$ 600,00 (seiscentos reais).

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0007004-25.2015.8.26.0047, da Comarca de Assis, em que é apelante M.B.R.F. (MENOR), é apelado PROMOTOR DE JUSTIÇA DA VARA DA INFÂNCIA E JUVENTUDE DE ASSIS.

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 38.808)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ADEMIR BENEDITO (VICE-PRESIDENTE) (Presidente), XAVIER DE AQUINO (DECANO) e LUIZ ANTONIO DE GODOY (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PRIVADO).

São Paulo, 29 de fevereiro de 2016.

ADEMIR BENEDITO, Relator e Vice-Presidente

Ementa: APELAÇÃO – Ato infracional – Conduta tipificada no artigo 33, *caput*, da Lei 11.343/06 – Tráfico ilícito de entorpecentes – Procedência da representação – Materialidade autoria comprovadas – Validade do depoimento policial – Aplicação de medida socioeducativa de internação – Possibilidade – Antecedentes infracionais – Condições pessoais do adolescente que recomendam imposição de tratamento ressocializador extremo – Recurso desprovido – Sentença mantida.

VOTO

Trata-se de ação de apuração de ato infracional oferecida pelo Ministério Público em face de M.B.R.F., representado pela prática de ato infracional equiparado ao delito previsto no artigo 33, *caput*, da Lei de Drogas.

Pela r. sentença de fls. 92/93, cujo relatório se adota, a ação foi julgada procedente, reconhecendo-se prática infracional e aplicando ao adolescente a medida socioeducativa de internação.

Inconformado, apela o adolescente (fls. 100/104). Em apertada síntese, requer a absolvição por falta de provas ou a aplicação de medida socioeducativa diversa da internação. Pede provimento ao recurso.

Recurso tempestivo, isento de preparo, com contrarrazões (fls. 107/108).

Mantida a decisão recorrida (fls. 105), a Procuradoria Geral de Justiça

Acesso ao Sumário

opinou pelo não provimento do recurso (fls. 112/117).

É o relatório.

Segundo consta, em (...), M., com 17 anos de idade à época, em unidade de desígnios com o imputável B.A.F.S., guardava, para fins de tráfico, 19 porções de crack, pesando 4,45g.

A materialidade do ato infracional imputado ao adolescente está comprovada pelo auto de prisão em flagrante (fls. 03/04), auto de exibição e apreensão (fls. 12/13), boletim de ocorrência (fls. 15/18), laudo de constatação prévia entorpecente (fls. 46), exame químico toxicológico (fls. 80).

Já a autoria vem bem delineada por prova oral obtida sob o crivo do contraditório e da ampla defesa.

Ouvido em três oportunidades, o adolescente apresentou versões conflitantes.

Em solo policial (fls. 08), afirmou que estava no local dos fatos para comprar crack.

Já em oitiva informal (fls. 38), apresentou versão idêntica à da representação.

Finalmente, em Juízo (fls. 47/48), alegou que estava no bar em companhia do imputável e que cumprimentou moradores da região.

Vê-se, portanto, que o adolescente foi incapaz de apresentar uma versão consistente para livrá-lo da imputação que lhe é feita.

Pesa contra o adolescente, sobretudo, o depoimento de T.S.S. um dos policiais militares responsáveis pela sua apreensão (fls. 94).

A testemunha relatou que estava em patrulhamento regular quando foi informado de que pessoas estavam comercializando entorpecentes no local dos fatos. Disse que permaneceram em campana e puderam observar o apelante e o imputável B. em movimentação típica do narcotráfico, uma vez que pegavam entorpecentes em uma esquina e entregavam para usuários. Realizaram a abordagem e encontraram, com o adolescente, 19 porções de crack.

E nada autoriza supor que o servidor mentiu ao depor em juízo. O policial foi ouvido sob compromisso, produzindo relato verossímil e coerente.

A propósito do valor dos depoimentos policiais, restou assinalado na apelação cível nº 3006028-05.2013.8.26.0348, comarca de Mauá, relator Des. Pinheiro Franco, então Presidente da Seção de Direito Criminal, julgada em 26/05/2014, 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 o policial à distorção dos fatos; não vem delineada nos

autos circunstância que o levasse a cometer fraude, abuso de autoridade e falso testemunho.

Assim, diante da quantidade de drogas encontrada e das circunstâncias da apreensão, a prática de tráfico ilícito de entorpecentes restou bem delineada.

Justifica-se, assim, a procedência da representação por prática do ato infracional equiparado ao delito previsto no artigo 33, *caput*, da Lei de Drogas.

A medida socioeducativa de internação, por sua vez, merece ser mantida tal como foi aplicada na origem.

O tráfico de entorpecentes é equiparado a crime hediondo, não se podendo afastar a ideia de que quem o pratica tem o intuito do lucro fácil, com menosprezo do trabalho honesto, a prejudicar a vida de pessoas indeterminadas, com reflexos na comunidade.

Esta Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo tem adotado esse critério (apelação 0002638-71.2013.8.26.0415, relator Des. Guerrieri Rezende, então Decano, julgada em 24/03/2014, v.u.; apelação 3000753-40.2012.8.26.0177, relator Des. Ricardo Anafe, então Presidente da Seção de Direito Público, julgada em 27/01/2014, v.u.; apelação 3000794-45.2013.8.26.0444, relator Des. Pinheiro Franco, então Presidente da Seção de Direito Criminal, julgada em 17/03/2014, v.u.; apelação 0011107-74.2013.8.26.0361, relator Des. Artur Marques da Silva Filho, então Presidente da Seção de Direito Privado, julgada em 19/05/2014, v.u.).

Além disso, o adolescente registra outras passagens pela Vara da Infância e da Juventude (fls. 30/36), já tendo recebido tratamentos ressocializadores mais brandos, que não foram suficientes para sua ressocialização.

Tais fatos permitem, ainda, a aplicação da medida de custódia com fulcro no inciso II do artigo 122 do ECA.

Por fim, tem-se que o relatório de diagnóstico polidimensional da Fundação CASA (fls. 87/91) não lhe foi favorável, revelando uso de entorpecentes e histórico de evasão escolar.

De acordo com o princípio da proteção integral, a medida de internação visa a proporcionar reabilitação aos infratores que, como o apelante, não encontraram orientação e mecanismos de contenção suficientes em sua família e que, com a medida, poderão contar com suporte psicológico, pedagógico e profissionalizante.

E não se pode olvidar que o adolescente será periodicamente avaliado, podendo obter reversão da medida se vier a demonstrar inequívoca aptidão para retornar ao meio aberto, respeitados os limites do artigo 121, §§ 3º e 5º, do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Ante o exposto, nega-se provimento ao recurso, mantida a sentença como

Acesso ao Sumário

lançada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0001402-28.2014.8.26.0099, da Comarca de Bragança Paulista, em que é apelante M.F.M.B.S., é apelado PROMOTOR DE JUSTIÇA DA VARA DA INFÂNCIA E JUVENTUDE DE BRAGANÇA PAULISTA.

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 36.298)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ADEMIR BENEDITO (VICE-PRESIDENTE) (Presidente) e SALLES ABREU (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO CRIMINAL).

São Paulo, 29 de fevereiro de 2016.

RICARDO DIP, Relator e Presidente da Seção de Direito Público

Ementa: DESTITUIÇÃO DO PODER FAMILIAR.

– Sempre que possível (e isto o é, *quod plerumque accidit*), os menores, por lei natural, devem crescer e educar-se na família biológica, sob a guarda e responsabilidade paideica dos pais.

– Aferir a concretude da aplicação desta norma é sempre tarefa de caráter prudencial e exige considerar o interesse primeiro dos menores.

– Prova, na espécie, que indica a violação dos deveres previstos em lei para o sustento, a guarda e a educação de filha menor.

Não provimento da apelação.

VOTO

RELATÓRIO:

1. M.F.B.S., mãe da adolescente N.G.C. (nascida em (...) – fl. 13), que foi acolhida institucionalmente desde (...) (fls. 7-8), interpôs recurso de apelação (fls. 241-50) contra r. sentença (cf. fls. 227-30) que, nestes autos, julgou procedente a demanda, para destituir do poder familiar os pais que o exerciam sobre a menor.

2. Sustenta a ora apelante, em suma, que sempre exercitou a guarda

Acesso ao Sumário

correspondente, cuidando da menina com grande zelo, de sorte que está em condições de assumir o governo da vida da filha. Aduz que não se confirmou nos autos estivesse a menor exposta à prostituição.

3. Com a manutenção originária do decidido (fl. 268), vieram aos autos contrarrazões (fls. 259-67), opinando a digna Procuradoria Geral de Justiça pelo não provimento do recurso (fls. 276-80).

É o relatório, em acréscimo ao da r. sentença de origem.

VOTO:

4. A pretensão, ajuizada em (...), referiu que os pais da menor N.G.C., nascida em (...) (fl. 13) e acolhida institucionalmente desde (...) (fls. 7-8), não reuniam condições para cuidar dela.

Narra ainda que a criança foi submetida à instituição de acolhimento em razão de notícias anônimas, reportando ser aquela vítima de prostituição e encontrar-se em situação de risco, sem que os responsáveis obviassem esse quadro.

Relata, no mais, que, apesar de acompanhamento sistemático, a mãe da menor não alterou a conduta, tampouco se modificando a situação de vulnerabilidade vivida pela família da adolescente.

5. Há indicações bastantes nos autos que persuadem do acerto da r. sentença de origem, no sentido do abandono material, moral e intelectual da menor, o que autoriza e recomenda a decretação da perda do poder familiar, nos termos dos arts. 1.637 e 1.638, inciso II , do Código Civil.

A consciência da antijuridicidade do abandono implicita-se no próprio fato omissivo, suposto, como é da espécie, que seja ele de conhecimento ordinário por exigível a conduta oposta.

6. Mediando acompanhamento da família da menor, desde setembro de 2013, verifica-se que sua mãe apresenta problemas de saúde e não faz tratamento adequado (fl. 157), e os estudos técnicos indicam a falta de condições, seja da mãe da adolescente, seja da família extensa , para o cuidado regular da prole (fls. 148-59 e 161-73). Consta que a menina, enquanto estava sob a guarda materna, sofreu abusos sexuais, quer antigos, quer recentes (fl. 159).

Averbe-se que a prova técnica foi corroborada pela prova oral (fl. 118).

A menor está acolhida há mais de dois anos, sem progresso do núcleo familiar, situação que não pode se prolongar por tempo indeterminado. Registra-se que os estudos social e psicológico, realizados em (...), sugeriram a colocação da menor em família substituinte (fls. 148-59 e 161-73).

A própria menor, ouvida para a elaboração do estudo social, manifestou o desejo de ser adotada (fl. 157).

Diante do disposto no art. 22 do Estatuto da Criança e do Adolescente e

Acesso ao Sumário

no art. 1.634 do Código Civil, e visando ao princípio da proteção integral e dos superiores interesses da criança preconizados por esse Estatuto, deve, a meu ver, confirmar-se a r. sentença.

Averbe-se que, sempre que possível (e isto o é, *quod plerumque accidit*), os menores, por lei natural, devem crescer e educar-se na família biológica, sob a guarda e responsabilidade paideica dos pais. Todavia, a aferição da concretude da aplicação desta norma é juízo sempre de caráter prudencial e exige considerar o interesse primeiro dos menores.

POSTO ISSO , pelo meu voto, nego provimento à apelação.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0008698-67.2015.8.26.0196, da Comarca de Franca, em que é apelante PROMOTOR DE JUSTIÇA DA VARA DA INFÂNCIA E JUVENTUDE DE FRANCA, é apelada N.C.S. (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 36.320)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ADEMIR BENEDITO (VICE-PRESIDENTE) (Presidente) e SALLES ABREU (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO CRIMINAL).

São Paulo, 29 de fevereiro de 2016.

RICARDO DIP, Relator e Presidente da Seção de Direito Público

Ementa: MENOR. AUTORIZAÇÃO PARA TRABALHO.

– A proteção integral dos bens da pessoa do menor (art. 227 da Cf-88) abrange o bem da vida, o bem da profissionalização e o bem da dignidade, sendo de todo certo que melhor se realiza sua proteção no trabalho do que na desocupação. Releva que os estudos de prognose criminal, em uníssono, apontam o papel paideico da atividade laborativa e sua função contentora das condutas ilícitas, o que mais reforça a pertinência da solução adotada na origem.

– Nenhuma, de resto, a exigência de que as famílias estejam em situação de extrema pobreza para

Acesso ao Sumário

autorizar o trabalho do menor, nos termos da legislação de regência, certo que, muita vez, é esse trabalho que impedirá recaia a família no status de penúria.

Não provimento da apelação.

VOTO

RELATÓRIO:

1. Pleito de alvará para concessão de autorização de atividade laborativa para menor entre 14 e 16 anos de idade, promovido pela adolescente N.C.S., nascida em (...), representada por sua mãe M.L.S.

O pedido correu perante a Vara da Infância e Juventude de Franca e foi acolhido pela r. sentença de fls. 14-5.

2. O Ministério Público interpôs apelação, alegando, de início, que a incompetência da Justiça comum para o processo e julgamento da causa, e, *de meritis*, aduzindo, em síntese, violação da norma posta no inciso XXXIII do art. 7º do Código Político e ausência de risco de vida, porque

> "(…) o Estado, por meio de suas políticas públicas, passou a melhorar a garantia dos direitos do cidadão, suprindo necessidades básicas como moradia, educação, saúde e alimentação.
>
> Para dizer em linguagem clara e direta. Ninguém mais passa fome hoje, pois os programas sociais e de inclusão, consubstanciados no renda mínima (Município), renda cidadã (Estado) e bolsa família (União), impedem tal situação.
>
> Então o argumento de que autorizar o trabalho, como maior, ao menor de 16 anos, para garantir sua vida digna, perdeu sentido. Deve ficar nos séculos XX e XIX" (fls. 27 , *in fine*, e 28).

3. Vieram aos autos as contrarrazões (fls. 38-42). Mantida a sentença (fls. 43-4), a digna Procuradoria Geral de Justiça é de parecer pela cassação da vênia para o labor (fls. 48-50).

É o relatório, em acréscimo ao da r. sentença de origem.

VOTO:

4. Preliminarmente, a só potencialidade de um relacionamento laboral não atrai a competência da Justiça especializada. Não havendo em ato, para a espécie, relação de trabalho a apreciar-se e decidir-se pela Justiça laboral, correta se avista a assinação competencial da demanda para a Justiça comum.

Neste sentido, *brevitatis causa* , alistam-se venerandas decisões cônsonas desta Câmara Especial (v.g., Ap 0003135-92.2015 – EROS, j. 5-10-2015) e do egrégio Superior Tribunal de Justiça (CC 53.279 – Rel. Min. CÉSAR ROCHA,

Acesso ao Sumário

j. 26-10-2005, e CC 98.033 – Rel. Min. CASTRO MEIRA, j. 12-11-2008).

Averbe-se que recomendações de caráter administrativo – assim, a Conjunta n. 1/2014 (fls. 12-13), embora desvelem alguma inclinação de vontade da Administração pública, integram o campo das normativas soft, destituídas de natureza impositiva.

5. Visão sistêmica da normativa constitucional leva a que se ponderem regras e princípios que, de algum modo, possam pôr-se em conflito, não sendo caso, pois, de considerar isoladamente, na espécie, a norma do inciso XXXIII do art. 7º do vigente Código Político, abdicando-se, *simpliciter*, de seu confronto com outras regras e princípios constitucionais.

Ainda que se tome essa discutida norma ao modo de **regra**, seu conteúdo não pode alçar-se a ponto de inibir a consecução dos bens da personalidade do menor interessado, quais os da vida, da honra, da liberdade etc.

Assim, o só fato de, em dada situação casual, não se aplicar à letra o disposto no inciso XXXIII do art. 7º da Constituição da República não significa, *nullo modo*, uma inexorável ofensa da normativa constitucional, porque caberá sempre o cotejo com a necessidade de observar a **proteção integral** do menor, nos termos do que desfia o próprio Código Político em vigor (*vidē* seu art. 227).

6. Quanto ao núcleo do mérito desta demanda, Senhor Presidente, tenho que é manifestamente controversa a assertiva recursória de que "ninguém mais passa fome hoje" (fl. 27), porque, além de seu vistoso contraste com indicadores econômicos e sociais[1], essa afirmação conflita às escâncaras com esta escandalosa situação – fato notório – que presenciamos aqui mesmo na praça em que se situa nosso Palácio da Justiça, por onde perambulam adultos e menores, revirando, não raro, latões de lixo para nutrir-se de algum bocado de pão amanhecido.

Não custa frisar, em paralelo com o otimismo recursal quanto a vagas de trabalho, no Brasil (fl. 26), que a taxa nacional de desemprego, ao tempo da interposição do recurso era de 7,4% (é dizer, mais de sete milhões de pessoas sem ocupação). Os indicadores econômicos não pararam de crescer, e, em outubro do ano passado, já se alcançara a taxa de desocupação de 9,0% (com mais de nove milhões de pessoas desempregadas[2]).

7. Há nos autos indicações favoráveis à acolhida da pretensão (embora dessas indicações não haja análise singular da r. sentença de origem).

A documentação juntada na espécie dá conta de ser relativamente parva a renda da família da menor (fl. 3). O interessado tem frequência escolar (fl. 9).

Acesso ao Sumário

1 Indicações da Comissão Econômica para a América Latina e o Caribe – CEPAL, em janeiro de 2015, apontaram elevação de 5,4% para 5,9% no número de brasileiros vivendo em situação de **extrema pobreza** entre 2012 e 2013. Cerca de 12 milhões de brasileiros vivem nesta condição, um milhão dos quais ingresso nesse *status* em apenas um ano (cf. endereço eletrônico constante do texto original).

2 Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua – PNAD, do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística: (endereço eletrônico constante do texto original).

9. A proteção integral dos bens da pessoa do menor (art. 227 da Cf-88) abrange o bem da **vida**, o bem da **profissionalização** e o bem da **dignidade**, sendo de todo certo que melhor se realiza sua proteção no trabalho do que na desocupação. Releva que os estudos de prognose criminal, em uníssono, apontam o papel paideico da atividade laborativa e sua função contentora das condutas ilícitas, o que mais reforça a pertinência da solução adotada na origem.

Nenhuma, de resto, a exigência de que as famílias estejam em situação de extrema pobreza para autorizar o trabalho do menor, nos termos da legislação de regência, certo que, muita vez, é esse trabalho que impedirá recaia a família no *status* de penúria.

Acolhendo-me ainda nas sólidas razões ditadas no venerando acórdão desta Câmara Especial, ao julgar-se a antes referida Ap 0003135 (Rel. Des. EROS PICELI), meu voto, *data venia*, **nega provimento à apelação.**

É como voto.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0004997-10.2015.8.26.0581, da Comarca de São Manuel, em que é apelante F.R.S. (MENOR), é apelado PROMOTOR DE JUSTIÇA DA VARA DA INFÂNCIA E JUVENTUDE DE SÃO MANUEL.

ACORDAM, em Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso interposto por F.R.S. mantendo-se, na íntegra, a r. sentença recorrida. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 37.421)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ADEMIR BENEDITO (VICE-PRESIDENTE) (Presidente) e XAVIER DE AQUINO (DECANO).

São Paulo, 29 de fevereiro de 2016.

SALLES ABREU, Relator e Presidente da Seção de Direito Criminal

Ementa: "Apelação – Infância e Juventude – Ato Infracional – Tráfico de entorpecentes – Materialidade e autoria demonstradas – Responsabilização de rigor. Recurso da defesa – Alteração da medida socioeducativa – Descabimento – Reiteração de conduta – Internação necessária e adequada às peculiaridades do caso e às condições pessoais do

adolescente.

Sentença mantida – Recurso não provido."

VOTO

Trata-se de recurso de apelação interposto por **F.R.S.** contra a r. sentença de fls. 91/95, que julgou procedente a representação contra ele oferecida e o responsabilizou pelo cometimento de ato infracional equiparado ao delito previsto no art. 33, *caput*, da Lei 11.343/06, aplicando-lhe a medida socioeducativa de internação. Inconformada, a defesa busca a alteração da medida socioeducativa para liberdade assistida (fls. 108/110).

O recurso foi bem processado, com contrariedade oferecida pelo Ministério Público, que pugna pela manutenção da r. sentença (fls. 115/119).

A r. decisão foi mantida, remetendo-se os autos a este Egrégio Tribunal de Justiça (fls. 120).

Instada a se manifestar, a Procuradoria de Justiça opina pelo não provimento do apelo (fls. 145/150).

Este, em apertada síntese, é o relatório.

O recurso interposto não comporta provimento.

Consta dos autos que no dia (...), aproximadamente às (...), na Rua (...), próximo ao nº (...), na cidade de (...), F.R.S. trazia consigo e guardava, para posterior entrega a consumo de terceiros, trinta porções de *crack* (8,77g), substância entorpecente que causa dependência física e psíquica, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar.

Conforme o que ficou apurado, policiais militares em patrulhamento de rotina avistaram o adolescente conduzindo sua bicicleta pela via pública e decidiram abordá-lo. Realizada a revista pessoal, com ele foram localizadas as drogas.

Indagado a respeito, o adolescente confessou informalmente a traficância.

Tanto a materialidade quanto a autoria do ato infracional estão demonstradas pelas provas orais e documentais produzidas nos autos as quais sequer foram impugnadas pela defesa.

Apenas repisando os passos trilhados pela d. magistrada sentenciante, quando ouvido, o adolescente F.R.S. admitiu ter praticado o ato infracional em questão. Sua confissão encontrou respaldo nos firmes e coerentes depoimentos prestados pelos policiais militares **R.C.T.** e **F.A.B.** (mídia digital).

Com efeito, diante do robusto conjunto probatório colhido durante a instrução processual, a procedência da representação e a consequente responsabilização do adolescente era mesmo medida de rigor.

No tocante à medida socioeducativa, deverá ser mantida a internação do

adolescente como estabelecida pela r. sentença, porquanto a d. magistrada de primeiro grau bem fundamentou a aplicação da medida extrema, justificando sua necessidade e excepcionalidade para o caso.

No caso em análise, embora não se possa afirmar que o tráfico envolva diretamente o emprego de violência ou grave ameaça à pessoa, é certo que se trata de crime equiparado àqueles tidos como hediondos pela legislação infraconstitucional, envolvendo atividade organizada e fomentando a ocorrência de diversos outros delitos graves.

Não se pode perder de vista, também, que o adolescente foi surpreendido na posse de expressiva quantidade de *crack*, droga de grande lesividade, que leva facilmente o usuário a óbito ainda que consumida em pequenas porções, circunstância que torna a conduta ainda mais reprovável e merecedora de repreensão mais rigorosa.

Consigne-se, também, que o adolescente ostenta envolvimento anterior com ato infracional de mesma espécie, sendo-lhe aplicada, naquele processo, medida de internação (fls. 22/23), o que permite concluir que a adoção de uma medida socioeducativa mais branda seria inócua.

Destarte, há nos autos elementos a demonstrar que o menor, por si só, não teria condições de se recuperar sem a submissão à internação, como forma de fazê-lo compreender a inadequação de sua conduta e afastá-lo do mundo nefasto das drogas em que se encontra inserido.

Com efeito, diante das peculiaridades do ato infracional, bem como das condições pessoais do adolescente, por ora, a medida de internação, além de necessária, é a mais adequada a viabilizar o processo de reeducação e ressocialização de F.R.S.

Nesse sentido:

"*HABEAS CORPUS* SUBSTITUTO DE RECURSO. NÃO CABIMENTO. ECA. ATO INFRACIONAL EQUIPARADO AO DELITO DE TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. MEDIDA SOCIOEDUCATIVA DE INTERNAÇÃO IMPOSTA EM RAZÃO DAS PECULIARIDADES DO CASO CONCRETO. REITERAÇÃO DE ATO INFRACIONAL E RELATÓRIO POLIDIMENSIONAL INDICANDO A NECESSIDADE DE ATENDIMENTO SISTEMÁTICO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. ART. 122, INCISO II, DO ECA. AUSÊNCIA DE PREVISÃO DE UM NÚMERO MÍNIMO DE ATOS INFRACIONAIS GRAVES ANTERIORES PARA A CARACTERIZAÇÃO DA REITERAÇÃO. PRECEDENTES DESTE STJ E DO STF. REITERAÇÃO DE ATO INFRACIONAL. AUSÊNCIA DE TRÂNSITO EM JULGADO DE MEDIDA ANTERIOR. POSSIBILIDADE. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. *(...) In casu, a medida constritiva foi imposta em razão das peculiaridades do caso concreto – reiteração de ato infracional e relatório*

Acesso ao Sumário

polidimensional indicando a necessidade de atendimento sistemático –, aptas a permitir a aplicação da medida extrema. Como se vê, o magistrado atento às condições pessoais e sociais do menor bem fundamentou a necessidade de aplicação da medida mais rigorosa. Ressalte-se que não se exige trânsito em julgado de eventual medida socioeducativa anteriormente aplicada para configurar a reiteração de ato infracional previsto no art. 122, inciso II, do ECA. Isso porque não é possível estender ao âmbito do ECA o conceito de reincidência, tal como previsto na lei penal. (...)" (STJ, HC 305897/RJ, 5ª Turma, Min. Walter de Almeida Guilherme (Des. conv. TJ/SP), jg. 20/11/2014, DJe 27/11/2014).

Isto posto, pelo meu voto, **nega-se provimento** ao recurso interposto por **F.R.S.** mantendo-se, na íntegra, a r. sentença recorrida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0009739-27.2013.8.26.0071, da Comarca de Bauru, em que é apelante J.V.M., é apelado Promotor de Justiça da Vara da Infância e Juventude de Bauru.

ACORDAM, em Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso, mantendo a sentença de primeiro grau. Sem condenação sucumbencial, incabível na espécie (art. 141, § 2º, ECA). V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 37.775)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ADEMIR BENEDITO (VICE-PRESIDENTE) (Presidente) e XAVIER DE AQUINO (DECANO).

São Paulo, 21 de março de 2016.

SALLES ABREU, Relator e Presidente da Seção de Direito Criminal

Acesso ao Sumário

Ementa: DESTITUIÇÃO DO PODER FAMILIAR – AUSÊNCIA DE CONDIÇÕES PESSOAIS DA GENITORA – CRIANÇAS ABRIGADAS EM RESIDÊNCIA SUJA E DESORGANIZADA, COM SINAIS DE DESNUTRIÇÃO E SEM CUIDADOS PESSOAIS–ENCAMINHAMENTODAGENITORA, PORTADORA DE DEFICIÊNCIA MENTAL, A PROGRAMAS SOCIAIS E DE TRATAMENTO, SEM ADERÊNCIA – FALTA DE INTERESSE NO

ACOMPANHAMENTO DAS CRIANÇAS APÓS O ABRIGAMENTO – MANUTENÇÃO DAS CONDIÇÕES PREJUDICIAIS MESMOS APÓS O ACOLHIMENTO DAS CRIANÇAS – FALTA DE PERSPECTIVA DE MELHORIA – DESTITUIÇÃO QUE ATENDE AO MELHOR INTERESSE DAS CRIANÇAS.

VOTO

Trata-se de recurso de apelação interposto por **J.V.M.** em face da sentença de fls. 205/211, que julgou procedente ação de destituição do poder familiar referente aos menores W.L.M. e W.M., movida pelo **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO**, com fundamento no art. 1.638, II, CC e arts. 22 e 24, ECA.

O recurso sustenta a ausência de prova de negligência ou omissão no cuidado dos filhos, nem que seja a apelante usuária de drogas. Afirma que a suspensão das visitas aos filhos no abrigo decorreu de proibição de seu acesso ao local e não por vontade própria. Nega que estejam presentes os requisitos autorizadores do abrigamento e da cassação do poder familiar, por se tratar de medida excepcional. Sustenta que não houve atendimento do art. 100, § 9º, ECA, pois não se tentou a reinserção das crianças na família natural, nem a colocação de família substituta, sendo ilegal a destituição do poder familiar, sem as tentativas de se encaminhar a apelante a programas de reabilitação e orientação.

Pretende a reforma da sentença, com a improcedência da ação.

O recurso foi respondido às fls. 225/229, sem questões processuais levantadas.

Recebido o recurso, foi mantida a sentença (fls. 230), manifestando-se a Procuradoria Geral de Justiça pelo não provimento do recurso (fls. 234/235).

É o relatório.

Trata-se de ação de destituição do poder familiar apresentada pelo Ministério Público em face da apelante J.V.M., tendo em vista o descumprimento reiterado de deveres de cuidado e orientação das crianças W.L.M e W.M., julgada procedente pela sentença ora recorrida.

O recurso sustenta, em resumo, que não há provas da omissão da apelante no cumprimento de seus deveres como mãe e, ao mesmo tempo, sua capacidade de dar às crianças o necessário para seu desenvolvimento sadio e completo.

Tenho que o recurso não comporta provimento.

A arguição de falta de provas é afastada.

Acesso ao Sumário

Primeiramente, há de se reconhecer eficácia, ainda que relativa, aos documentos produzidos pelos conselheiros tutelares e outros agentes públicos por conta de sua atuação em benefício das crianças, isto no âmbito administrativo.

A atuação de conselheiros tutelares está amparada na lei e, por isto, suas manifestações constantes de relatórios de atendimento como os observados às fls. 21/22 dos autos possuem eficácia probatória quanto aos fatos ali relatados. Sem que haja prova concreta demonstrando a não veracidade da declaração feita pelos conselheiros por conta de atendimentos a crianças e adolescente, prevalece a presunção de veracidade natural de qualquer ato administrativo.

Desde o primeiro atendimento havido pelos conselheiros tutelares observou-se a condição de abandono das crianças.

Segundo o relatório de acolhimento institucional (fls. 21/22), os conselheiros tutelares atestaram que "mediante denúncia anônima a respeito da situação de risco tanto social como pessoal em que as crianças se encontravam foi acionado este conselho tutelar para comparecer no local acima informado, onde se encontrava a genitora e seus dois filhos, em situação precária de moradia (água, luz, gás, etc), sem qualquer higienização ou condições de prover alimentos, além do que a genitora e seu companheiro apresentavam visíveis sinais de uso de SPA". (fls. 21)

A descrição da situação de fato data de (...), demonstrando que, à data do acolhimento inicial, havia, de fato, situação caracterizadora da exposição a risco das crianças que contavam, à época, com 1 ano e 5 meses e a outra, apenas quatro meses, sem que se encontrasse então registro de seu nascimento.

No que tange às condições pessoais, constatou-se, de início, que havia "diagnóstico psiquiátrico" da apelante que, por conta disto, "já fazia acompanhamento pela APAE, e necessita de monitoramento constante para conseguir prover os cuidados necessários a si próprio e aos filhos já que sozinha não consegue executar os encaminhamentos feitos pelas entidades que acompanham." (fls. 22)

No relatório informativo datado de (...), produzido pelo Serviço de Apoio Especializado da Garantia de Direitos da Convivência Familiar e Comunitária a partir do acompanhamento da rotina da apelante, constatou que a apelante "apresenta deficiência intelectual (CID F70) e o seu companheiro faz uso de SPA."

O relatório informativo de fls. 26, produzido a partir de visita de assistente social do Município, atestou que a apelante já era acompanhada desde (...), por conta de negligência com o filho W., obtendo a assistente social informações sobre a falta de cuidado, de higiene e de capacidade de cuidar da criança, bem como a destinação do dinheiro recebido para o companheiro comprar drogas.

Independentemente da questão do uso ou não de drogas, o certo é que

há informação suficiente das condições encontradas no imóvel ocupado pela apelante e pela criança, dando conta da necessidade de um **mutirão de limpeza pelo pessoal da APAE, encontrando ratazanas mortas em armários de roupas**, situação que demonstra, por si só, a incapacidade da apelante se aperceber da situação em que vivia junto com as crianças.

Sua não aderência a tratamentos necessários ao restabelecimento de sua saúde mental foi declarada pela Conselheira Tutelar A.L.S., a partir de comunicação com o CREAS II (fls. 29), não havendo razão para não se acolher, como prova, o documento com natureza de ato administrativo.

Na avaliação feita pelo setor técnico do TJSP, constatou-se que as condições psicossociais eram péssimas, *verbis*:

"A requerida apresenta condições sociais insatisfatórias para receber mais duas crianças, seja pelas péssimas condições de higiene e organização do imóvel no qual reside atualmente, seja pela própria classificação socioeconômica, que aponta que o nível socioeconômico familiar ocupa o nível mais baixo da tabela de classificação – ***'Baixo inferior'****. A requerida não possui ocupação remunerada, sendo dependente dos pais, além de haver uma pessoa portadora de deficiência mental e a própria filha de apenas um ano e três meses que requerem cuidados permanentes.*

No que se referente aos aspectos psicológicos, o fato da requerida não comparecer conforme intimação, nem atender ao celular, indicam a ausência de interesse da mesma quanto aos filhos.*"* (fls. 114) (grifei)

A péssima situação pessoal da apelante, a indicar a incapacidade fática de cuidar adequadamente de duas crianças, também é confirmada pelo depoimento de fls. 128, prestado pelo psicólogo que a atendeu quando de seu atendimento pelo Serviço de Apoio à Família. Afirmou que as crianças, quando do acolhimento, estavam em péssima situação de higiene e que *"na época foi constatado que eles* (J. e S.) *eram usuários de substâncias entorpecentes e que J. tinha problemas mentais... Os requeridos foram encaminhados para o centro POP que atendia moradores de rua."*

O depoimento que demonstra, com maior clareza, não só a péssima situação provida pela apelante às crianças, mas também a condição especial de uma das crianças, a indicar a absoluta impossibilidade de prover as crianças com aquilo que elas precisam, como seres humanos em desenvolvimento, foi prestado pela assistente D.S.O. (fls. 129).

Tal profissional, descrevendo em juízo a condição encontrada no momento do atendimento inicial, também confirmou a não aderência da apelante aos programas de tratamento e capacitação para sua melhoria de condições, o que indica ausência de senso de responsabilidade para consigo e com as crianças. Assim manifestou-se a assistente social:

Acesso ao Sumário

"As crianças foram abrigadas a pedido do CREAS por negligência e uso de SPA por parte dos genitores. ***As crianças chegaram no programa de acolhimento em estado bastante precário. Elas estavam com a saúde debilitada e uma era portadora de autismo.*** *Os requeridos foram chamados ao programa e eu conversei com eles.* ***Eu constatei que eles eram usuários de SPA, que foi confirmado pelo genitor.*** *Eu fui à casa deles e constatei* ***condições precárias de higiene e organização****. Eles foram* ***encaminhados aos diversos programas municipais e CAPS-AD, mas não aderiram às orientações nem frequentavam os programas****. Eles não tinham condições de cuidar dessas crianças devido ao uso de SPA. As crianças foram acolhidas por 1 ano e 3 meses.* ***Nos dois primeiros meses de acolhimento, os requeridos fizeram visitas, mas depois não visitaram mais os filhos****. As crianças foram encaminhadas para família substituta.* ***A Juliana tinha problemas mentais e era acompanhada pela APAE. Ela abandonou o tratamento****."* (fls. 129)

No que tange à família expandida, tem-se a constatação inicial de que a avó materna já cuida de outro irmão da apelada também deficiente mental, além de não apresentar condições ou intenção de acolher as crianças para prover-lhes cuidado e mantença.

No relatório de atendimento por psicólogo do Serviço de Apoio Especializado da Garantia de Direitos da Convivência Familiar e Comunitária (fls. 25), declarou-se que "em visita domiciliar na residência da avó materna, Sra. M.H.V.M., foi possível observar condições precárias de organização da casa e higiene pessoal. A avó materna relata não possuir condições de auxiliar a filha neste momento, pois possui doenças cardíacas e possui outro filho com deficiência intelectual grave. Informou ainda que faz acompanhamento na APAE", concluindo que **a família de origem não tem condições para o retorno das crianças**, bem como pela destituição do poder familiar.

No laudo psicológico produzido em 2014, constatou-se, em relação à família estendida que *"a progenitora se apresenta sem condições físicas e emocionais para cuidar das crianças em tela, já que se encontra em processo de aposentadoria por invalidez – 'problemas mentais' (sic), cuida do filho deficiente e do marido que é aposentado por acidente de trabalho (incapaz de ajudá-la). Observamos que o avô verbalizou diversas vezes não concordar com o retorno das crianças para a casa (sic)."* (fls. 115).

Nem o passar dos anos indicou melhoria das condições da apelante, demonstrando manter-se em situação insuficiente à atenção e cuidados necessários à criança.

O relatório feito pelo setor técnico do TJSP (fls. 112/115) indicou a existência de condições gerais do imóvel ocupado pela apelante e sua genitora, além de outras três pessoas, **insatisfatórias**, ressaltando "**as péssimas condições**

Acesso ao Sumário

de higiene: as paredes são sujas, a casa estava desorganizada, o ambiente tem cheiro de mofo misturado à ausência de limpeza, o quintal e a moradia estão abarrotados de diversos materiais acumulados."

Ressalte-se que o laudo produzido pela equipe do Tribunal de Justiça é posterior aos fatos que ensejaram a propositura da ação, a indicar a ausência de modificação do quadro verificado por conta do abrigamento inicial das crianças.

Conclui-se, assim, que a apelante não tem condições pessoais e materiais de cuidar dos dois filhos, pois inexigível que estes fiquem expostos a riscos desnecessários, por conta da moradia em péssimas condições de higiene, bem como tenham consigo pessoas capacitadas a prover-lhes cuidado, atenção, educação e meios para seu desenvolvimento integral e saudável.

Nem mesmo os depoimentos de testemunhas de defesa são suficientes para alterar o quadro desenhado ao redor da condição pessoal da apelante, eis que são manifestações genéricas que desdizem por completo os laudos técnicos produzidos a partir de visitas *in loco*. O fato das testemunhas não terem presenciado o uso de drogas pela apelante, o de conhecerem os filhos e não terem conhecimento do motivo do abrigamento, não afasta as conclusões decorrentes da produção de laudos técnicos por psicólogos e assistentes sociais do município.

Não há, no caso, qualquer interesse destes profissionais prejudicarem a apelante, afastando-se eventuais teorias de suspeição ou manifestação viciada em suas assertivas.

Também o argumento da defesa no sentido de que deixou de acompanhar o cotidiano das crianças após o abrigamento por conta de proibição de acesso ao local não foi objeto de nenhum tipo de prova, prevalecendo as declarações das profissionais que atendem as crianças no sentido de seu desinteresse em acompanhar as crianças.

No mais, prevalece, aqui, o princípio da proteção integral, ensejando preferência ao interesse das crianças permanecerem em um ambiente familiar que não lhes seja nocivo, bem como lhes proporciono condições de desenvolvimento de suas potencialidades. Embora haja preferência pela manutenção de vínculos biológicos, é certo que estes cedem quando se verifica que a absoluta incapacidade dos pais biológicos proverem o necessário para a criança.

Tanto o art. 22, ECA, quanto o art. 1.638, II, CC, exigem dos pais a prestação de obrigação legal consistente na guarda, na orientação e educação, bem como na tomada de condutas que impeçam que os filhos fiquem expostos a qualquer tipo de negligência ou risco.

No caso concreto, ficou patente que a apelante, por conta de sua condição pessoal, não tem condições de cuidar sequer de si, quanto mais de duas crianças

Acesso ao Sumário

de tenra idade, sendo uma delas diagnosticada como autista. É incontroverso nos autos que a própria apelante era acompanhada pela APAE local, a indicar necessidade de cuidados especiais para si, pois não tinha meios de manter-se por si só.

Alterar a conclusão da sentença é retirar das crianças a chance de um futuro melhor, de uma vida com condições materiais e psicológicas adequadas à sua condição de pessoa em desenvolvimento, o que não admite contraposição ao direito pessoal da apelante em ter garantido o exercício da maternidade. Até porque demonstrou-se, nos autos, a ausência de condições pessoais para o exercício pela apelante.

Por tais fundamentos, **NEGO PROVIMENTO** ao recurso, mantendo a sentença de primeiro grau.

Sem condenação sucumbencial, incabível na espécie (art. 141, § 2º, ECA).

Apelações/Reexames Necessários

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação/Reexame Necessário nº 0004458-84.2015.8.26.0309, da Comarca de Jundiaí, em que são apelantes MUNICÍPIO DE JUNDIAÍ e JUÍZO *EX OFFICIO*, é apelado J.V.N.S. (MENOR).

ACORDAM, em Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento aos recursos. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 28.966)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ADEMIR BENEDITO (VICE-PRESIDENTE) (Presidente sem voto), LUIZ ANTONIO DE GODOY (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PRIVADO) e RICARDO DIP (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO).

São Paulo, 29 de fevereiro de 2016.

JOSÉ DAMIÃO PINHEIRO MACHADO COGAN, Decano e Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: APELAÇÃO e REEXAME NECESSÁRIO – Sentença que julgou procedente ação de obrigação de fazer ajuizada por criança, determinando à

Municipalidade de Jundiaí o oferecimento de vaga em pré-escola próxima da residência do autor – Interesse de agir demonstrado – Violação a direito fundamental à educação – Princípios constitucionais da separação e independência dos poderes e da discricionariedade administrativa preservados – Inteligência dos artigos 205, 208, I e 211, § 2º, da CF, 53, V, 54, IV, e 208, I, do ECA – Apelação e Reexame Necessário improvidos.

VOTO

Trata-se de reexame necessário e apelação interposta (fls. 61/68) pela Prefeitura Municipal de Jundiaí contra a respeitável sentença (fls. 45/48), que, nos autos da ação de obrigação de fazer, ajuizada pela criança **J.V.N.S.**, representado por seu representante, julgou procedente a demanda, para tornar definitivos os efeitos da medida tutela antecipada concedida (fl. 17), determinando-lhe a disponibilização de vaga em escola municipal de ensino infantil mais próxima à residência do autor.

Apela a Municipalidade sustentando, em suma, que a decisão hostilizada afronta os princípios da independência dos Poderes e da igualdade, insertos, respectivamente, nos artigos 2º e 5º, *caput*, ambos da Constituição Federal. O juízo *a quo*, acrescenta recorrente, deixou de analisar questões importantes como o binômio conveniência e oportunidade do administrador público; a correta execução orçamentária pela apelante no que tange à educação. Aduz, finalmente, que há de ser levado em conta o Termo de Ajustamento de Conduta firmado perante o Ministério Público de forma a cumprir as regras básicas do Sistema Educacional. (fls. 61/66).

Bem processado e recebido o recurso apenas no efeito devolutivo, foram apresentadas contrarrazões (fls. 67 e 70/73) e nesta instância manifestou-se a douta Procuradoria Geral de Justiça pelo improvimento do recurso, solução extensiva ao reexame necessário (fls. 82/86).

É o relatório.

A Apelação e o Reexame necessário não comportam provimento.

Com efeito, a r. sentença recorrida está em consonância com a jurisprudência dominante desta Câmara Especial, bem como da proveniente dos Tribunais Superiores.

Cumpre ressaltar, inicialmente, que não se está violando o princípio da discricionariedade estatal, porquanto o acesso à educação infantil é direito fundamental, que não pode se subordinar a critérios de exclusivo pragmatismo governamental, consoante já se pronunciou o Egrégio Supremo Tribunal Federal:

"Direito constitucional e direito da criança e do adolescente. Agravo

Acesso ao Sumário

regimental em recurso extraordinário. Garantia estatal de vaga em creche. Prerrogativa constitucional. Ausência de ingerência no poder discricionário do Poder Executivo. Precedentes. 1. A educação infantil é prerrogativa constitucional indisponível, impondo ao Estado a obrigação de criar condições objetivas que possibilitem o efetivo acesso a creches e unidades pré-escolares. 2. É possível ao Poder Judiciário determinar a implementação pelo Estado, quando inadimplente, de políticas públicas constitucionalmente previstas, sem que haja ingerência em questão que envolve o poder discricionário do Poder Executivo. 3. Agravo regimental improvido." (AG. REG. no Recurso Extraordinário nº 464.143, Segunda Turma, Relª. Ellen Gracie, j. 15.12.2009).

Outrossim, o fato de a administração pública procurar estabelecer ou criar metas, critérios e central de vagas para o atendimento à educação não lhe permite vulnerar direito fundamental individual, assegurado expressamente pela Constituição Federal.

Cabe ressaltar que a determinação de matrícula da autora em estabelecimento de educação infantil não fere o princípio constitucional da separação dos poderes, pois incumbe ao Poder Judiciário fazer valer os comandos constitucionais, dentre eles o direito à educação.

Nesse diapasão também já se pronunciou expressamente o Supremo Tribunal Federal:

"Embora resida, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas revela-se possível, no entanto, ao Poder Judiciário determinar, ainda que em bases excepcionais, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam essas implementadas pelos órgãos estatais inadimplentes, cuja omissão – por importar em descumprimento dos encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatório – mostra-se apta a comprometer a eficácia e a integridade de direitos sociais impregnados de estatura constitucional" (RE nº 603575 AgR/SC, 2ª Turma, Rel. Eros Grau, j. 20.4.2010).

Acesso ao Sumário

No mesmo sentido, há o seguinte precedente desta Câmara Especial:

"Neste sentido, e ao contrário do alegado, eventuais dificuldades orçamentárias do apelante e superlotação dos estabelecimentos de ensino infantil na rede municipal não bastam para justificar o desatendimento de direito fundamental constitucionalmente assegurado. A obrigação da Administração Pública é organizar seus recursos de modo a propiciar vagas a todas as crianças que necessitarem" (Apelação nº 990.10.025.152-0, Rel. Maia da Cunha, j. 10.5.2010).

De se consignar, ainda, que em se tratando da concretização de direitos fundamentais, não cabe ao Administrador justificar sua omissão com a aplicação

da cláusula da "reserva do possível", ou sob o manto do alegado *"periculum in mora inversum"*, pois sua conduta deve pautar-se pelo princípio da "máxima efetividade da Constituição", conforme entendimento do Colendo Superior Tribunal de Justiça, no REsp nº 811.608/RS, Relator Ministro Luiz Fux, julgado em 15.05.2007.

Assim, não há como o Município negar a vaga pretendida, pois, tal obrigação decorre dos artigos 205, 208, IV, e 211, § 2º, da Constituição Federal, e dos artigos 53, V, 54, IV, e 208, III, do Estatuto da Criança e do Adolescente, que impõem ao Estado o dever de assegurar o efetivo exercício dos direitos das crianças e adolescentes.

No tocante ao Termo de Ajuste de Conduta invocado, não tem ele o condão de se sobrepor à Constituição Federal que garante às crianças o direito à educação.

Dispõe a Constituição Federal, ainda, que os Municípios atuarão prioritariamente no ensino fundamental e na educação infantil. Nesse sentido a Súmula 63 deste Tribunal:

"É indeclinável a obrigação do Município de providenciar imediata vaga em unidade educacional a criança ou adolescente que resida em seu território".

Tem-se, inclusive, que nem mesmo eventual insuficiência de vagas pode impedir que as crianças exerçam seu direito à educação, pois se trata de direito fundamental que, em princípio, não pode ser condicionado pelo administrador.

Tais normas constitucionais relativas à educação possuem eficácia plena e aplicação imediata e, portanto, a intervenção do Judiciário a fim de assegurar sua efetividade não caracteriza indevida intromissão no âmbito de atuação dos outros Poderes, pois apenas está cumprindo com sua obrigação constitucional de prestar a tutela jurisdicional e compor litígios.

Ademais, referida matéria já está consolidada nesta Corte de Justiça, consoante se infere da Súmula nº 65, que dispõe *in verbis*: *"Não violam os princípios constitucionais da separação e da independência dos poderes, da isonomia, da discricionariedade administrativa e da anualidade orçamentária as decisões judiciais que determinem às pessoas jurídicas da administração direta a disponibilização de vagas em unidades educacionais ou o fornecimento de medicamentos, insumos, suplementos e transporte a crianças ou adolescentes"*.

Por último, vale deixar consignado o observado pelo ilustre e saudoso Des. Barreto Fonseca, quando na Presidência da Seção de Direito Público: *"Frise-se, ainda, que eventual falta de previsão orçamentária específica para suportar tais despesas não pode servir de escudo à pessoa política, de sorte a possibilitar o descumprimento reiterado dos deveres prioritários que lhe são impostos pelo ordenamento jurídico. Em outras palavras, a satisfação do comando imposto*

Acesso ao Sumário

pela tutela jurisdicional deve ser viabilizada com base nas receitas específicas já previstas no orçamento ou, se o caso, com base em créditos adicionais obtidos com a necessária autorização legislativa.

Como se vê, a normação orçamentária municipal regrará, observada, nesse ponto, a discricionariedade administrativa, a concretização do cumprimento da obrigação constitucional do Município, satisfazendo aos direitos dos administrados usuários dos serviços." (Ap. 9283509-08.2008.8.26.0000 – TJSP).

Isso posto, **nega-se** provimento ao apelo e ao reexame necessário.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação/Reexame Necessário nº 3007908-93.2013.8.26.0554, da Comarca de Santo André, em que são apelantes JUÍZO *EX OFFICIO* e FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO, é apelado J.V.D.S. (MENOR).

ACORDAM, em Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento aos recursos. V.U. Sustentou oralmente o advogado Dr. Irineu Perin. Fez uso da palavra a Procuradora Dra. Laila Said.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 28.889)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ADEMIR BENEDITO (VICE-PRESIDENTE) (Presidente sem voto), LUIZ ANTONIO DE GODOY (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PRIVADO) e RICARDO DIP (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO).

São Paulo, 29 de fevereiro de 2016.

JOSÉ DAMIÃO PINHEIRO MACHADO COGAN, Decano e Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: Apelação Cível e Reexame Necessário – Mandado de Segurança concedido a menor, portador de transtorno de déficit de atenção e dislexia, assegurando-lhe o fornecimento do medicamento Ritalina – Interesse de agir demonstrado – Via eleita adequada para aferição de violação a direito líquido e certo da criança – Princípios constitucionais da separação e independência dos poderes e discricionariedade administrativa preservados – Inteligência do artigo 196 da Constituição Federal

– Multa diária adequadamente fixada – Recursos improvidos.

VOTO

Trata-se de reexame necessário e apelação interposta pela Fazenda do Estado de São Paulo contra a r. sentença que, confirmando a liminar (fls. 44/v.), concedeu a ordem, nos autos do mandado de segurança impetrado pelo adolescente J.V.D.S., para o fim de determinar o fornecimento ao impetrante do medicamento Ritalina LA 20 mg, por prazo indeterminado e na periodicidade e quantidade descritas em receituário médico, sob pena de multa diária de R$ 1.000,00 (fls. 89/93).

Alega-se, em apertada síntese, ausência de interesse de agir do menor, bem como a indevida aplicação de multa diária (fls. 98/105). Recebido o recurso no efeito devolutivo (fls. 110), foram apresentadas as contrarrazões (fls. 115/124), manifestando-se a seguir o d. representante do *Parquet* (fls. 126/128). Mantido o r. *decisum* (fls. 129/130), opinou nesta instância a D. Procuradoria Geral de Justiça pela manutenção da sentença (fls. 136/142).

É o breve relatório.

O apelo e o reexame necessário não comportam provimento.

De início, insta salientar que evidenciado está o interesse de agir do impetrante, vez que a obtenção de medicamento somente se deu após o ajuizamento do *mandamus*. E, ademais, e como bem salientado pelo d. representante do Ministério Público, *'não há necessidade de se esgotar a via administrativa e, mesmo assim, é evidente que a parte procurou solucionar o problema, tentando a obtenção do medicamento e, em razão de não obter êxito, deduziu sua pretensão em Juízo.'*.

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.

Resta evidenciado, *in casu*, o 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*

Acesso ao Sumário

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'*.

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 24º, 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 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

Acesso ao Sumário

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; está 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'*.

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).

Com efeito, ficou demonstrado nos autos que o adolescente J.V.D.S. é portador da patologia acima mencionada e necessita, portanto, e a toda evidência, do devido tratamento.

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 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 Estado e à União garantir a todos o direito à saúde.

Acesso ao Sumário

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'*.

Refuta-se, ademais, eventual 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 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, 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).

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: *'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)** e, ainda: *'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.*

Acesso ao Sumário

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)**.

Igualmente, anoto que 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.

Indiscutível, outrossim, o cabimento da sanção pecuniária, tudo para garantir o cumprimento da determinação judicial.

Nesse sentido a jurisprudência do Colendo SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA: ***'Isso considerado, deve-se destacar que é entendimento jurisprudencial sedimentado no âmbito do Superior Tribunal de Justiça a possibilidade de ordem de bloqueio de verbas públicas ou de fixação de astreintes para o fim de garantir o fornecimento de medicamento à pessoa que dele necessite, quando houver o risco de grave comprometimento da saúde do demandante.*** *Precedentes: RMS 33.155/MA, Rel. Ministra Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, DJe 29/08/2011; REsp 1.069.441/PE, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, DJe 17/12/2010; REsp 900.458/RS, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, DJ 13/08/2007; REsp 840.912/RS, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, DJ 23/04/2007; REsp 851.760/RS, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, DJ 11/09/2006; EREsp 770.969/RS, Rel. Ministro José Delgado, Primeira Seção, DJ 21/08/2006.'* (RMS nº 42.494 – GO (2013/0136140-6); Min. Benedito Gonçalves – 1ª TURMA; p. DJe em 07/08/2013, grifo nosso).

Superada esta questão, cumpre ressaltar que o valor arbitrado e ora hostilizado – R$ 1.000,00 – não pode ser considerado exorbitante, principalmente quando em face da Fazenda Pública do Estado com a maior capacidade econômica da Federação. Não se evidencia, destarte, *in casu*, ofensa aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, motivo pelo qual deverá ser mantido.

Por derradeiro, considera-se prequestionada e reputada não violada toda a matéria constitucional e infraconstitucional invocada, anotando-se a desnecessidade de menção expressa a todos os dispositivos legais trazidos a cotejo.

Isso posto, **nega-se provimento aos recursos**.

Acesso ao Sumário

Conflitos de Competência

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência nº 0065988-46.2015.8.26.0000, da Comarca de Sorocaba, em que é suscitante MM. JUIZ DE DIREITO DA VARA DA FAZENDA PÚBLICA DE SOROCABA, é suscitada MMª JUÍZA DE DIREITO DA 2ª VARA CÍVEL DE SOROCABA.

ACORDAM, em Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Julgaram procedente o conflito e competente a MMª Juíza Suscitada. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 38.727)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ADEMIR BENEDITO (VICE-PRESIDENTE) (Presidente), XAVIER DE AQUINO (DECANO) e LUIZ ANTONIO DE GODOY (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PRIVADO).

São Paulo, 29 de fevereiro de 2016.

ADEMIR BENEDITO, Relator e Vice-Presidente

Ementa: CONFLITO DE COMPETÊNCIA – ação de usucapião extraordinária – processamento no Juízo Cível – remessa ao Juízo da Fazenda Pública – impossibilidade – previsão em Lei Municipal que qualifica o terreno objeto da ação de usucapião como incluso em área especial de interesse social – norma que não evidencia o interesse do Município na demanda – manifestação do Poder Público favorável à pretensão do autor – causa que não se insere no âmbito do regime jurídico administrativo (art. 36 do Código Judiciário do Estado de São Paulo) – precedentes – conflito procedente – competência do Juízo suscitado.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de conflito negativo de competência suscitado pelo MM. Juiz da Vara da Fazenda Pública da Comarca de Sorocaba, em face da MMª Juíza da 2ª Vara Cível da mesma comarca, nos autos da ação de usucapião extraordinária ajuizada por José Aparecido contra Antônio Galdino de Barros.

A Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo acolhimento do conflito, declarando-se competente o magistrado suscitado (fls. 15/17).

É o relatório.

O conflito negativo de competência está configurado, pois os juízes declararam-se incompetentes para processar e julgar a lide (artigo 115, II, do Código de Processo Civil).

Segundo consta, José Aparecido ajuizou ação de usucapião extraordinária, em face de Antônio Galdino de Barros (fls. 05/08).

A demanda foi originalmente distribuída ao Juízo da 2ª Vara Cível da Comarca de Sorocaba, que declinou de sua competência, remetendo os autos à Vara da Fazenda Pública, sob o argumento de que o imóvel pretendido pelo autor está inserido no Plano de Urbanização e de Regularização Fundiária e Urbanística das Zonas ou Áreas Especiais de Interesse Social, a teor do que dispõe a Lei nº 8.451/2008, razão pela qual há interesse da Fazenda Pública no feito (fls. 12).

Discordando desse raciocínio, o Juízo da Vara da Fazenda Pública de Sorocaba suscitou o presente conflito, sustentado que a Lei Municipal nº 8.451/2008, da Comarca de Sorocaba, apenas estabelece uma "carta de intenções", o que não evidencia o interesse do Município no imóvel localizado em Área de Especial Interesse Social. Assevera, ainda, que instado a se manifestar, o Município de Sorocaba não se opôs ao reconhecimento da usucapião pretendida pelo autor (fls. 02/04).

Com razão o suscitante.

Em primeiro grau de jurisdição, a competência para o processamento pela Vara da Fazenda Pública é determinada, essencialmente, em razão da pessoa. Assim, o primeiro passo é verificar se quaisquer das partes se enquadram em alguma das categorias mencionadas pelo artigo 36 do Código Judiciário do Estado de São Paulo, que têm a seguinte redação:

> ***"Artigo 36. – Aos Juízes das Varas da Fazenda Municipal compete:***
>
> ***I – processar, julgar e executar os feitos, contenciosos ou não, principais, acessórios e seus incidentes, em que o Município da Capital e respectivas entidades autárquicas ou paraestatais forem interessados na condição de autor, réu, assistente ou opoente, executados:***
>
> ***a) os de falência;***
>
> ***b) os de acidentes do trabalho.***
>
> ***II – conhecer e decidir as ações populares que interessem ao Município da Capital, suas autarquias e entidades paraestatais; e***
>
> ***III – cumprir cartas precatórias e rogatórias em que seja interessado o Município da Capital.***
>
> ***Parágrafo único. – As causas propostas perante outros juízes, desde que o Município da Capital nelas intervenha como litisconsorte, assistente ou opoente, passarão à competência das Varas da***

Fazenda Municipal".

Nota-se que, no caso em análise, a previsão da Lei Municipal nº 8.451/2008, da Comarca de Sorocaba, que qualifica o terreno objeto da ação de usucapião como incluso em área especial de interesse social, não é suficiente para sustentar a conclusão de interesse do Município na demanda.

Ademais, conforme noticia o suscitante, o Município não se opôs ao reconhecimento da usucapião do autor quando instado a se manifestar (fls. 3), o que evidencia o desinteresse do Município no objeto da demanda.

Deste modo, uma vez que o caso não se amolda ao disposto no artigo 36 do Código Judiciário do Estado, não há que se falar em competência da Vara da Fazenda Pública.

Esse é o raciocínio adotado em precedentes desta Câmara Especial:

"CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. Ação de usucapião especial urbano. Vara Cível e Vara da Fazenda Pública, ambas de Sorocaba. Matéria que, a princípio, demonstra estar afeta aos interesses do Estado, nos termos do art. 35 e 36 do Código Judiciário do Estado de São Paulo. Ausência, todavia, de manifestação da Fazenda Pública aduzindo a existência de interesse público na causa. Impossibilidade de deslocamento de competência no início da demanda, antes da eventual manifestação da Fazenda Pública.

A mera inclusão da área em que localizado o imóvel em Plano de Urbanização e de Regularização Fundiária e Urbanística das Zonas ou Áreas Especiais de Interesse Social do Município de Sorocaba não implica o deslocamento da competência para o Juízo especializado. Conflito julgado procedente para declarar a competência do MM. Juízo suscitado". (Conflito de Competência nº 0042187-04.2015.8.26.0000, Relator Juiz Carlos Dias Motta, j. 18/01/2016).

"Conflito negativo de competência. Ação de usucapião especial urbano. Vara Cível e Vara da Fazenda Pública. Matéria que, a princípio, demonstra estar afeta aos interesses do Estado, nos termos do art. 35 e 36 do Código Judiciário do Estado de São Paulo. Ausência, todavia, de manifestação da Fazenda Pública aduzindo a existência de interesse público na causa. Impossibilidade de deslocamento de competência no início da demanda, antes da eventual manifestação da Fazenda Pública. Competência do Juízo suscitado da 2ª Vara Cível de Sorocaba. Conflito procedente." (Conflito de Competência nº 0038659-59.2015.8.26.0000, Relatora Juíza Lídia Conceição, j. 09/11/2015).

Do exposto, declara-se competente o Juízo suscitado, 2ª Vara Cível da Comarca de Sorocaba.

Acesso ao Sumário

Conflitos de Jurisdição

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Jurisdição nº 0065693-09.2015.8.26.0000, da Comarca de Guarulhos, em que é suscitante MM. JUIZ DE DIREITO DA VARA DO JUIZADO DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER DE GUARULHOS, é suscitado MM. JUIZ DE DIREITO DA 2ª VARA CRIMINAL DE GUARULHOS.

ACORDAM, em Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Conheceram do presente conflito de jurisdição e declararam a competência da Vara do Juizado de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher de Guarulhos. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 37.707)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ADEMIR BENEDITO (VICE-PRESIDENTE) (Presidente) e XAVIER DE AQUINO (DECANO).

São Paulo, 29 de fevereiro de 2016.

SALLES ABREU, Relator e Presidente da Seção de Direito Criminal

Ementa: CONFLITO NEGATIVO DE JURISDIÇÃO – DENÚNCIA PELO CRIME DO ART. 217-A C.C. 68, II, f, CÓDIGO PENAL – INCIDÊNCIA DA LEI Nº 11.340/2006 – AMIZADE COM O PAI DA VÍTIMA QUE GEROU A CONVIVÊNCIA POR MAIS DE DOIS ANOS DO AGRESSOR COM A VÍTIMA NA MESMA UNIDADE DOMÉSTICA – CONFIANÇA GERADA PELA CONVIVÊNCIA – SILÊNCIO DA VÍTIMA EM AGRESSÕES ANTERIORES – CONFIGURAÇÃO DA ASCENDÊNCIA DE VONTADE DO AGRESSOR SOBRE A VÍTIMA – VIOLÊNCIA DE GÊNERO CONFIGURADA – COMPETÊNCIA DA VARA DO JUIZADO DA VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de conflito de jurisdição suscitado pelo MM. Juiz da Vara de

Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher da Comarca de Guarulhos em face do MM. Juiz da 2ª Vara Criminal, que lhe determinou a distribuição de processo crime que apura eventual delito de estupro de vulnerável praticado por O.M.P. contra R.C.G.O., na época com 13 anos de idade.

Consta dos autos que o réu era amigo do genitor da vítima e morava de favor na residência da família desta, tendo mantido relação sexual com a vítima, que acabou por ficar grávida.

O suscitante entende que não há falar em violência doméstica, por não haver motivação de gênero ou situação de vulnerabilidade, enquanto que o suscitado afirma que estão presentes os requisitos da Lei nº 11.340/2006.

Designado o Juízo suscitante para dirimir e decidir questões urgentes (fls. 79).

A Procuradoria Geral de Justiça opinou pela improcedência do conflito, declarando-se a competência da Vara do Juizado da Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher de Guarulhos.

É o relatório.

VOTO.

Conheço do conflito negativo de jurisdição, nos termos do art. 114, II, CPP, eis que duas autoridades judiciais se declaram incompetentes para o conhecimento de determinada ação penal.

A questão posta é a existência ou não de conduta que se amolde, em seus aspectos subjetivo e objetivo, aos requisitos do art. 5º, *caput* e inciso I, da Lei nº 11.340/2006.

Segundo o que consta dos autos, o acusado O.M.P., no final do mês de (...), teria mantido conjunção carnal com a vítima R.C.G.O., então com menos de 14 anos, prevalecendo-se das relações domésticas, de coabitação e hospitalidade. O acusado, àquele tempo, residia no mesmo imóvel da vítima por mais de dois anos, **de favor**, por ser amigo de seu pai.

Dispõe o art. 5º, *caput* e inciso I, da Lei nº 11.340/2006:

"Art. 5º Para os efeitos desta Lei, configura violência doméstica e familiar contra a mulher ***qualquer ação ou omissão baseada no gênero*** *que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial:*

I – no ***âmbito da unidade doméstica****, compreendida como o* ***espaço de convívio permanente*** *de pessoas, com ou* ***sem vínculo familiar, inclusive as esporádicas****.*

(...)"

O caso concreto demonstra claramente a existência de violência baseada no gênero. Esta, por certo, leva em consideração a relação de fato existente entre

Acesso ao Sumário

o agressor e a vítima, aproveitando-se aquele de uma condição particular da mulher agredida para perpetrar o ilícito.

No caso concreto, observa-se, no conjunto de condutas imputadas ao acusado, a atuação a partir de uma posição dominante e de aproveitamento da condição de mulher e menor da vítima. Observa-se, no depoimento prestado na fase policial, que a vítima descreveu tentativa de estupro em data anterior, não relatada aos pais por natural medo das consequências, tendo em vista o fato do autor da agressão ser colega de trabalho de seu pai e morador do mesmo imóvel.

Mais ainda, após a consumação do crime, em outra data, manteve-se a vítima ainda em silêncio, temerosa em denunciar o agressor a seus pais, muito por conta do vínculo de amizade com o agressor, somente o fazendo quando, tempos depois, descobriu-se grávida, comprovando-se, no decorrer do inquérito, que a paternidade era do estuprador.

O fato de a vítima ser agredida sexualmente em ato anterior e calar por medo das consequências da denúncia, sendo a agressão repetida em data posterior, levando a cabo o ato sexual não consentido com menor de 13 anos, novamente ocultada da família, permanecendo a vítima a residir no mesmo imóvel do agressor, está bem a demonstrar o abuso da posição prevalente do gênero masculino sobre o feminino, mormente em se tratando de agressão sexual. A vulnerabilidade fática aqui se mostra presente, seja pela condição de menor da vítima, seja pela sujeição a ataques anteriores sem qualquer denúncia aos pais, o que demonstra sujeição moral ao agressor que, sendo amigo dos pais da vítima, utilizou-se de tal subterfúgio para perpetrar a agressão.

Assim, demonstrado está o requisito do art. 5º, *caput*, da Lei nº 11.340/2006, configurada a violência fundada no gênero.

Além da violência baseada no gênero, também se observa a ocorrência da violência nas condições estabelecidas no inciso I do mesmo art. 5º, ou seja, no âmbito da unidade doméstica, compreendida como espaço de convivência permanente de pessoas, mesmo sem vínculo familiar, **"inclusive esporadicamente agregadas"**.

Este o caso dos autos.

O agressor, ao que consta, passou a residir na mesma unidade doméstica da vítima por ser amigo de seu pai, dividindo o mesmo espaço, isto há mais de dois anos. A convivência contínua gerou uma relação de confiança, seja em relação à vítima, seja em relação a seus pais, tanto que permitiam que ficasse sozinha em casa com o mesmo.

Isto demonstra a inclusão do agressor no cotidiano doméstico como integrante, ainda que esporádico e sem vínculo familiar. O que importa, aqui, é a existência de um vínculo de confiança e convivência apto a diminuir a defesa natural de qualquer pessoa em face de um estranho, bem como permitir

o surgimento de uma relação de sobreposição de vontades, prevalecendo a do agressor sobre a da vítima.

Presentes, portanto, os requisitos do art. 5º, *caput* e inciso I, da Lei nº 11.340/2006, sendo competente para apreciar o processo por suposta prática do crime do art. 217-A c.c. art. 61, II, *f*, ambos do Código Penal, do juízo suscitante, no caso, a Vara do Juizado de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher de Guarulhos.

Por tais fundamentos, **CONHEÇO** do presente conflito de jurisdição e declaro a competência da Vara do Juizado de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher de Guarulhos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Jurisdição nº 0066260-40.2015.8.26.0000, da Comarca de Praia Grande, em que é suscitante MM. JUIZ DE DIREITO DA 2ª VARA CRIMINAL DE PRAIA GRANDE, é suscitado MM. JUIZ DE DIREITO DA VARA DO JUIZADO ESPECIAL CÍVEL E CRIMINAL DE PRAIA GRANDE.

ACORDAM, em Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Julgaram procedente o conflito e competente o MM. Juiz suscitado. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 38.783)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ADEMIR BENEDITO (VICE-PRESIDENTE) (Presidente), XAVIER DE AQUINO (Decano) e LUIZ ANTONIO DE GODOY (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PRIVADO).

São Paulo, 29 de fevereiro de 2016.

ADEMIR BENEDITO, Relator e Vice-Presidente

Ementa: Conflito de Jurisdição – infrações de menor potencial ofensivo – pedido de realização de diligências, que consistem no retorno dos autos à Delegacia de Polícia para a oitiva de eventuais testemunhas e para a juntada de laudos periciais – providências sem complexidade aptas a inibir a incidência dos ditames da Lei nº 9.099/95 – inteligência do artigo 77, § 2º – precedentes – conflito procedente – competência do Juízo suscitado.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de conflito negativo de jurisdição suscitado pelo MM. Juiz da 2ª Vara Criminal de Praia Grande em face do MM. Juiz da Vara do Juizado Especial Cível e Criminal da mesma Comarca, no qual se questiona a competência para o processamento dos delitos de lesão corporal leve e de injúria, em tese, praticados por T.R.A.

Opinou a Procuradoria Geral de Justiça pela procedência do conflito, declarando-se a competência do Juízo suscitado (fls. 43/45).

É o relatório.

O conflito negativo de jurisdição está configurado, nos termos do artigo 114, I, do Código de Processo Penal, uma vez que ambos os Juízos manifestaram a incompetência para processar e julgar eventual ação fundada nos delitos apurados.

No caso dos autos, embora não tenha sido oferecida denúncia contra a investigada e, portanto, não exista processo em andamento, impõe-se o conhecimento do presente conflito.

Segundo consta, foi instaurado inquérito policial para apuração da prática dos delitos de lesão corporal leve e injúria, atribuídos à T.R.A.

Enquanto o feito tramitava perante o Juizado Especial Cível e Criminal de Praia Grande, a i. Promotora de Justiça requereu "a remessa dos autos à Delegacia para a oitiva de eventuais testemunhas e a juntada dos laudos periciais já requisitados" (fls. 21).

Em seguida, sobreveio decisão proferida pelo MM. Juiz do Juizado Especial que declinou da competência por considerar a necessidade de diligências, incompatível com o rito da Lei nº 9.099/95, determinando a redistribuição dos autos a uma das varas do Juízo comum (fls. 22).

É certo que as condutas criminosas atribuídas à investigada são de menor potencial ofensivo, porquanto previstas penas máximas não superiores a dois anos.

Acesso ao Sumário

A questão é saber se as diligências solicitadas se revestem de complexidade incompatível com o Juizado Especial Criminal, justificando a redistribuição do feito para o Juízo comum.

A realização das diligências para eventual oitiva de testemunhas e para a juntada de laudos periciais já requisitados, em princípio, não se caracteriza como providência complexa, de modo que inaplicável o artigo 77, § 2º, da Lei nº 9.099/95.

Este artigo preceitua que cabe ao Ministério Público, identificando complexidade ou circunstâncias que não permitam a formulação da denúncia,

requerer o encaminhamento das peças ao Juízo comum.

Além disso, as diligências requeridas são simples e relativamente rápidas, de forma que não afrontam a celeridade esperada do rito do Juizado.

Em casos muito semelhantes, pronunciou-se esta Câmara Especial:

"CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA – Ação penal para apuração da prática, em tese, de crime de desacato – Infração de menor potencial ofensivo – Remessa dos autos ao Juízo da Vara Criminal Comum, em razão de pedido, pelo Ministério Público, de realização de exame de insanidade mental – Descabimento – Inexistência de complexidade na realização de mero exame de insanidade mental – Inaplicabilidade do disposto no artigo 77, parágrafo segundo, da lei 9.099/95 – Conflito julgado procedente – Competência do juízo suscitante." (Conflito de Jurisdição nº 0266967-63.2011.8.26.0000, rel. Des. Claudia Grieco Tabosa Pessoa, julgado em 27.8.2012).

"Ementa: Conflito de Jurisdição – Infração de menor potencial ofensivo – Realização de exame pericial, consubstanciado em diligência ordinária – Ausência de complexidade que não compromete o processamento perante o Juizado suscitado – Conflito procedente, sendo competente o Juízo Suscitado." (Conflito de Jurisdição nº 0568369-43.2010.8.26.0000, rel. Des. José Santana, Vice-Presidente do Tribunal de Justiça, julgado em 11.4.2011).

Neste mesmo sentido, como destacado pelo Juiz suscitante (fls. 34), o enunciado nº 60 do FONAJE:

"Exceção da verdade e questões incidentais não afastam a competência dos Juizados Especiais, se a hipótese não for complexa".

Do exposto, configurado o conflito de jurisdição, declara-se competente o Juizado Especial Cível e Criminal de Praia Grande.

Habeas Corpus

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de *Habeas Corpus* nº 2003187-26.2016.8.26.0000, da Comarca de Franca, em que é impetrante DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO e paciente M.P.C.

ACORDAM, em Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo,

Acesso ao Sumário

proferir a seguinte decisão: "Denegaram a ordem de 'habeas corpus' impetrada em favor de M.P.C. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 37.436)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ADEMIR BENEDITO (VICE-PRESIDENTE) (Presidente) e XAVIER DE AQUINO (DECANO).

São Paulo, 29 de fevereiro de 2016.

SALLES ABREU, Relator e Presidente da Seção de Direito Criminal

Ementa: *Habeas Corpus* – Infância e Juventude – Paciente responsabilizado pela prática de ato infracional equiparado ao crime de tráfico de drogas – Aplicação de medida socioeducativa de internação – Pleito de reconhecimento da ilegalidade da medida imposta – Descabimento – Medida socioeducativa de internação necessária e proporcional à gravidade dos fatos, às condições pessoais dos infratores e, ainda, à evidente e acentuada situação de vulnerabilidade e de risco em que eles se encontram – Inteligência do artigo 122, do ECA – Excepcionalidade e necessidade demonstradas – A Súmula nº 492, do C. S.T.J. não veda a imposição de medida socioeducativa de internação, apenas estabelece que a medida deve ser aplicada consoante o caso concreto – A internação, no caso em tela, é necessária em face da gravidade do fato e das condições pessoais dos adolescentes – Ordem denegada.

VOTO

Trata-se de *habeas corpus* impetrado pela Defensora Pública Mariana Carvalho Nogueira, com pedido liminar, em favor do paciente **M.P.C.**, apontando como autoridade coatora o **MM. Juiz de Direito da Vara da Infância e Juventude da comarca de Franca**, a quem afirma a prática de constrangimento ilegal. Alega, em síntese, que o paciente foi representado pela prática de ato infracional equiparado ao crime de tráfico de drogas, previsto no artigo 33, "*caput*", da Lei nº 11.343/06. Aponta ilegalidade da imposição da medida socioeducativa de internação. Atesta que a gravidade em abstrato da conduta, por si só, não pode servir de fundamento para a aplicação da medida imposta ao paciente. Assevera que estão ausentes os requisitos elencados no artigo 122, incisos I, II e III, do ECA. Esclarece que o ato infracional imputado ao

Acesso ao Sumário

paciente não foi cometido com emprego de violência ou grave ameaça à pessoa; que não houve reiteração de infrações graves por parte dele, ressaltando que processos em andamento e medidas socioeducativas impostas com remissão não geram sequer reincidência; bem como não houve descumprimento reiterado e injustificado, por parte do adolescente, de qualquer outra medida imposta. Atesta que o ato infracional equiparado ao crime de tráfico de drogas, considerando apenas a gravidade em abstrato da conduta, por si só, não justifica a aplicação da medida de internação. Argumenta com o disposto na Súmula 492, do S.T.J. (Superior Tribunal de Justiça). Requer, por fim, o deferimento da liminar para determinar a desinternação do paciente, a fim de que seja posto em liberdade.

Indeferida a liminar pleiteada (fls. 22/24), vieram aos autos as informações prestadas pela autoridade apontada coatora (fls. 29/30).

Após, veio o parecer da douta Procuradoria Geral de Justiça que pugna pelo não conhecimento do *writ* ou, se conhecido, pela denegação da ordem (fls. 33/39).

É o relatório.

A presente ordem de *habeas corpus* é de ser denegada, face à ausência do apontado constrangimento ilegal.

Trata-se de paciente representado pela prática de ato infracional equiparado ao crime de tráfico de drogas, previsto no artigo 33, *"caput"*, da Lei nº 11.343/06.

Pretende a impetrante a concessão da ordem para que seja reconhecida a ilegalidade da medida socioeducativa de internação aplicada ao paciente.

Razão não assiste à impetrante.

Verifica-se as fls. 12/20 que a r. sentença julgou procedente a representação e aplicou ao paciente a medida socioeducativa de internação, por prazo indeterminado, com fulcro no artigo 122, inciso I, da Lei nº 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente).

Convém destacar que a r. sentença encontra-se devidamente fundamentada e deve ser mantida, visto que a autoridade apontada coatora justificou a necessidade imperiosa da aplicação da medida de internação, uma vez que reconheceu a prática do ato infracional após análise acurada do conjunto probatório.

Consta dos autos que o adolescente guardava, para consumo de terceiros, 36,7g de "cocaína", na forma de 108 (cento e oito) pedras de *crack*, individualmente embaladas em papel alumínio e divididas em 09 (nove) saquinhos, contendo cada um deles 12 (doze) pedras, prontas para a venda. O paciente é reincidente, tendo sido submetido anteriormente ao cumprimento de medida de internação, também pela prática de tráfico de entorpecentes, porém, restou evidenciado que a medida aplicada não foi suficiente para ressocializá-lo,

Acesso ao Sumário

uma vez que voltou a infracionar.

A tese sustentada pela impetrante, de que estão ausentes quaisquer das hipóteses elencadas no artigo 122, do ECA, não merece ser acolhida.

Cumpre mencionar que o paciente foi responsabilizado pela prática de ato infracional grave análogo ao crime de tráfico de substâncias entorpecentes – que atemoriza a sociedade, a qual clama por justiça e segurança. Quando o crime ou o ato infracional é grave, de particular repercussão, como no caso em tela, com reflexos negativos e traumáticos na vida de muitos, propiciam àqueles que tomam conhecimento da sua realização um forte sentimento de impunidade e de insegurança, cabendo, por isso, ao Judiciário, determinar o recolhimento do agente.

A aplicação da medida socioeducativa de internação se mostra adequada, no caso em apreço, não só para acautelar a sociedade da prática do pernicioso ato, mas e principalmente, para afastar o adolescente da evidente e acentuada situação de risco em que se encontra, em razão da sua ampla exposição ao mundo do crime, como forma de materializar o princípio da proteção integral.

Ressalte-se que, na hipótese em questão, a medida socioeducativa de internação não foi imposta apenas com base na gravidade abstrata do crime, levando também consideração as condições pessoais do menor e a natureza do ato infracional em discussão.

De fato o inciso I, do artigo 122, do ECA estabelece que a internação só poderá ser aplicada quando o ato infracional for cometido mediante grave ameaça ou violência a pessoa. Todavia, não há que se olvidar que a conduta do agente, qual seja, a de trazer consigo substância entorpecente causadora de dependência física e psíquica, com finalidade de comercialização, como no caso dos autos, leva o usuário a condições deploráveis e até à morte, evidenciando, contudo, violência e grave ameaça à pessoa, além de representar elevado risco à saúde pública.

Ademais disso, o referido dispositivo legal não deve ser interpretado de forma restrita, pois, se assim fosse, os atos infracionais equiparados a crimes de menor potencial ofensivo, como: lesão corporal leve, ameaça e constrangimento ilegal seriam suscetíveis de internação, enquanto que o ato infracional equiparado ao tráfico de drogas, equiparado ao crime hediondo, não poderia ensejar a internação, sob pena de violação ao princípio constitucional da proporcionalidade.

Mais a mais, importante destacar que o tráfico de drogas representa risco concreto para a sociedade, que se vê refém dos efeitos nefastos do comércio espúrio, bem como fomenta a ocorrência de diversos outros atos infracionais e crimes graves, o que justifica a imposição de medida socioeducativa mais severa ao adolescente, como a de internação, conforme previsto no artigo 112, § 1º, do

Acesso ao Sumário

ECA.

A respeito do tema, a Súmula nº 492 do Superior Tribunal de Justiça não veda a imposição de medida socioeducativa de internação, apenas estabelece que a medida deva ser aplicada consoante o caso concreto. E no caso em exame, a internação é necessária em face da gravidade do fato e das condições pessoais do adolescente.

Destarte, a medida de internação aplicada ao paciente não comporta reparo, eis que justificada sua excepcionalidade e necessidade.

Logo, inexiste qualquer ilegalidade a ensejar a pretendida aplicação de outra medida em meio aberto.

Por fim, ausente o apontado constrangimento ilegal, a denegação da ordem é de rigor.

Ante o exposto, pelo meu voto, **denega-se a ordem de *"habeas corpus"*** impetrada em favor de **M.P.C.**

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de *Habeas Corpus* nº 0081574-26.2015.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que são impetrantes J.C.S., R.P.B. e A.F. e pacientes ESTUDANTES DA REDE PÚBLICA DE ENSINO DO ESTADO DE SÃO PAULO, são impetrados GOVERNADOR DO ESTADO DE SÃO PAULO, SECRETÁRIO DE SEGURANÇA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO e COMANDANTE GERAL DA POLÍCIA MILITAR DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Indeferiram *in limine* o presente *habeas corpus*, não conhecendo da ordem. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 37.192)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ADEMIR BENEDITO (VICE-PRESIDENTE) (Presidente) e SALLES ABREU (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO CRIMINAL).

São Paulo, 14 de março de 2016.

RICARDO DIP, Relator e Presidente da Seção de Direito Público

HABEAS CORPUS.

– Programa de reorganização da rede estadual paulistana – ocupação dos prédios das Instituições estudantis do Estado de São Paulo.

Acesso ao Sumário

– O *habeas corpus* deve ser instruído com as peças que se mostram indispensáveis à compreensão da controvérsia apontada, bem como que possibilitem a veracidade do alegado pelos impetrantes, mormente no que toca a qualificação dos jovens que estão ameaçados de sofrer violência ou coação, em especial a idade de cada um dos pacientes.

– Ordem não conhecida.

– Exegese dos arts. 662 e 663 do Código de Processo Penal e 248 do Regimento Interno do Tribunal de Justiça.

VOTO

RELATÓRIO:

1. Cuida-se de *habeas corpus* preventivo impetrado por J.C.S., R.P.B. e A.F. em favor dos Estudantes da Rede Pública de Ensino do Estado de São Paulo, contra o Governador do Estado de São Paulo, o Secretário de Segurança Pública do Estado e o Coronel Comandante Geral da Polícia Militar do Estado, pela suposta ameaça à liberdade de ir e vir dos estudantes.

Alegam os impetrantes, em suma, que em razão do descontentamento dos estudantes com o Programa de Reorganização da Rede Estadual Paulista houve manifestações contra o fechamento das escolas e redução no número de vagas. Argumentam, ainda, coação ilegal contra um festival com o apoio de artistas brasileiros, marcado para o dia (...), certo que os estudantes têm direito a manifestações pacíficas, de livre expressão do pensamento e de liberdade de locomoção.

Pleiteiam a garantia de liberdade àqueles que ocupam as instituições de ensino em todo território do Estado de São Paulo (fls. 2-19).

É a síntese do necessário.

VOTO:

2. O *writ* deve ser instruído com as peças que se mostram indispensáveis à compreensão da controvérsia apontada, bem como que possibilitem a veracidade do alegado pelos impetrantes, mormente no que toca a qualificação das pessoas ameaçadas de sofrer violência ou coação, requisito estabelecido pela al. "a" do § 1º do art. 654 do Decreto-Lei nº 3.689/1941 (de 3-10).

3. Descabida a roupagem coletiva dada ao *habeas corpus*. O qual se presta a proteger a liberdade individual e exige a identificação do paciente. Em consulta ao processo, verifica-se que os impetrantes, embora devidamente intimados, não apresentaram os documentos necessários para análise do pedido, em especial,

Acesso ao Sumário

a idade de cada um dos pacientes, o que impede, também, a verificação da competência desta Câmara para a apreciação da matéria, conforme e-págs. 26-27.

Destacam-se manifestações do Superior Tribunal de Justiça:

"*HABEAS CORPUS*. ASSOCIAÇÃO E TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. PRISÃO EM FLAGRANTE EM 22/12/2009. EXCESSO DE PRAZO PARA FORMAÇÃO DA CULPA. *WRIT* DEFICIENTEMENTE INSTRUÍDO. ORDEM NÃO CONHECIDA. 1. A via estreita do *habeas corpus* restringe-se ao exame do mérito da impetração às provas pré-constituídas juntadas aos autos e às informações judiciais prestadas, de forma que compete ao impetrante instruir o pedido com documentos suficientes para aferição da ilegalidade apontada, não sendo possível maior dilação probatória. 2. *In casu*, verifica-se que o impetrante deixou de juntar à peça inicial quaisquer documentos capazes de dar respaldo probatório às suas alegações, como o próprio acórdão impugnado. 3. Ordem não conhecida" (HC 187809/BA, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 01/12/2011, DJe 12/12/2011).

"AGRAVO REGIMENTAL EM *HABEAS CORPUS*. AUSÊNCIA DE PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA. *WRIT* INDEFERIDO LIMINARMENTE. MANIFESTA INVIABILIDADE. AGRAVO IMPROVIDO. 1. A ausência do inteiro teor do acórdão que denegou o *writ* originário impede esta Corte Superior de analisar as teses levantadas pela impetração, pois o *habeas corpus*, em sua estreita via, deve vir instruído com todas as provas pré-constituídas, já que não se admite dilação probatória. 2. Agravo regimental improvido" (AgRg no HC 225887/MG, Rel. Min. MARCO AURÉLIO BELLIZZE, QUINTA TURMA, julgado em 13/12/2011, DJe 01/02/2012).

5. Acrescente-se, por fim, a suspensão pelo Governo do Estado de São Paulo, em dezembro de 2015, de todo o projeto de reorganização da rede de ensino estadual, com consequente desocupação pacífica das escolas.

DO EXPOSTO, indefiro *in limine* o presente *habeas corpus*, não conhecendo da ordem.

Acesso ao Sumário

CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0005617-68.2014.8.26.0286, da Comarca de Itu, em que é apelante TERRAS DE SÃO JOSÉ URBANIZAÇÃO PORTELLA, é apelado OFICIAL DE REGISTRO DE IMÓVEIS E ANEXOS DA COMARCA DE ITU.

ACORDAM, em Conselho Superior de Magistratura do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "POR MAIORIA DE VOTOS, DERAM POR PREJUDICADA A DÚVIDA, NÃO CONHECENDO DO RECURSO. VENCIDOS OS DESEMBARGADORES JOSÉ CARLOS GONÇALVES XAVIER DE AQUINO, RICARDO HENRY MARQUES DIP, QUE DECLARARÁ VOTO, E RENATO DE SALLES ABREU FILHO." Integram este acórdão os votos dos Desembargadores Relator e Ricardo Henry Marques Dip. **(Voto nº 29.103)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores PAULO DIMAS MASCARETTI (PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA), ADEMIR BENEDITO (VICE-PRESIDENTE), XAVIER DE AQUINO (DECANO), LUIZ ANTONIO DE GODOY (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PRIVADO), RICARDO DIP (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO) e SALLES ABREU (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO CRIMINAL).

São Paulo, 15 de março de 2016.

PEREIRA CALÇAS, Relator

Ementa: REGISTRO DE TÍTULOS E DOCUMENTOS – ATA DE ASSEMBLEIA GERAL ORDINÁRIA DE CONDOMÍNIO – Registro para fins de mera conservação na forma do art. 127, VII, da LRP – Irresignação parcial – Dúvida prejudicada – Recurso não conhecido.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de recurso de apelação interposto contra a r. decisão de fls.75/76, que manteve a recusa do Oficial de Registro de Imóveis, Títulos e Documentos e Civil de Pessoa Jurídica da Comarca de Itu em registrar Ata de Assembleia Geral Ordinária do Condomínio Terras de São José, por entender inexistente

"condomínio" em espécie, mas loteamento urbano.

Alega o recorrente, em síntese, que nunca se pretendeu registrar qualquer ata de reunião feita pelos moradores/proprietários que dissesse respeito ao Serviço Registral Imóvel, e que não se trata de querer levar a crer que o empreendimento é um "Condomínio Edilício", pois, o que se pretende, é apenas a transcrição das reuniões realizadas pelos proprietários junto ao serviço registral de títulos e documentos, para fins exclusivos de conservação, conforme previsto no artigo 127, inciso VII, da Lei nº 6.015/73, e que somente estão sujeitos ao registro para surtir efeitos em relação a terceiros os casos taxativamente arrolados no artigo 129 da mesma Lei.

A D. Procuradoria Geral da Justiça opinou pelo provimento do recurso.

A decisão de fls.120/120verso determinou a remessa dos autos ao Conselho Superior da Magistratura, competente para julgar o recurso de apelação interposto neste procedimento de dúvida inversa.

É o relatório.

O recorrente não impugnou a exigência de ser suprida a omissão no que se refere à qualificação completa do síndico, representante legal do "condomínio", e que consta das cinco notas devolutivas apresentadas (fls. 7/8, 13/14, 19/20, 25/26 e 54/55).

O conformismo manifestado prejudica a dúvida, pois, não há possibilidade de sanar a falta no curso do procedimento. No procedimento de dúvida, ou as exigências são indevidas e o título ingressa no fólio real, ou são devidas e devem ser cumpridas para possibilitar o registro.

Logo, configurada a resignação e a pretensão de ser proferida decisão condicional, que depende do posterior suprimento da omissão mencionada nas notas devolutivas, deve-se ter como prejudicada a dúvida, e, consequentemente, o recurso não deve ser conhecido pela ausência de interesse, porque não será possível alcançar a finalidade prática pretendida, que é o registro do título.

Neste sentido foi decidido na Apelação Cível nº 93.875-0/8, j. 06.09.2002, relator Desembargador Luiz Tâmbara, e que se aplica por analogia ao ora examinado:

"A posição do Egrégio Conselho Superior da Magistratura, como bem ressaltado pelo digno Procurador de Justiça, é tranqüila no sentido de se ter como prejudicada a dúvida, em casos como o que se examina, em que admitida como correta uma das exigências, não sendo a outra cumprida, posto que permanece a impossibilidade de acesso do título ao fólio. Nesse sentido os julgados das Apelações Cíveis números 54.073-0/3, 60.046-0/9, 61.845-0/2 e 35.020-0/2.

Posicionar-se de maneira diversa importaria admitir uma decisão condicional pois, somente se atendida efetivamente a exigência tida como

Acesso ao Sumário

correta é que a decisão proferida na dúvida, eventualmente afastando o óbice discutido, é que seria possível o registro do título."

Caso a dúvida não estivesse prejudicada, o registro seria viável.

O recorrente pretende registrar, no Registro de Títulos e Documentos da Comarca de Itu, as Atas de Assembleia Geral Extraordinária e Ordinária do Condomínio Terras de São José (fls. 11/12, 17/18, 23/24, 29/31 e 58/59), com base no art. 127, VII, da Lei nº 6.015/73, que admite a transcrição facultativa de qualquer documento para fins de conservação.

A recusa do registrador funda-se no fato de o "Condomínio Terras de São José" não ter, juridicamente, a natureza de condomínio na forma da Lei nº 4.591/64, mas sim de loteamento, de sorte que, admitido o registro, haveria, conforme decidiu este CSM nos autos da Ap. nº 506-6/1, aparência de regularidade formal e de legalidade a condomínio inexistente.

Não obstante o teor deste julgado que tratou do registro de regulamento interno de condomínio, é preciso considerar que o fato de o condomínio de lotes não existir expressamente no ordenamento jurídico não pode impedir que os titulares de domínio estabeleçam regras a valer entre si em virtude do convívio em conjunto, e nem que levem estas regras a registro para fins de mera conservação na forma prevista na Lei nº 6.015/73.

A assembleia é, em última análise, mero ajuste de vontades firmado entre pessoas de interesse comum. E o registro dela não terá força para convalidar, chancelar ou referendar qualquer defeito jurídico eventualmente existente.

Parece não haver dúvida de que o intuito do registro é apenas o previsto no art. 127, VII, da Lei nº 6.015/73, e não induzir terceiros a erro.

Some-se a isso o fato de que, quando o oficial realiza o registro facultativo, deve fazer a seguinte declaração:

> *registro efetuado, nos termos do art. 127, VII, da Lei de Registros Públicos, apenas para fins de mera conservação, prova apenas a existência, a data e o conteúdo do documento, não gerando publicidade nem efeitos em relação a terceiros. (item 3, do Cap. XIX, das NSCGJ).*

O espírito que deve ser aqui aplicado é o mesmo daqueles casos em que as associações pedem ingresso das respectivas atas de assembleia registro (CG 2014/00012733).

Por fim, vale lembrar que, a despeito da celeuma envolvendo o condomínio de lotes, trata-se de figura com expressa previsão no Capítulo XX, das Normas de Serviço da Corregedoria Geral da Justiça:

222.2. Nas incorporações de condomínio de lotes, a que se refere o art. 3º, do Decreto-lei 271, de 28 de fevereiro de 1967, a execução das obras de infraestrutura equipara-se à construção da edificação, para fins de instituição

Acesso ao Sumário

e especificação do condomínio.

229. O disposto nos arts. 1.331 a 1.358 do Código Civil aplica-se, no que couber, aos condomínios assemelhados, tais como condomínio de lotes, multipropriedade imobiliária, cemitérios e clubes de campo.

Em suma, o registro ora pretendido, se deferido, em nada colocará em risco a veracidade dos registros públicos. De outro lado, servirá de importante fator de segurança para os interessados que o firmaram.

Assim foi decidido em caso análogo pelo Conselho Superior da Magistratura, por maioria de votos, na Apelação nº 0003094-83.2014.8.26.0286, j. 27/01/2015, da relatoria do então Corregedor Geral da Justiça Desembargador Hamilton Elliot Akel.

Ante o exposto, dou por prejudicada a dúvida e não conheço do recurso.

DECLARAÇÃO DE VOTO VENCIDO

(Voto nº 37.395)

1. Registro, à partida, o melhor de meus respeitos pelo eminente Relator da espécie, o Corregedor Geral da Justiça de São Paulo, Des. MANOEL DE QUEIROZ PEREIRA CALÇAS, justa vaidade da Magistratura paulista.

2. Sem embargo, *da veniam*, não me persuado da pertinência de, com decidir prejudicado o exame de dado recurso interposto em processo de dúvida registral, tal o caso destes autos, possa a Turma Julgadora prosseguir na apreciação da matéria de fundo e expedir um adendo de mérito de que não sei exatamente a natureza jurídica.

3. Não se trata, para já, de mera questão processual, bastante embora fosse isto e de toda a sorte a recomendar que **não** se prosseguisse na análise de uma impugnação recursal que se tem por prejudicada.

4. Que espécie de decisão é esta, com efeito, que se adota, pela Turma Julgadora, na sequência da declaração do prejuízo recursório? Trata-se de mera recomendação? Ou orientação? Ou será uma determinação para caso futuro eventual?

5. Não vislumbro como possa, todavia e de logo, o egrégio Conselho Superior da Magistratura bandeirante recomendar, orientar ou determinar para situação **futura** e, por óbvio, **contingente**, quando a autoridade administrativa superior em matéria de registros públicos no Estado de São Paulo é o Corregedor Geral da Justiça paulista e não aquele Conselho. É dizer, a **soberania administrativa**, o poder de decidir em última instância administrativa, é neste campo o do Corregedor e não do Colegiado.

O que o Conselho pode decidir é só quanto ao caso específico e em ato

Acesso ao Sumário

alçado por meio de recurso no processo de dúvida. Se não vier assim, o caso só pode ser apreciado e decidido pelo Corregedor, não pelo Conselho.

6. Mas que valor jurídico deve atribuir-se a este versado adendo de mérito posterior ao reconhecimento do prejuízo recursal?

Se é recomendação ou orientação, não obriga o registrador, nem o corregedor permanente. Se é determinação, opera de modo supressivo do dever de qualificação jurídica inaugural pelo próprio registrador e inibe ainda a possibilidade de o juiz de primeiro grau decidir, de futuro, com independência jurídica.

7. Além disso, como se haverá de impor esse adendo a ulteriores composições do Conselho Superior da Magistratura? Será também uma recomendação ao próprio Conselho para seguir esse adendo? Ou isto lhe será imposto? Esse adendo preclude?

(Lembra-me aqui a, em seu tempo, momentosa reconsideração do Conselho a propósito do caráter da arrematação, e pergunto-me se a **expressa** orientação antiga indicada em alguns ven. acórdãos, afirmando o cariz originário da arrematação, haveria de prevalecer contra o que veio a entender o mesmo Conselho posteriormente).

8. Preocupa-me, ainda, o tema da responsabilidade civil do registrador, tanto seja ele obrigado a observar, **sem determinação explícita** em dado processo, uma recomendação ou orientação, a que, cabe sublinhar, **não estão submetidos os particulares e sequer mesmo a jurisdiçã**o do próprio Tribunal.

9. Por fim, não me posso compadecer, *data venia*, com as ablações de competências legalmente demarcadas. A de primeiro grau, no registro público, é do registrador; segue-se, no Estado de São Paulo, em grau para-hierárquico imediato, a do juiz corregedor permanente; por fim, a do Tribunal, segundo corresponda às disposições regimentais: em regra, a do Corregedor Geral; nos recursos de dúvida, a do Conselho.

Ao proferir-se o adendo de recomendação, orientação ou determinação, guardado o tributo de minha reverência ao entendimento da douta Maioria, malfere-se a **ordem sobreposta de independências jurídicas** (cf., a propósito, art. 28 da Lei nº 8.935/1994, de 18-11: "Os notários e oficiais de registro gozam de independência no exercício de suas atribuições (…)").

TERMOS EM QUE, *cum magna reverentia*, meu voto apenas julga prejudicado o recurso, sem mais acrescentar.

É como voto.

RICARDO DIP, Desembargador Presidente da Seção de Direito Público

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1037988-44.2014.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante ADEMAR GOMES, é apelado 3º OFICIAL DE REGISTRO DE IMÓVEIS DA CAPITAL.

ACORDAM, em Conselho Superior de Magistratura do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "POR MAIORIA DE VOTOS, DERAM POR PREJUDICADA A DÚVIDA, NÃO CONHECENDO DO RECURSO. VENCIDOS OS DESEMBARGADORES JOSÉ CARLOS GONÇALVES XAVIER DE AQUINO, RICARDO HENRY MARQUES DIP, QUE DECLARARÁ VOTO, E RENATO DE SALLES ABREU FILHO." Integram este acórdão os votos dos Desembargadores Relator e Ricardo Henry Marques Dip. **(Voto nº 29.115)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores PAULO DIMAS MASCARETTI (PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA), ADEMIR BENEDITO (VICE-PRESIDENTE), XAVIER DE AQUINO (DECANO), LUIZ ANTONIO DE GODOY (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PRIVADO), RICARDO DIP (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO) e SALLES ABREU (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO CRIMINAL).

São Paulo, 15 de março de 2016.

PEREIRA CALÇAS, Relator

Ementa: Registro de Imóveis – Dúvida julgada prejudicada, impedindo-se o registro de Carta de Sentença, tirada de ação de adjudicação compulsória – Impugnação parcial das exigências – Impossibilidade de cumprimento no curso do procedimento – Ausência de inclusão de proprietários no polo passivo de ação de adjudicação compulsória – Quebra do princípio da continuidade – Sentença de ação de adjudicação compulsória que não está imune ao exame dos requisitos para seu registro – Demais exigências pertinentes – Dúvida Prejudicada – Recurso não conhecido.

VOTO

Trata-se de recurso de apelação interposto contra sentença que julgou prejudicada a dúvida, em face da insurgência parcial quanto às exigências da

Acesso ao Sumário

nota de devolução do Oficial do 3º Registro de Imóveis da Capital.

Cuidou-se de dúvida inversa, porque, ao tentar registrar carta de sentença, oriunda de ação de adjudicação compulsória, o recorrente se deparou com cinco exigências (fls. 147/148), duas referentes ao princípio da continuidade, duas ao princípio da especialidade objetiva e uma concernente ao recolhimento do ITBI.

No entanto, ao longo da suscitação da dúvida inversa, o recorrente limitou-se a impugnar a primeira exigência: ausência de correta formação do polo passivo da ação de adjudicação compulsória, porquanto dois dos proprietários – Francisco Rodrigues e Samuel Anselmo dos Santos, ou seus Espólios, ou herdeiros – não o integraram.

A Douta Procuradoria Geral de Justiça manifestou-se pelo não provimento do recurso.

É o relatório.

A dúvida está prejudicada, o que inviabiliza o julgamento do recurso.

A impugnação das exigências foi apenas parcial e mesmo o item 41.1.2, do Capítulo XX, das NSCGJ (mencionado pelo Oficial à fl. 148 e que deu azo ao despacho de fl. 164), não autoriza o cumprimento ao longo do procedimento. Veja-se seu teor:

41.1.2. No caso de irresignação parcial contra as exigências, o procedimento deverá ser convertido em diligência, ouvindo-se, no prazo igual e sucessivo de 10 (dez) dias, o Oficial do Registro de Imóveis e o suscitante, para que seja definido o objeto da dissensão, ***vedado o cumprimento de exigências durante o procedimento****. Não havendo manifestação do requerente, o procedimento será arquivado, cancelada a prenotação do título, se houver.*

A concordância parcial com as exigências do Oficial prejudica o julgamento do mérito da dúvida, que só admite duas soluções: a determinação do registro do título protocolado e prenotado, que é analisado, em reexame da qualificação, tal como se encontrava no momento em que surgida a dissensão entre a apresentante e o Oficial de Registro de Imóveis; ou a manutenção da recusa do Oficial. Ora, para que se possa decidir se o título pode ser registrado ou não é preciso que todas as exigências – e não apenas parte delas – sejam reexaminadas pelo Corregedor Permanente. Nesse sentido, é pacífica a jurisprudência deste Egrégio Conselho Superior, como demonstra o julgamento da apelação cível nº. 1.118-6/8, rel. Des. Ruy Camilo, de 30 de junho de 2009.

Mas, ainda que fosse possível conhecer do recurso, não haveria como lhe dar provimento.

Em primeiro lugar, ressalte-se que a origem judicial do título não torna prescindível a qualificação registrária, conforme pacífico entendimento do Colendo Conselho Superior da Magistratura:

Acesso ao Sumário

Apesar de se tratar de título judicial, está ele sujeito à qualificação registrária. O fato de tratar-se o título de mandado judicial não o torna imune à qualificação registrária, sob o estrito ângulo da regularidade formal. O exame da legalidade não promove incursão sobre o mérito da decisão judicial, mas à apreciação das formalidades extrínsecas da ordem e à conexão de seus dados com o registro e a sua formalização instrumental (Ap. Cível nº 31881-0/1).

Com efeito, a quebra do princípio da continuidade impede o registro.

Todos os proprietários que constam da matrícula tinham que fazer parte do polo passivo da ação de adjudicação compulsória. É incontroverso que os proprietários Francisco Rodrigues e Samuel Anselmo dos Santos ou seus Espólios ou seus herdeiros não fizeram parte desse polo, tanto que o próprio recorrente pediu, posteriormente, a inclusão perante o Juízo da 9ª Vara Cível de Santana – por onde correu a ação de adjudicação compulsória – e teve seu pedido negado, dado que se fizeram exigências semelhantes às dessa dúvida.

A conclusão, portanto, é que o registro implicaria quebra da continuidade. Sobre o significado do princípio da continuidade, ensina Afrânio de Carvalho:

"O princípio da continuidade, que se apoia no de especialidade, quer dizer que, em relação a cada imóvel, adequadamente individuado, deve existir uma cadeia de titularidade à vista da qual só se fará a inscrição de um direito se o outorgante dele aparecer no registro como seu titular. Assim, as sucessivas transmissões, que derivam umas das outras, asseguram sempre a preexistência do imóvel no patrimônio do transferente. Ao exigir que cada inscrição encontre sua procedência em outra anterior, que assegure a legitimidade da transmissão ou da oneração do direito, acaba por transformá-la no elo de uma corrente ininterrupta de assentos, cada um dos quais se liga ao seu antecedente, como o seu subseqüente a ele se ligará posteriormente. Graças a isso o Registro de Imóveis inspira confiança ao público" (Registro de Imóveis, 4ª edição, Ed. Forense, 1998, pág. 253).

A incorreção da formação do polo passivo, por isso, impede o registro, ainda que haja sentença de procedência em adjudicação compulsória, transitada em julgado.

Ricardo Arcoverde Credie, em obra específica sobre o tema, observa:

"Uma primeira questão nos ocorre: os atos administrativos decorrentes das sentenças constitutivas, da assim dita execução imprópria destas sentenças (representados por certidões, mandados ou cartas de sentença), obrigam o oficial do registro de Imóveis a proceder ao ato registral?

Evidente que não.

A sentença, de per si, não transfere o domínio, como os atos de expropriação de mesmo nome ocorrentes em outros procedimentos também não o transferem, posto que sempre dependentes do registro. Somente o efeito translativo do

Acesso ao Sumário

Jurisprudência - CSM

registro imobiliário, como frisamos linhas atrás, é que efetivamente transfere a propriedade.

Se o vendedor promete outorgar a escritura, na hipótese de descumprimento o Estado só faz emitir declaração de vontade com o mesmo efeito do ato não praticado...

É correto que, nessa ordem de ideias, expedida carta de sentença, mandado ou simples do ato decisório e respectivo trânsito em julgado, não está o serventuário do Registro de Imóveis obrigado a transcrever tal título. Se ocorrer qualquer circunstância impediente, poderá ele solicitar que o interessado a supra, ou poderá, ainda, fazer instaurar processo de dúvida, sendo o caso." (Adjudicação Compulsória, 9ª edição, Malheiros, 2004, p. 90)

Não fosse apenas a quebra da continuidade, as demais exigências encontram arrimo em princípios registrários e norma tributária. A exigência de apresentação de cópia de certidão de casamento de Otília Rodrigues e Agripino Alves da Silva e de Osmidia Rodrigues e Everaldo de Oliveira Santos coaduna-se aos princípios da continuidade e especialidade subjetiva; a solicitação de desdobro, acompanhado de planta e alvará de aprovação da Prefeitura, mais a certidão de comprovação de que o prédio nº 5 da travessa Faustina corresponde ao atual nº 178 da rua Faustina liga-se ao princípio da especialidade objetiva; por fim, o recolhimento de ITBI impõe-se como exigência tributária.

Tais exigências, porém, como visto, sequer foram tempestivamente – quando da suscitação da dúvida – impugnadas.

Nesses termos, pelo meu voto, à vista do exposto, uma vez prejudicada a dúvida, não conheço do recurso.

DECLARAÇÃO DE VOTO VENCIDO

(Voto nº 37.396)

1. Registro, à partida, o melhor de meus respeitos pelo eminente Relator da espécie, o Corregedor Geral da Justiça de São Paulo, Des. MANOEL DE QUEIROZ PEREIRA CALÇAS, justa vaidade da Magistratura paulista.

2. Sem embargo, *da veniam*, não me persuado da pertinência de, com decidir prejudicado o exame de dado recurso interposto em processo de dúvida registral, tal o caso destes autos, possa a Turma Julgadora prosseguir na apreciação da matéria de fundo e expedir um adendo de mérito de que não sei exatamente a natureza jurídica.

3. Não se trata, para já, de mera questão processual, bastante embora fosse isto e de toda a sorte a recomendar que **não** se prosseguisse na análise de uma impugnação recursal que se tem por prejudicada.

Acesso ao Sumário

4. Que espécie de decisão é esta, com efeito, que se adota, pela Turma Julgadora, na sequência da declaração do prejuízo recursório? Trata-se de mera recomendação? Ou orientação? Ou será uma determinação para caso futuro eventual?

5. Não vislumbro como possa, todavia e de logo, o egrégio Conselho Superior da Magistratura bandeirante recomendar, orientar ou determinar para situação **futura** e, por óbvio, **contingente**, quando a autoridade administrativa superior em matéria de registros públicos no Estado de São Paulo é o Corregedor Geral da Justiça paulista e não aquele Conselho. É dizer, a **soberania administrativa**, o poder de decidir em última instância administrativa, é neste campo o do Corregedor e não do Colegiado.

O que o Conselho pode decidir é só quanto ao caso específico e em ato alçado por meio de recurso no processo de dúvida. Se não vier assim, o caso só pode ser apreciado e decidido pelo Corregedor, não pelo Conselho.

6. Mas que valor jurídico deve atribuir-se a este versado adendo de mérito posterior ao reconhecimento do prejuízo recursal?

Se é recomendação ou orientação, não obriga o registrador, nem o corregedor permanente. Se é determinação, opera de modo supressivo do dever de qualificação jurídica inaugural pelo próprio registrador e inibe ainda a possibilidade de o juiz de primeiro grau decidir, de futuro, com independência jurídica.

7. Além disso, como se haverá de impor esse adendo a ulteriores composições do Conselho Superior da Magistratura? Será também uma recomendação ao próprio Conselho para seguir esse adendo? Ou isto lhe será imposto? Esse adendo preclude?

(Lembra-me aqui a, em seu tempo, momentosa reconsideração do Conselho a propósito do caráter da arrematação, e pergunto-me se a **expressa** orientação antiga indicada em alguns ven. acórdãos, afirmando o cariz originário da arrematação, haveria de prevalecer contra o que veio a entender o mesmo Conselho posteriormente).

8. Preocupa-me, ainda, o tema da responsabilidade civil do registrador, tanto seja ele obrigado a observar, **sem determinação explícita** em dado processo, uma recomendação ou orientação, a que, cabe sublinhar, **não estão submetidos os particulares e sequer mesmo a jurisdição** do próprio Tribunal.

9. Por fim, não me posso compadecer, *data venia*, com as ablações de competências legalmente demarcadas. A de primeiro grau, no registro público, é do registrador; segue-se, no Estado de São Paulo, em grau para-hierárquico imediato, a do juiz corregedor permanente; por fim, a do Tribunal, segundo corresponda às disposições regimentais: em regra, a do Corregedor Geral; nos recursos de dúvida, a do Conselho.

Acesso ao Sumário

Ao proferir-se o adendo de recomendação, orientação ou determinação, guardado o tributo de minha reverência ao entendimento da douta Maioria, malfere-se a **ordem sobreposta de independências jurídicas** (cf., a propósito, art. 28 da Lei n. 8.935/1994, de 18-11: "Os notários e oficiais de registro gozam de independência no exercício de suas atribuições (…)").

TERMOS EM QUE, *cum magna reverentia*, meu voto apenas julga prejudicado o recurso, sem mais acrescentar.

É como voto.

RICARDO DIP, Desembargador Presidente da Seção de Direito Público

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1057235-74.2015.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante NEIDE MIRANDA RIBEIRO, é apelado 10º OFICIAL DE REGISTRO DE IMÓVEIS DA COMARCA DA CAPITAL.

ACORDAM, em Conselho Superior de Magistratura do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "DERAM PROVIMENTO AO RECURSO, DETERMINANDO-SE O REGISTRO DA ESCRITURA DE COMPRA E VENDA, V.U. DECLARARÁ VOTO CONVERGENTE O DES. RICARDO HENRY MARQUES DIP.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 29.117)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores PAULO DIMAS MASCARETTI (PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA), ADEMIR BENEDITO (VICE-PRESIDENTE), XAVIER DE AQUINO (DECANO), LUIZ ANTONIO DE GODOY (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PRIVADO), RICARDO DIP (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO) e SALLES ABREU (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO CRIMINAL).

São Paulo, 15 de março de 2016.

PEREIRA CALÇAS, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: Registro de Imóveis – Dúvida julgada procedente, impedindo-se o registro da escritura de compra e venda – Irrelevância da existência de promessa de compra e venda e cessões de direitos – Precedentes do Conselho Superior da Magistratura – Inteligência do art. 1.418 do Código Civil – Quebra

do princípio da continuidade inexistente – Recurso provido, para determinar o registro da escritura de compra e venda.

VOTO

Trata-se de recurso de apelação interposto contra a sentença da MM. Juíza Corregedora Permanente do 10º Oficial do Cartório de Registro de Imóveis da Comarca da Capital, pela qual foi mantida a recusa do registro da escritura pública de compra e venda do imóvel matriculado sob número 122.213, sob o fundamento de que em razão da cadeia de cessões de direitos existente, o outorgante não detém os direitos que transferiu, o que fere o princípio da continuidade, e que é inaceitável a alegação de que o registro das sucessivas promessas na matrícula representam que a cessão anterior foi cumprida.

A apelante descreve as sucessivas transmissões ocorridas, todas por meio de escritura pública, quitadas e registradas na matrícula do imóvel, sem que tivesse ocorrido, em mais de 50 (cinquenta) anos, qualquer suscitação ou cobrança de alguma pendência existente. Menciona precedente do Conselho Superior da Magistratura no qual em caso idêntico foi dado provimento ao recurso de apelação para determinar o registro do título.

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

É o relatório.

A matrícula do imóvel objeto deste procedimento de dúvida aponta como titulares do domínio "Lelio de Toledo Piza e Almeida e sua mulher Stella de Barros Toledo Piza", e possui averbação – "Av.1", que menciona a inscrição nº 14.355 da Serventia, pela qual os titulares do domínio prometeram a venda do bem a "Fenelon Mendes Bernardi e sua mulher Madalena Orelli Bernardi", que pela Av.1 prometeram ceder todos os seus direitos a "José Arthur Da Frota Moreira e sua mulher Daisy Motono Da Frota Moreira", que por sua vez pela Av.2 prometeram ceder parte ideal do imóvel a "Juan Manuel Perez Fernandez e sua mulher Maria De La Concepcion Alvarez", que prometeram ceder todos os direitos pelas Avs. 3 e 4 a "Oswaldo Dall Bello e sua mulher Iracema Marini Da Bello", e estes pela Av.6 prometeram ceder os direitos sobre o imóvel a "Carlos Ribeiro". Consta no "R.4" o registro da partilha de direitos de promessa de cessão dos bens deixados por "Carlos Ribeiro e Deolinda Miranda Ribeiro", pela qual os direitos sobre o imóvel foram partilhados aos herdeiros descritos e na proporção de 1/6, e, no "R.6", o registro da sobrepartilha dos direitos sobre a fração ideal de 1/6 do imóvel, decorrentes do "R.4", aos herdeiros descritos.

A questão controvertida se refere à necessidade ou não da prévia ou concomitante efetivação das promessas de cessão de acordo com a cadeia descrita e que consta da matrícula do imóvel.

Prevalece o posicionamento de que o compromisso de compra e venda, ainda que registrado, configura obrigação de natureza pessoal e não transfere a titularidade do domínio, portanto, a propriedade permanece em nome do alienante, razão pela qual não há de se falar em quebra do princípio da continuidade na hipótese de o promitente vendedor e titular do domínio alienar o bem a terceiro por escritura pública e esta for apresentada para registro. O registro do compromisso de compra e venda e das cessões de direitos dá publicidade à relação obrigacional e gera direitos para a parte prejudicada, caso haja sua inobservância.

A apelante invoca precedente deste Conselho Superior da Magistratura – Apelação Cível nº 0025566-92.2011.8.26.0477, que, ao contrário do que sustentou o Oficial, se refere a caso análogo e se aplica ao ora examinado, conforme passo a transcrever:

"Como já decidido por este E Conselho, acolhendo voto de minha lavra (Processo 0020761-10.2011.8.26-0344, julgado em 25/10/12, da Comarca de Marília) e respeitados os precedentes da 1.ª Vara de Registros Públicos desta Capital, em sintonia com a posição do Registrador, o princípio da continuidade, com a transmissão da propriedade pelos titulares de domínio sem a observância de compromisso de venda e compra registrado em favor de terceiros, não será vulnerado.

De todo modo, a possível falta de conhecimento dos compromissários compradores, a sua ocasional oposição à transmissão da propriedade do imóvel aos adquirentes e a eventual inoponibilidade das cessões de direito, com afastamento de sua repercussão sobre a situação jurídica dele, são circunstâncias despidas de força para comprometer a validade da compra e venda definitiva, para frear o acesso do título ao álbum imobiliário: quando muito, terão potência para relativizar a eficácia, não para atestar a invalidade da transferência coativa da propriedade.

Citando Marco Aurélio S. Viana: 'não se justifica a exigência de registro prévio do contrato senão como forma de tutelar o promitente comprador contra a alienação por parte do promitente vendedor, limitando ou reduzindo o poder de disposição deste, ao mesmo tempo que arma o adquirente de sequela, admitindo que obtenha a escritura até mesmo contra terceiro, na forma indicada no art. 1.418.' (Comentários ao novo Código Civil: dos direitos reais. Sálvio de Figueiredo Teixeira (coord.). Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 695 v. XVI.)

Assim sendo, uma vez constituído o direito real de aquisição, Francisco Eduardo Loureiro acentua, com propriedade: doravante, os "novos atos de disposição ou de oneração praticados pelo promitente vendedor em benefício de terceiros, ainda que de boa-fé, são ineficazes frente ao promitente comprador" (Código Civil comentado: doutrina e jurisprudência. Ministro Cezar Peluso

Acesso ao Sumário

(coord.). 2.ª ed. São Paulo: Manole, 2008. p. 1.453.). Realço: ineficazes, não inválidos.

Quero dizer: se o registro do instrumento particular de compromisso de venda e compra, desnecessário para obtenção da sentença substitutiva do contrato definitivo, não impede o promitente vendedor de transferir a propriedade a terceiros – embora seja idôneo para comprometer a eficácia deste negócio jurídico –, impõe, na mesma linha de entendimento, admitir que o registro de escritura de venda e compra pelos sucessores dos titulares do domínio prescinde do cancelamento do registro do compromisso de venda e compra, ainda que o promitente comprador não tenha participado do negócio jurídico posterior."

No mesmo sentido foi o voto do Desembargador Hamilton Elliot Akel, então Corregedor Geral da Justiça, na Apelação Cível nº 0060889-91.2012.8.26.0100, que tratou da desnecessidade de inclusão dos promitentes compradores e dos cedentes no polo passivo da ação de adjudicação compulsória para o registro da carta de adjudicação.

A exemplo do caso em tela, neste precedente as escrituras de promessa e cessões registradas datavam de mais de cinquenta anos, sem que houvesse no período qualquer impugnação ou cobrança, de modo a indicar ser remota a possibilidade de prejuízos. Transcrevo a ementa do referido voto:

> **"Registro de Imóveis – Dúvida julgada procedente, impedindo-se o registro de Carta de Adjudicação – Desnecessidade da inclusão dos cedentes no polo passivo da ação de adjudicação compulsória, bastando aquele que consta, da matrícula, como proprietário – Precedente do Superior Tribunal de Justiça – Inteligência do art. 1.418 do Código Civil – Quebra do princípio da continuidade inexistente – Não incidência do ITBI, referente às cessões – Recurso provido, determinando-se o registro da carta de adjudicação."**

Nesses termos, pelo meu voto, à vista do exposto, dou provimento ao recurso, para determinar o registro da escritura de compra e venda.

DECLARAÇÃO DE VOTO VENCEDOR

(Voto nº 37.249)

VISTO:

Criação típica brasileira (*vidē* CAMARGO PENTEADO, Luciano de. *Direito das coisas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 421), o **compromisso de compra e venda** de imóvel é, contanto que **registrado**, um **direito real de aquisição** (cf. art. 1.417 do Código civil), modalidade, em rigor,

de garantia e **não** já de **transferência** jus-imobiliária.

Não tem, pois, o registro desse compromisso eficácia ablatória do atributo da disponibilidade tabular quanto ao imóvel seu objeto, atributo que, sem embargo daquele registro, persevera com o *dominus*, e tanto assim é que o promitente comprador, titular do direito real aquisitivo, "pode exigir do promitente vendedor, ou **de terceiros, a quem os direitos deste forem cedidos**, a outorga da escritura definitiva de compra e venda" (art. 1.418 do Cód. civ.; o realce gráfico não é do original).

Ora, o referido direito do promitente **vendedor**, sendo relativo a imóvel, exige, para que se reconheçam os efeitos plenos de sua "**cessão**", o **registro** da transferência, seja para os fins constitutivos (atos *inter vivos*), seja em vista da disponibilidade (sucessão *mortis causa*; cf. arts. 1.245 do Cód. civ. e 167, inc. I, ns. 9, 24 e 29, da Lei n. 6.015, de 31-12-1973).

Desse modo, o registro antecedente do compromisso de venda e compra de um imóvel não interfere com a disponibilidade do prédio pelo *dominus*, mas tem, em seu favor, uma atração de **inoponibilidade real** no que tange com os registros posteriores de títulos que lhe sejam contrários ou, mais ainda, contraditórios. Essa inoponibilidade é, suposto caiba este *discrimen*, acercada da ideia de **ineficácia relativa**. Corresponde ao conceito registral de **eficácia prenotante**, é dizer, em palavras de Giovanni GABRIELLI, que *"al promissario dell'alienazione sono inopponibili tutte le trascrizioni o iscrizioni sucessive contro il promittente, retroagindo fino ad essa la trascrizione del contratto definitivo o della sentenza che ne tiene luogo"* ("La pubblicità immobiliare del contrato preliminare", *in Rivista di diritto civile*. Pádua: Cedam, 1997, parte prima, p. 534). Ou seja, a *funzione prenotativa* do direito real de aquisição imobiliária dá-se exatamente pela *"retroazione degli effetti dell'atto finale (...), secondo i casi, della trascrizione di tale atto" (id.)*.

Assim, mais claramente, é certo, depois da vigência do Código civil brasileiro de 2002 (mas antes, já isto era doutrina de SERPA LOPES: *Tratado de registros públicos*. Rio de Janeiro: São Paulo: Freitas Bastos, vol. 4, p. 231-5), é de **admitir a inscrição predial de atos acedidos posteriormente à registração correlata de compromisso de venda e compra de um dado imóvel**, para ensejar a observância da norma do art. 1.428 desse Código, porque, como visto e *ad summam*, **o registro do compromisso (*i*) não suprime o atributo de disponibilidade dominial do legitimado tabular, mas (*ii*) conserva suficiente eficácia prenotante para beneficiar o direito real de aquisição**.

Acompanho, deste modo, o r. voto proferido pelo eminente Relator, o Corregedor Geral da Justiça de São Paulo, Des. MANOEL DE QUEIROZ PEREIRA CALÇAS.

É como voto.

Acesso ao Sumário

RICARDO DIP, Desembargador Presidente da Seção de Direito Público

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 3000575-90.2013.8.26.0360, da Comarca de Mococa, em que é apelante CONCREPOOL ENGENHARIA DE CONCRETO LTDA., é apelado OFICIAL DE REGISTRO DE IMÓVEIS E ANEXOS DA COMARCA DE MOCOCA.

ACORDAM, em Conselho Superior de Magistratura do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "DERAM POR PREJUDICADA A DÚVIDA, NÃO CONHECENDO DO RECURSO, V.U. DECLARARÁ VOTO CONVERGENTE O DES. RICARDO HENRY MARQUES DIP.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 29.119)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores PAULO DIMAS MASCARETTI (PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA), ADEMIR BENEDITO (VICE-PRESIDENTE), XAVIER DE AQUINO (DECANO), LUIZ ANTONIO DE GODOY (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PRIVADO), RICARDO DIP (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO) e SALLES ABREU (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO CRIMINAL).

São Paulo, 15 de março de 2016.

PEREIRA CALÇAS, Relator0

Ementa: REGISTRO DE IMÓVEIS – Recusa de ingresso de escrituras públicas – Irresignação parcial e títulos em cópia – Dúvida prejudicada – Recurso não conhecido – Análise das exigências a fim de orientar futura prenotação.

Penhora em execução fiscal a favor do INSS – Recusa do registro com base no artigo 53, § 1º, da Lei nº 8.212/91 – Alienação voluntária – Imóvel indisponível – Registro inviável.

Apresentação de certidão de casamento de um dos coproprietários – Correta qualificação do titular de direito inscrito – Especialidade subjetiva – Exigência mantida.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de recurso de apelação interposto contra a sentença do MM. Juiz Corregedor Permanente do Oficial de Registro de Imóveis da Comarca de Mococa (fls. 60/61), que julgou procedente a dúvida inversa suscitada, e manteve a recusa de registro no imóvel matriculado sob o nº 13.858 dos três títulos apresentados – escritura pública de inventário e adjudicação dos bens do espólio de Raimundo Juriti da Silva, escritura pública de inventário e adjudicação dos bens do espólio de João Conceição Carvalho e escritura pública de compra e venda e cessão e transferência de direitos de meação e hereditários.

A interessada interpôs recurso de apelação (fls. 65/73) e a Procuradoria Geral da Justiça opinou pelo não provimento do recurso (fls. 82/83).

É o relatório.

Verifica-se que as notas devolutivas decorrentes dos três títulos apresentados para registro são datadas de março de 2012 e que a suscitação diretamente pela interessada (dúvida inversa) é datada de dezembro de 2013, ou seja, há um interregno de um ano e dez meses entre os fatos.

Os títulos foram juntados por cópia e o Oficial não foi ouvido.

Não houve, pois, observância pelo Juízo Corregedor Permanente do procedimento previsto nas Normas de Serviço da Corregedoria Geral da Justiça, notadamente os subitens 41.1., 41.1.1. e 41.1.2. do Capítulo XX.

Com efeito, era caso de se dar oportunidade da apresentação do original no prazo de 10 (dez) dias, e, em seguida, se cumprida a determinação, os autos deveriam ter sido enviados ao Oficial para a prenotação dos títulos e manifestação, caso contrário, o procedimento deveria ter sido arquivado.

Verifica-se, ainda, que houve irresignação parcial em relação à nota devolutiva juntada a fls. 40, pois a exigência de apresentar cópia autenticada da certidão de casamento de Antonio Conceição de Carvalho não foi impugnada, e, do mesmo modo, o Oficial não foi ouvido a respeito.

A jurisprudência deste Conselho Superior é tranquila no sentido de que a concordância, ainda que tácita, com qualquer das exigências feitas pelo registrador ou o atendimento delas no curso da dúvida, ou do recurso contra a decisão nela proferida, prejudica-a:

A dúvida registrária não se presta para o exame parcial das exigências formuladas e não comporta o atendimento de exigência depois de sua suscitação, ***pois a qualificação do título é feita, integralmente, no momento em que é apresentado para registro****. Admitir o atendimento de exigência* ***no curso*** *do procedimento da dúvida teria como efeito a indevida prorrogação do prazo de validade da prenotação e, em consequência, impossibilitaria o registro de eventuais outros títulos representativos de direitos reais contraditórios que forem apresentados no mesmo período. Em razão disso, a aquiescência*

Acesso ao Sumário

do apelante com uma das exigências formuladas prejudica a apreciação das demais matérias que se tornaram controvertidas. Neste sentido decidiu este Colendo Conselho Superior da Magistratura na Apelação Cível n.º 60.460.0/8, da Comarca de Santos, em que foi relator o Desembargador Sérgio Augusto Nigro Conceição, e na Apelação Cível n.º 81.685-0/8, da Comarca de Batatais, em que foi relator o Desembargador Luís de Macedo (Apelação Cível n.º 220.6/6-00). (grifei)

Desse modo, seja pela irresignação parcial, seja pela juntada dos títulos em cópia, a dúvida está prejudicada.

Ainda assim, deve-se analisar a questão de fundo, a fim de evitar que, cumpridas as exigências não impugnadas, o interessado venha a ter que se valer, novamente, do procedimento.

Não se trata de consulta, em tese, mas de análise de caso concreto. O Conselho não atua como mero órgão consultivo, mas como regulador de uma situação de fato. Uma vez resolvida a controvérsia, o tema não será mais levado à Corregedoria Permanente, dado que o Oficial já terá orientação clara sobre como proceder.

Ao contrário do exercício de função jurisdicional, cuja essência é teleológica, a função administrativa, exercida no âmbito do julgamento das dúvidas, tem caráter disciplinador. Enquanto, na função jurisdicional, visa-se ao julgamento do mérito, com posterior formação de coisa julgada e impossibilidade de rediscussão para as partes, o julgamento das dúvidas não se presta somente a decidir o caso concreto, mas a servir de orientação aos registradores para casos análogos.

Logo, por esses dois ângulos é importante a análise do mérito, ainda que prejudicada a dúvida: a) evita-se a nova suscitação; b) fixa-se orientação para casos similares.

Passa-se ao exame do caso.

De acordo com o R.6 da matrícula nº 13.858 do Registro de Imóveis de Mococa, o imóvel lá descrito, de propriedade G.V.A. Engenharia e Comércio Ltda. (R.1 da matrícula nº 13.858), foi parcialmente adjudicado em ação trabalhista a oito pessoas diferentes.

Por meio dos títulos apresentados (fls. 17/23, 24/30 e 31/37), um dos aquinhoados com parte do bem e os herdeiros de outros dois visam à transferência do que receberam à apelante.

A existência de penhora inscrita na matrícula do bem, determinada em execução fiscal movida pelo INSS, motivou a desqualificação dos três títulos (fls. 38, 39 e 40).

E correta a exigência formulada.

Acesso ao Sumário

Jurisprudência - CSM

Com efeito, nos termos do artigo 53, § 1º, da Lei nº 8.212/91, a penhora em execução movida pelo INSS – autarquia da União – torna os bens atingidos indisponíveis.

Nesse sentido, reiterados precedentes deste Conselho:

"REGISTRO DE IMÓVEIS – Dúvida – Escritura Pública de Confissão de Dívida com Pacto Adjeto de Constituição de Propriedade Fiduciária e Outras Avenças – Imóvel indisponível – Penhora em execução fiscal a favor da Fazenda Nacional e da União – Recusa do registro com base no artigo 53, § 1º, Lei 8.212/91 – Alienação voluntária – Irrelevância da aquisição anterior por alienação forçada – Registro inviável – Recurso não provido" (Apelação nº 3003761-77.2013.8.26.0019 – Relator Des. Elliot Akel, j. em 3.6.2014).

REGISTRO DE IMÓVEIS – Pedido de providências admitido como dúvida Inversa – Escritura pública – Cópia – Dúvida prejudicada – Permuta envolvendo imóveis indisponíveis – Regra do artigo 53, § 1.º, da Lei n.º 8.212/1991 – Incidência – Desqualificação registral acertada – Recurso não conhecido (Apelação nº 0000001-78.2011.8.26.0493, Rel. Des. José Renato Nalini, j. em 22/2/2013).

Finalmente, a nota devolutiva de fls. 40, que se refere à escritura pública acostada a fls. 31/37, além da exigência já analisada, traz mais uma: juntada de cópia autenticada da certidão de casamento de Antonio Conceição de Carvalho.

Pela análise dos documentos que instruíram o feito, percebe-se que Antônio Conceição de Carvalho consta como solteiro no R.6 da matrícula nº 13.858 (fls. 47) e como casado no título levado a registro (fls. 31).

Embora não impugnado, destaca-se que o óbice encontra amparo no item 63 do Capítulo XX das Normas de Serviço, que tem a seguinte redação:

"63. A qualificação do proprietário, quando se tratar de pessoa física, referirá ao seu nome civil completo, sem abreviaturas, nacionalidade, estado civil, profissão, residência e domicílio, número de inscrição no Cadastro das Pessoas Físicas do Ministério da Fazenda (CPF), número do Registro Geral (RG) de sua cédula de identidade ou, à falta deste, sua filiação e, sendo casado, o nome e qualificação do cônjuge e o regime de bens no casamento, bem como se este se realizou antes ou depois da Lei nº 6.515, de 26 de dezembro de 1977".

A correta qualificação do titular de direito inscrito decorre do princípio da especialidade subjetiva e implica, de acordo com o item 63 do Capítulo XX das Normas, obrigatória referência ao nome de seu cônjuge e ao regime de bens de seu casamento.

Com tais observações, dou por prejudicada a dúvida e não conheço do recurso.

Acesso ao Sumário

DECLARAÇÃO DE VOTO VENCEDOR

(Voto nº 37.394)

VISTO:

1. Adoto o relatório lançado no voto do eminente Relator.

2. O título formal, não tendo sido apresentado no original, mas por mera cópia, de nenhuma maneira basta para instaurar-se o processo de registro nem, *a fortiori*, o de dúvida, conforme a jurisprudência reiterada deste Conselho.

Prejudicada está, portanto, a dúvida, e não há razão para fazê-la correr novamente, para a juntada do original e novo trâmite *nestes autos*: ao interessado basta, com efeito, dar o título ao protocolo do registro de imóveis, para que então, havendo exigência por satisfazer, se cumpra o rito da Lei de Registros Públicos, como nela se contém.

Acompanho, deste modo, o r. voto proferido pelo eminente Relator, o Corregedor Geral da Justiça de São Paulo, Des. MANOEL DE QUEIROZ PEREIRA CALÇAS.

RICARDO DIP, Desembargador Presidente da Seção de Direito Público

Acesso ao Sumário

NOTICIÁRIO

ACADEMIA NOTARIAL

Cerimônia de instalação e posse dos integrantes da Academia Notarial Brasileira (ANB), realizada em 26.02.2016.

O Tribunal da Justiça de São Paulo recebeu, em 26.02.2016, a cerimônia de instalação e posse dos integrantes da Academia Notarial Brasileira (ANB), órgão vinculado ao Conselho Federal do Colégio Notarial do Brasil (CNB-CF), em evento realizado no Salão do Júri do Palácio da Justiça. A ANB foi criada para fomentar o desenvolvimento da doutrina notarial e prestar assessoria e aconselhamento aos notários brasileiros.

Diversos integrantes da Justiça paulista integrarão a Academia, entre eles o desembargador Ricardo Henry Marques Dip, presidente da Seção de Direito Público do TJSP, que foi o primeiro a discursar. "A pretensão é retomar a ciência do Direito Notarial no Brasil. É um evento de grande envergadura doutrinária e política", disse. O decano da Academia, Carlos Luiz Poisl, falou sobre a história do tabelionato no Brasil, sua evolução e os atuais desafios.

Já o secretário de Estado da Educação e presidente do TJSP no biênio 2014/2015, José Renato Nalini, ressaltou a importância do notariado para o País, destacando o "devotamento e o zelo" da classe, que exerce sua atividade "com extrema eficiência". Sua criação, destacou ele, "foi uma das mais inteligentes estratégias do constituinte de 88". O presidente da ANB, Ubiratan Guimarães, afirmou que a ANB vem para "introduzir uma nova era em nosso notariado" e desenvolver "o que há de mais pujante nessa atividade".

José Eduardo Martins Cardoso também participou da solenidade e chamou de "desafio intelectual altamente instigante" a oportunidade de ajudar a desenvolver o Direito Notarial.

Acesso ao Sumário

O presidente do TJSP, desembargador Paulo Dimas de Bellis Mascaretti, afirmou que a instalação da Academia tem especial significado devido à seriedade do trabalho dos notários, classe que "colabora na paz social, são um instrumento de segurança jurídica". Para ele, o grupo que formará a Academia é formado por pessoas altamente qualificadas, que desbravarão "novos rumos para um estudo tão importante".

Todos que discursaram farão parte da ANB. Além deles, também tomaram posse:

Alexandre de Moraes (secretário de Estado da Segurança Pública)

Desembargador Ademir de Carvalho Benedito (vice-presidente do TJSP)

Desembargador Luiz Antonio de Godoy (presidente da Seção de Direito Privado do TJSP)

Desembargador Renato de Salles Abreu Filho (presidente da Seção de Direito Criminal do TJSP)

Desembargador Francisco Eduardo Loureiro

Desembargador Marcelo Martins Berthe

Desembargador José Antonio de Paula Santos Neto

Desembargador Kioitsi Chicuta

Desembargador Luís Paulo Aliende Ribeiro

Desembargador Regis Fernandes de Oliveira

Desembargador Vicente de Abreu Amadei

Desembargador Walter Rocha Barone

Juiz Antonio Carlos Alves Braga Júnior

Juiz Marcelo Benacchio

Juiz Josué Modesto Passos

Juíza Tânia Mara Ahualli

Luiz Carlos Weizenmann

Rodrigo Reis Cyrino

Paulo Roberto Gaiger Ferreira

Carlos Fernando Brasil Chaves

Rodrigo Toscano de Brito

Alexandre da Costa Benício

Celso Fernandes Belmiro

Jose Flávio Bueno Fischer

José Antonio de Paula Santos Neto

Celso Fernandes Campilongo

Karin Regina Rick Rosa

Acesso ao Sumário

ADRIANO CAMARGO PATUSSI (1º Colocado do 185º Concurso de Provas e Títulos para ingresso na Magistratura)

Discurso proferido em razão da Posse dos Magistrados aprovados no 185º Concurso de Provas e Títulos para Ingresso na Magistratura. (Sessão Solene de 01.03.2016)

Cumprimento o ilustre Desembargador Paulo Dimas, Presidente do Tribunal de Justiça de São Paulo, em nome de quem cumprimento também todos os componentes da tribuna, em especial os membros da banca examinadora deste concurso, que ao cabo confiaram a nós empossandos a importante missão de exercer com retidão as atribuições do cargo de magistrado.

Agradeço a Deus a honra de proferir estas singelas palavras e, desde já, aos familiares e amigos não só pela presença nesta data tão especial, mas pelo apoio inabalável durante esta árdua caminhada que hoje se finda, não raro solitária e extenuante, mas que agora revela um novo horizonte.

Peço vênia para me dirigir aos meus nobres colegas de profissão. Dia 14 de setembro do ano de 2014 dávamos início à concretização de um grande sonho. Em meio a 11.641 candidatos inscritos realizávamos a primeira etapa do certame. Desses, 421 avançaram para a fase discursiva e aí, quem é que não se lembra do "conceito analógico de direito e os tipos de saber jurídico", não é mesmo? Seguimos para a elaboração das sentenças cível e criminal, investigação social, testes psicológicos e exames médicos, até chegarmos à tão temida prova oral, oportunidade em que fomos sabatinados durante 1 hora por grandes mestres do Direito. Vencemos e hoje estamos aqui em 80 escolhidos e abençoados com a aprovação no centésimo octogésimo quinto concurso de provas e títulos para ingresso na magistratura paulista. Histórias diferentes que se resumem em uma única palavra: superação.

A propósito, tempo não apaga os dizeres bem assentados. No escólio do iminente jurista Piero Calamandrei: "o juiz é o direito tornado homem. Na vida prática, só desse homem posso esperar a proteção prometida pela lei sob uma forma abstrata. Só se esse homem souber pronunciar a meu favor a palavra justiça, poderei certificar-me que o direito não é uma promessa vã". Ainda nas palavras de Calmon de Passos: "jurista é esse homem apaixonado pela perseguição dessa bela mulher inconquistável que se chama justiça". Esse é o sentimento que serviu de combustível aos corações na longa estrada que nos trouxe até esta solenidade.

Acesso ao Sumário

Pois bem. O caminho para a magistratura começa com muito trabalho, horas e mais horas de estudo e dedicação, para então, após a aprovação no concurso público, finalmente, tudo se transformar: a partir de agora será muito trabalho, horas e mais horas de estudo e dedicação. O método não muda, nem

pode mudar, mais o objetivo, antes ser um membro da magistratura paulista, agora passa a ser servir de instrumento para a realização da justiça, meio para a construção de um país mais justo e solidário.

Esta solenidade é um divisor de águas nas vidas dos que hoje tomam posse como juízes substitutos do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, a maior corte de justiça do mundo, de números tão impressionantes quanto desafiadores. Pela frente, a demanda jurisdicional de uma sociedade carente de soluções e cujo sucesso depende do esforço conjunto de todos os cidadãos, mas em especial daqueles que se colocaram em posições sociais responsáveis pelas estruturas do Estado Democrático de Direito, a exemplo dos membros da Magistratura. Esse é o nosso compromisso.

Sem dúvida, este plenário, no coração da Justiça bandeirante, está lotado de familiares e amigos orgulhosos de uma grandiosa conquista. Porém, o mais importante é que estejamos celebrando uma conquista para o país: novos magistrados tomam posse com o encargo de velar pela consecução do justo no caso concreto. A conquista pessoal há de ser uma conquista social. E o que hoje nos é confiado e o que faremos nos tempos vindouros.

Em suma, não são necessárias tantas palavras para expressar a alegria deste momento, estampada que está nas faces dos aqui presentes. Tampouco são necessárias digressões mais aprofundadas para assentar a responsabilidade que o ato impõe. O que se demanda são ações diárias, pautadas pela reta razão de agir, pela prudência, ética, respeito e pelo propósito de se fazer o bem. São qualidades da conduta que foram forçosamente manejadas para se chegar até aqui e que continuarão a ser doravante, em prol do povo brasileiro que tanto clama por justiça.

Assim, o orgulho de hoje há de ser multiplicado nos anos futuros ante o fiel exercício da magistratura, com a ciência da importância que o cargo de juiz possui no desenvolvimento de uma nação como a que queremos. Contem conosco. Muito obrigado.

RICARDO HENRY MARQUES DIP (Desembargador Presidente da Comissão Examinadora do 185º Concurso de Provas e Títulos para ingresso na Magistratura)

Discurso proferido em razão da Posse dos Magistrados aprovados no 185º Concurso de Provas e Títulos para Ingresso na Magistratura. (Sessão Solene de 13.10.2014)

Acesso ao Sumário

Excelentíssimo Senhor Presidente do Tribunal de Justiça de São Paulo, estimado amigo Desembargador PAULO DIMAS DE BELLIS MASCARETTI, meus caríssimos colegas e amigos integrantes do Conselho Superior da Magistratura de São Paulo, meus não menos amigos que partilharam a elevada tarefa da Comissão do 185º Concurso de Ingresso à Magistratura paulista, autoridades presentes, senhores e senhoras:

1. Ser juiz! Somos juízes!

Como chegamos a isto? A quantos esforços e sofrimentos próprios e de terceiros fomos buscar os meios humanamente necessários para aportar ao começo d esta aventura admirável de ser juiz?

Olhemos o passado dos olhos de nossos pais, dos sorrisos de nossos avós, do coração de nossos cônjuges e filhos, do ânimo de nossos irmãos, de nossos tios, de nossos primos, de nossos amigos… olhemos, na memória, o empenho de nossos professores, as palavras de tantos autores dos livros que lemos… reconheceremos aí nosso patrimônio − intelectual, moral e afetivo −, o patrimônio que, quase de modo indefinido, nos foi sendo entregue, tempo após tempo, nesta tradição que nos foi formando e que nos fez possível passar do sonho de ser juiz à atualidade de o ser.

Quer para a sociedade, quer para as pessoas individuais, colhe inteiro sentido a lição donosiana de que é a tradição o que nos civiliza e impede-nos de sermos selvagens. E se olharmos com o respeito merecido o patrimônio nutrido de amor e que nos amparou ao largo de toda nossa trajetória vital, todos veremos que, ao ser juiz, agora mesmo, cada um de nós pode contemplar em sua história pessoal os olhos ora dos pais, ora dos filhos, do marido e da mulher, ou o carinho dos avós e o sacrifício dos irmãos, e o entusiasmo de tantos parentes e a empolgação dos amigos e o devotamento dos professores… Ser um justo juiz, enfim, com exigir-nos responder a uma vocação quase sagrada, ser um justo juiz, enfim, exigirá que nunca deixemos de atender ao débito moral de piedade com aqueles a quem tanto devemos neste nosso caminho pessoal: nunca percamos de vista os corações conosco jubilosos dos que hoje tão sinceramente se emocionam de nossa emoção.

Acesso ao Sumário

Sem este olhar gratificado… se não houver um mísero olhar que nunca deixe de continuamente reconhecer e agraciar a graça desta gente que se sacrificou por nós e que agora se comove conosco, nunca saberemos ser um verdadeiro juiz, porque, então, abdicados da ideia e da devida gratidão pelos muitos aos quais devemos, começaríamos, pois, muitíssimo mal a missão de atribuir a cada um o que lhe é devido .

2. Ser juiz! Somos juízes!

Queria dizer-lhes algo que seja uma lição de minha vecchiezza, eu que de

há muito ultrapassei o meridiano da vida.

Olham agora os novos Juízes as figuras que certamente mais lhes estão aos olhos já profissionais de magistrados e que, exemplos sendo de outras tantas dignas e valorosas mostras pessoais desta Corte, são ideais de conduta para quem almeje ser um justo juiz: refiro-me àqueles que me deram alegria e confiança no exercício da Presidência do 185º Concurso de Ingresso na Magistratura de São Paulo, reporto-me a estes notáveis Juristas, de cuja amizade quero aqui confessar um pecadilho de justificada vaidade, os Desembargadores ARTUR CESAR BERETTA DA SILVEIRA, WANDERLEY JOSÉ FEDERIGHI e ALEX TADEU MONTEIRO ZILENOVSKI, a cuja altura elevo, por justiça, o não menos modelar Advogado EDUARDO PELLEGRINI DE A RRUDA ALVIM.

Foram eles os que, com minha desvalida contribuição e sob o peso de gravíssima responsabilidade intelectual e moral, escolheram estes novos Juízes: os "Juízes do 185"! São ainda ARTUR BERETTA, WANDERLEY FEDERIGHI, ALEX ZILENOVSKI e EDUARDO ARRUDA ALVIM os que, agora, afiançam com sua autoridade, solidada ao longo de um fulgurante itinerário pessoal, a esperança de que os novos Juízes nunca venham a frustrar a vocação em que seus examinadores apostaram.

Mas estes novos Juízes, por sua vez, têm, nestes nomes tão admiráveis que acabo de alistar, exatamente suas figuras exemplares, a cuja alçada um dia acaso, com muita ajuda de Deus e perseverança de esforço, poderão chegar, depois de uma carreira que se inaugura num primeiro grau que nem sempre se estima com o elevado valor de que merecidamente possui a bandeira. Livremo-nos do falsíssimo juízo de ser a primeira instância uma simples liturgia de passagem judicial, juízo falso que eclipsa, a pretexto de celeridade e utilitária afeição estatística, a vultosa importância dos julgamentos iniciais para a determinação progressiva do justo.

Entre os vários problemas que se avistam na repartição da justiça em nossos tempos está o risco de, sob a escusa de sadios objetivos em favor da segurança jurídica, converterem-se as instâncias judiciais em lugares repetidores, abdicados do ânimo de diagnosticar os fatos de cada processo e de buscar o direito do caso concreto. Era disso que, já no século passado, se lastimava o grande CASTÁN TOBEÑAS, ao dizer que os juízes já não se devotavam à diagnose do fato.

As instâncias não superiores, por meio do facilitismo da reiteração de precedentes, correm, assim, o gravíssimo perigo de se reduzirem ao papel de diáconos (em rigor, despiciendos) de um mero rito de passagem.

Vem a propósito lembrar, em contrário, porém, uma sábia lição do emérito processualista que foi ENRICO REDENTI, ao referir-se à "antiga e constante experiência" de que, nos processos, uma suficiente aproximação da verdade

resulta, com frequência, de uma atividade judicial progressiva, mediante "a correção dos resultados obtidos numa primeira experiência (a de primeiro grau)".

Sem uma primeira instância consciente da necessária e provada relevância de sua atuação no processo, a segunda instância suportará grave carência para progredir na confirmação da verdade: uniformidade não é uniformismo, e está mais do que na hora de meditar acerca da importância essencial da dialética progressiva dos juízos dentro de um mesmo processo e do valor do acercamento mais próximo dos fatos, de sorte que o melhor testemunho de reverência que se pode tributar aos Tribunais não é o da adesão acrítica, mas o de prestar generosa e honesta atenção a suas decisões, até para de suas teses, quando se der o caso, cumprir o digno dever moral de respeitosa divergência.

Sem bons juízes de primeiro grau, não haverá, de comum, uma verdadeira prestação de justiça!

3. Ser juiz! Somos juízes!

Vou terminar agora este meu pequeno discurso, Senhor Presidente. Quero acabá-lo, dizendo aos novos Juízes, estes que se converteram em afilhados morais da Comissão do 185, a eles dizendo que um sonho, quase ao modo de um segredo de confessionário, guardo faz décadas no fundo da alma.

Eu era ainda iniciante na nossa querida carreira da Magistratura paulista, quando li, numa conferência de um Magistrado espanhol, MANUEL DE LA PLAZA, o texto que muito queria eu próprio ter escrito e que, tal já lhes indiquei, passou a ser o sonho de meu coração de pobre juiz:

"Feliz (…) o Magistrado (disse Manuel de La Plaza) que, no ocaso de sua vida, esgotado por um esforço sobre-humano, experimenta, ao julgar, o quase religioso sentimento (…) que o fez estremecer ao proferir, com (…) honrada ingenuidade (…), a primeira de suas sentenças…".

Este é o meu sonho, Senhor Presidente, o de que o bom DEUS nos preserve no fiel amor pelo direito, no leal amor da justiça, no honesto amor pela nossa grande Magistratura paulista e nacional, e que eu morra um dia com a retidão d este amor em meu coração!

E este sonho, eu muito queria que o compartissem estes novos Juízes.

"Viva o 185"!

Acesso ao Sumário

PAULO DIMAS DE BELLIS MASCARETTI (Presidente do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo)

Discurso proferido em razão do lançamento do projeto "Justiça Bandeirante". (Cerimônia realizada em 15.03.2016)

"Nos últimos 10 anos, o Tribunal de Justiça de São Paulo vem passando por um avançado projeto de informatização. De lá para cá, o Judiciário paulista avançou rumo a uma revolução, investindo em tecnologia para estar cada vez mais próximo dos cidadãos. As sucessivas gestões dão continuidade aos projetos, comprovando que é possível sair de uma condição adversa para estar à frente das melhores práticas de inovação na Justiça.

A revolução que o Tribunal vive hoje começou há mais de uma década. Em 2006, os milhões de processos do TJSP tramitavam em diferentes sistemas que não se comunicavam entre si. Seguindo rigorosamente o seu Planejamento Estratégico, durante esta última década, o Tribunal unificou os sistemas e definiu o SAJ como solução para todas as competências e instâncias do Judiciário paulista.

O avanço neste período, em termos de qualidade na prestação jurisdicional, é notório. Desde 2010, os índices de atendimento à demanda e de produtividade de servidores e magistrados crescem substancialmente, acima da média do conjunto dos outros tribunais de grande porte no Brasil.

O resultado culminou no último 30 de novembro: desde então, o considerado maior tribunal do mundo recebe apenas ações em meio digital. A entrada de processos em papel está banida do TJSP e os benefícios alcançados já superam em muito os investimentos aplicados.

Mas é agora que os resultados se consolidam. Tão importante quanto modernizar e implantar o processo digital em todas as unidades judiciárias é capacitar e treinar continuamente os usuários. Por isso, o Tribunal de Justiça de São Paulo, lança agora o projeto Justiça Bandeirante. Todas as pessoas que compõem o quadro funcional do TJ, dentre elas os mais de dois mil magistrados de primeiro grau, os 360 desembargadores e cerca de 50 mil servidores passarão por treinamentos para a potencializar a utilização do SAJ, explorar os sistemas e conquistar ainda mais produtividade.

É tempo de reconhecer a maturidade do sistema de acompanhamento processual e proporcionar aos seus usuários, por meio de esforços e reforços necessários, a utilização integral e plena de suas funcionalidades. Com a exploração máxima do SAJ, ganham os servidores e magistrados. Mas, sobretudo, quem ganha é o cidadão, que terá a seu dispor uma Justiça mais efetiva, próxima e rápida.

Acesso ao Sumário

Para alcançarmos a produtividade máxima, o programa conta com Comitê vinculado diretamente à Presidência, composto pela Assessoria da Presidência para Assuntos de Informática, Corregedoria Geral da Justiça e membros da Secretaria da Tecnologia da Informação, Secretaria da Primeira Instância e Secretaria Judiciária. O Justiça Bandeirante será desenvolvido e executado pela STI 8 - Diretoria de Capacitação de Sistemas, mediante a utilização de recursos já existentes, sem adição de custos ao Tribunal de Justiça. Os resultados serão monitorados com levantamentos constantes nos relatórios gerenciais do Tribunal de Justiça, com aprimoramento contínuo dos sistemas e do material de capacitação.

O Justiça Bandeirante inspira-se nos valentes desbravadores paulistas, que exploraram o interior brasileiro e alavancaram a economia da colônia. Foram os grandes responsáveis pela conquista de territórios, inclusive quando a região Centro-Oeste passou a pertencer ao país.

Agora é hora de desbravar os sistemas, explorar todas as funcionalidades do SAJ para conquistar ainda mais eficiência e produtividade. Vamos potencializar nossas boas práticas para prestar uma Justiça mais célere e cada vez mais acessível a todos os cidadãos."

ADEMIR DE CARVALHO BENEDITO (Vice-Presidente do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo)

Discurso proferido em nome do TJSP, por ocasião da posse da Desembargadora Jonize Sacchi de Oliveira. (Cerimônia realizada em 21.03.2016)

Acesso ao Sumário

Excelentíssimo Senhor Desembargador Paulo Dimas de Bellis Mascaretti, digníssimo Presidente do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, na pessoa de quem cumprimento todas as autoridades que compõem a mesa, cujos nomes já foram declinados pelo cerimonial. Senhores representantes do Ministério Público, Advogados, funcionários, familiares da empossanda, senhoras e senhores que prestigiam essa solenidade.

Excelentíssima Senhora Desembargadora Jonize Sacchi de Oliveira, que, para nossa alegria e honra, hoje toma posse junto ao Tribunal de Justiça de São Paulo.

Não posso iniciar discurso de recepção a Vossa Excelência sem confessar a emoção que me toma o espírito, pela honra de ter sido indicado para tão importante ato.

Vossa Excelência, que é a homenageada do dia, inverteu os papeis e acabou por me homenagear. E, por isso, deixo aqui meu sincero agradecimento.

Digo isto por dois motivos: primeiramente, porque a escolha do Desembargador que irá recepcionar o novo integrante do Tribunal já se constitui em suprema distinção ao escolhido; em segundo lugar, e neste caso especialmente, por se tratar de Vossa Excelência, Desembargadora Jonize, integrante de uma família não só de amigos, mas de verdadeiros irmãos, à qual tenho o atrevimento de me considerar pertencente. Há trinta anos aproximadamente conheci seu esposo, o queridíssimo Desembargador Virgilio de Oliveira Junior, com quem hoje divido espaço na 21ª Câmara de Direito Privado. Ao longo desses trinta anos de intensa convivência no Tribunal, na Apamagis, em diversos encontros sociais e de lazer, estive junto com seus filhos, Rachel e João, seus pais, Jubray e a saudosa Maria Elvira, seu irmão Jubray, sua cunhada Elizângela, seus sobrinhos Gabriel e Daniel. São todas pessoas muito queridas, de fácil e gostoso relacionamento, com quem sempre passei momentos agradáveis, enfrentando juntos também aqueles mais difíceis. Nesta oportunidade homenageio a todos eles que, com certeza, muito contribuíram para sua brilhante caminhada profissional.

Vossa Excelência chega ao Tribunal de Justiça após longo percurso, iniciado com a formação inicial no Instituto Mazzarello e no Colégio Salesiano Santa Terezinha, seguindo-se o bacharelado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo em 1984, e a nomeação para o cargo de Promotora de Justiça em 24/12/1985, aprovada em concurso público.

Para o Ministério Público paulista Vossa Excelência levou, além do conhecimento jurídico aferido e atestado no referido concurso, a experiência adquirida anteriormente como secretária da juíza federal Lucia Valle Figueiredo, e como assistente do ilustre e saudoso advogado e professor constitucionalista Celso Bastos.

No Ministério Público Vossa Excelência atuou como Promotora de Justiça em Santa Fé do Sul, Mairiporã, São Caetano do Sul e São Paulo, onde trabalhou nas Execuções Criminais, e nas equipes da Corregedoria Geral do Ministério Público, com os eminentes Procuradores Corregedores Paulo Hideo Shimizo e Antônio de Pádua Bertone Pereira.

Atuou ainda na área da Infância e Juventude e de Acidentes do Trabalho, e perante as Varas Criminais do Foro Regional da Lapa.

Vossa Excelência esteve também convocada junto à Procuradoria para elaboração de pareceres em processos de Habeas Corpus e Mandados de Segurança.

Finalmente, foi promovida a Procuradora de Justiça em 01/05/2014, onde passou a oficiar na área cível.

Acesso ao Sumário

Sr. Presidente, Desembargador Paulo Dimas, senhoras e senhores, é esse caldo de conhecimento jurídico, cultura e experiência que a Desembargadora Jonize Sacchi de Oliveira traz para o Tribunal de Justiça de São Paulo. E, mais ainda, e principalmente, a determinante vontade de se dedicar à tarefa sublime de distribuir justiça.

Destaco essa última qualidade, a determinação, que a Desembargadora Jonize mostrou ao não desistir de ser submetida à avaliação do Tribunal e do Executivo, sabendo esperar o seu tempo, o seu momento, tendo paciência, compreensão, respeito pelas escolhas anteriores e, principalmente, persistência, que é característica dos vencedores.

Sr. Presidente, senhoras e senhores, cada pessoa tem suas preferências individuais, e eu gosto, nessas ocasiões de posse solene, falar de coisas boas, por entender que se trata de momento de alegria, de comemoração, tanto para o empossado, seus familiares e amigos, como para o próprio Tribunal, que recebe um novo integrante, sempre muito qualificado, que traz fôlego novo para enfrentar os diversos e mais variados processos, resultantes das divergências provocadas pelo relacionamento social, familiar, comercial. A convivência humana é bonita justamente pela diversidade que a caracteriza. Mas essa mesma diversidade provoca embates, confrontos, os quais desaguam no Poder Judiciário. Por isso a importância dessa renovação sucessiva na composição da Corte, com a chegada dos magistrados com nova disposição, com novas visões sobre conhecidos problemas, sobre velhos institutos jurídicos.

Agora mesmo, todos nós estamos nos renovando com o início da vigência de um novo Código de Processo Civil. Serão novos estudos, novas interpretações, nova Jurisprudência.

A chegada da Desembargadora Jonize ao Tribunal de Justiça mostra sem dúvida, a credibilidade da instituição e sua saudável renovação contínua. No momento em que tanto se fala de crise, de descrédito, de corrupção, uma digna Procuradora de Justiça, após alcançar o posto mais alto de sua carreira, com sua vida pessoal, familiar e profissional absolutamente estabilizada, apresenta-se para compor o Tribunal pela vaga do quinto constitucional, iniciando com entusiasmo um trabalho novo, o que nos enche de alegria e esperança, renovando nossa fé na Justiça, que tem resistido a todas as tentativas de enfraquecimento e desconstrução, graças à força moral e intelectual de seus magistrados, como Vossa Excelência, presidente Paulo Dimas, membros do Ministério Público, como a agora Desembargadora Jonize, advogados, como nosso querido Presidente Marcos da Costa. A comunidade jurídica do Brasil tem resistido, ao longo da história, a todos os ataques e tentativas de enfraquecimento. E tem sido a principal fonte de resistência contra as ameaças ao estado democrático de direito. Exemplo disso é a Ordem dos Advogados do Brasil, que nunca deixou de se posicionar firmemente, assim como o Ministério Público, instituições que sempre encontraram resposta serena, mas também firme, do Poder Judiciário.

Acesso ao Sumário

Instituições essas que não dispensam a decisiva atuação da imprensa livre. Digo isto porque sempre, nos momentos em que se viu mais atacado, o Poder Judiciário, por seus juízes e servidores, respondeu com trabalho, com maior dedicação, com idealismo e responsabilidade, frustrando aqueles que esperavam submetê-lo a seus caprichos.

É por isso que saudamos com alegria e muita esperança a chegada ao Tribunal de Justiça da Desembargadora Jonize Sacchi de Oliveira, cujo entusiasmo contagia a todos nós que aqui já estamos há mais tempo, estimulando-nos para, junto com Sua Excelência, iniciarmos novo ciclo, com mais empenho ainda, com maior idealismo, cada vez mais focados na tarefa de atender a população de São Paulo.

Tudo isso a Desembargadora Jonize realizou e realiza sem prejuízo do cuidado com a família, à qual dedica intenso amor, tendo dado, ao lado de seu marido, o Desembargador Virgilio de Oliveira Jr., sólida formação moral e educacional para seus filhos Rachel e João, ambos já seguindo a trilha profissional de seus pais. Essa força moral e intelectual da Desembargadora Jonize, que cuida com esmero de sua família e exerce com grande competência sua profissão, simboliza a força e o valor da mulher na sociedade moderna. Na pessoa dela fica aqui a homenagem a todas as mulheres, especialmente aquelas de carreira jurídica. Jonize e Virgilio formam um casal que é referência para todos nós e principalmente para os jovens que buscam, como é natural da vida, o relacionamento conjugal. Dedicam-se um ao outro com intenso amor, e respeito recíproco pelas suas individualidades, embora sejam ambos pessoas de personalidade forte, o que dá ideia da grandeza de espírito desses dois seres humanos. Não há quem, conhecendo-os mais de perto, e com eles convivendo, deixe de admirá-los e deles gostar.

Enfim, reafirmando a honra para o Tribunal de Justiça de São Paulo em receber a Desembargadora Jonize Sacchi de Oliveira, reitero a certeza de que Sua Excelência muito contribuirá para o aperfeiçoamento da instituição, produzindo julgamentos justos e céleres, e termino desejando que Deus a ilumine nessa importante tarefa de julgar.

Parabéns eminente Desembargadora Jonize Sacchi de Oliveira! Seja feliz !

Muito obrigado a todos.

Acesso ao Sumário

JONIZE SACCHI DE OLIVEIRA (Desembargadora)

Discurso proferido em razão de sua posse como Desembargadora do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Solenidade realizada em 21.03.2016)

Excelentíssimo Senhor Presidente do Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo, Dr. Paulo Dimas de Bellis Mascaretti, em nome de quem peço vênia para cumprimentar todas as autoridades aqui presentes.

Ilustríssimos colegas, estimados familiares e queridos amigos.

Tendo em vista os últimos acontecimentos que tiveram lugar em nosso País e aos quais não consigo permanecer refratária, busquei inspiração em dois pensamentos de Martin Luther King, líder de movimentos pacíficos que buscavam o fim da discriminação racial nos EUA, para me dirigir aos senhores que muito me honram com a sua presença.

O primeiro deles diz: "A verdadeira medida de um homem não se vê na forma como se comporta em momentos de conforto e conveniência, mas em como se mantém em tempos de controvérsia e desafio".

Já o segundo proclama: "O que mais preocupa não é o grito dos corruptos, dos violentos, dos desonestos, dos sem caráter, dos sem ética. O que mais preocupa é o silêncio dos bons". Senhores, como é do conhecimento de todos, o povo brasileiro encontra-se enfrentando mais um período de provação, dentre os inúmeros que o tem desafiado ao longo da história.

Como se já não bastasse a sensível diferença social, marca registrada deste País, e que obriga boa parte dos brasileiros a viver, ou sobreviver, abaixo da linha da pobreza, a tão famigerada precariedade dos serviços públicos, a criminalidade que tira o sono de mães e pais, a corrupção endêmica que dilapida o erário e outras tantas anomalias que parecem não ter fim, o Brasil agora também anda às voltas com o desemprego, a inflação que corrói o poder aquisitivo das famílias, a estagnação econômica, a indefinição política, o surgimento de novas patologias que comprometem seriamente crianças que estão por nascer, enfim, defronta-se com uma crise multifacetada sem precedentes, que não parece estar disposta a sair de cenário tão cedo.

O Brasil, condenado a ser o eterno País do futuro, sente ferida a sua esperança, essa inseparável parceira que sempre o consolou em seu interminável calvário e que sempre o fez acreditar em dias melhores.

E, como se sabe, tirar a esperança de alguém, máxime de um povo cuja dignidade encontra-se ferida, é querer ascender barril de pólvora.

Pois bem, essa combinação de ingredientes explosivos, esse quadro assustador que certamente levaria muitas nações a optar pelo radicalismo, o

Acesso ao Sumário

isolamento, a xenofobia ou mesmo a enveredar por violentas convulsões, aqui no Brasil, ao menos por enquanto, tem acarretado reação diversa, porém, não menos contundente, fazendo com que boa parte da população, homens, mulheres e crianças de todos os segmentos sociais, numa autêntica demonstração de civilidade, cidadania e de compromisso com a democracia, venha transformando as ruas em seu palanque, para cobrar a decência tanto nos negócios privados como na administração pública.

Ressalvados alguns excessos, inevitáveis em movimentos dessa natureza, e que chegaram a ser levianamente incentivados, o que se tem visto é uma população que, não suportando mais os ralos abertos da corrupção, por onde escoa a riqueza amealhada com o suor de seu rosto, não compactuando com os abusos, os desmandos, as negociatas, o descaso e a impunidade, ousou dar um basta, exigindo, por meios legítimos, o cumprimento da lei e a seriedade dos homens públicos.

O recado está dado e a descontente nação brasileira, ainda que polarizada, mais uma vez se faz sentir, demonstrando não estar sob efeito de anestesia.

Esse momento de dificuldade não é, segundo penso, o momento certo para se abandonar o Brasil, mas é o momento certo para se tentar construir um novo País, assimilando-se as lições do passado, abandonando-se as velhas práticas corrosivas e abraçando-se a bandeira da honestidade no trato da coisa pública.

Eis aí a razão da escolha das sábias palavras de Martin Luther King, que me serviram de introito. É na adversidade que se conhece a têmpera de um homem, de um povo.

E é justamente esse sofrido povo brasileiro, que malgrado suportando infinitas adversidades, vem firmando a sua crença nas instituições democráticas, e que embora pacífico, não aceita de bom grado a injustiça, que eu tive a honra de servir enquanto integrei o Ministério Público de São Paulo e, agora, tenho a grata satisfação de continuar servindo nesta Egrégia Corte.

No Ministério Público ingressei em 1985 e, portanto, tive a felicidade de testemunhar seu inédito avanço, que se deu pela conquista de novas e relevantes atribuições, com correlatas garantias institucionais e pessoais, fruto não somente de fatores externos, mas também, e principalmente, de esforços envidados internamente, de estratégias bem arquitetadas por seus componentes, que revolucionaram e projetaram o parquet para o centro da sociedade organizada.

Assim é que da posição de acusador criminal e de interveniente em processos cíveis, como custos legis, o Ministério Público passou também a atuar em prol da solução de demandas de grande interesse social, quer por intermédio do inquérito civil, quer por meio de ações judiciais, a exemplo das ações civis públicas, ações de improbidade administrativa, processos criminais de

repercussão contra a criminalidade organizada, ou mesmo atuações tradicionais contra a delinquência de menor potencial ofensivo.

Em suma, vivenciei um Ministério Público diligente, atuante, versátil, sempre atento às aspirações sociais e sempre disposto a procurar novos e mais eficazes instrumentos para atendêlas.

Essa mesma energia, essa mesma coragem para encontrar soluções às demandas de uma sociedade em constante transformação vejo presentes no Poder Judiciário bandeirante, que tem envidado grandes esforços no afã de vencer o número cada vez maior de processos e de acelerar a prestação da justiça.

Para tanto, vem adotando soluções criativas, inovadoras, como a informatização, o cartório do futuro, as audiências de custódia, os Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania e outras tantas voltadas à revitalização de sua estrutura e ao aprimoramento do serviço judiciário, isso a despeito das dificuldades de ordem orçamentária.

Felizarda e agraciada por Deus me considero por viver essa enriquecedora experiência de ser brasileira, de ver esta nação tomando consciência das causas históricas de seus problemas e de participar de duas instituições valorosas, respeitadas, que em meio a tantas vicissitudes, escassez de recursos e tentativas escusas de solapar a sua independência, ainda encontram inspiração para encarar desafios, se aproximar da sociedade e ajudá-la a preservar a sua crença em uma democracia conquistada a duras penas.

Trinta gratificantes anos de minha vida devotei ao Ministério Público, esperando tenha contribuído de alguma forma para a sua evolução e fortalecimento.

Outros muitos espero dedicar à magistratura de São Paulo, comprometendo-me a fazer tudo o que estiver ao meu alcance para honrar a sua história e dignificar os seus ilustres membros, demonstrando, assim, ter sido merecedora do voto de confiança que depositaram em minha pessoa.

Tenham os senhores a certeza de que atuarei com denodo, retidão, transparência e imparcialidade, buscando colaborar com os meus pares no cumprimento da nobre missão de consolidar o Estado Democrático e fomentar a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, por meio de uma efetiva prestação jurisdicional.

A senda que eu trilhei no Ministério Público paulista, a quem devo minha formação profissional, o amor ao trabalho em prol da coletividade e o congraçamento com estimadíssimos colegas, continuará a ser trilhada nesta Augusta Corte. Nunca esquecerei as minhas origens, de que muito me orgulho, mas me encontro ávida e pronta para abraçar as minhas novas funções, com as quais espero contribuir para que o Poder Judiciário seja cada vez mais reconhecido pela coletividade como instrumento indispensável ao exercício

pleno dos direitos inerentes à cidadania.

Aproveitando esta oportunidade que me é dada, agradeço a todos que me apoiaram, me incentivaram, especialmente o meu marido, Desembargador Virgilio de Oliveira Junior, e os meus amantíssimos filhos, Rachel Maria e João Lucas.

Sem vocês, que me deram forças para insistir, perseverar, em busca de meu ideal consistente em integrar o Tribunal de Justiça de São Paulo, nada disso seria possível.

Agradeço muitíssimo também a minha saudosa e devotada mãe, trabalhadora incansável, educadora enérgica, mas amorosa, que me conduziu pelo caminho do estudo, do trabalho e da responsabilidade, e ao meu querido pai aqui presente, que tanto trabalhou e tantos sacrifícios fez para que eu pudesse ter acesso à boa educação.

Quiçá todos pudessem ter pais assim: atenciosos e comprometidos com o bem estar da família.

Por fim, quero demonstrar minha profunda gratidão a todos os que se encontram presentes, máxime aos oradores que me precederam, aos meus queridos colegas de Ministério Público, com quem muito aprendi nesses longos anos de enriquecedora convivência, e, como não poderia deixar de ser, aos meus colegas de magistratura, com quem hei de doravante somar esforços para enfrentar os desafios que se avizinham.

A todos peço as bênçãos, a proteção e a iluminação do Altíssimo, enquanto aguardamos a consumação da promessa de seu estimado Filho, que diante da multidão, subiu a um monte e vaticinou:

"Bem-aventurados os que têm fome e sede de justiça, porque eles serão saciados."

HEITOR LUIZ FERREIRA DO AMPARO (Juiz de Direito)

Discurso proferido por ocasião da instalação da 6ª Vara Cível de Araraquara (Cerimônia realizada em 22.03.2016)

Senhor Presidente,

É uma honra recebê-lo em nossa Comarca, não só pelo especial momento

que vivemos, mas também para tornar público o nosso reconhecimento pelo trabalho que vem exercendo à frente do Poder Judiciário do Estado de São Paulo.

É longa a sua trajetória como magistrado, sempre exercida com competência e dedicação.

Foi presidente da Associação Paulista de Magistrados e nesse período por muitas vezes tive oportunidade de encontrá-lo nos gabinetes dos assessores da Presidência ou Corregedoria ou em contato com o Presidente do Tribunal de Justiça ou Corregedor Geral da Justiça lutando pelos interesses dos magistrados e servidores ou para defendê-los em situações de dificuldade.

Eleito Presidente do maior Tribunal de Justiça do Brasil, com expressiva votação, trouxe aos magistrados e em especial os de primeiro grau a certeza de que novos tempos serão vividos.

Com serenidade, equilíbrio e acima de tudo com humildade e respeito. aos servidores e magistrados vem exercendo com extrema dignidade o seu mandato.

A sua visão administrativa e humanitária e a preocupação com as condições de trabalho dos magistrados e servidores de primeiro grau tornará certamente o aparelho judiciário mais moderno, adaptado aos novos tempos permitindo o atendimento com maior rapidez e eficiência a população.

Com atenção e cortesia a todos que o procuram, magistrados ou não, sempre busca a melhor solução para os problemas apresentados, quer pessoalmente, quer por meio dos seus competentes assessores.

A sua atuação vem sendo presente, acessível, atenta, comprometida com todos.

Temos consciência de que muita coisa há por fazer. Muitos projetos e ideias estão sendo colocadas para a sua concretização, mas temos consciência de que alguns não dependem apenas da sua boa vontade. Há carência de recursos e é diária a luta para obtê-los junto ao Poder Executivo. Mas o tempo não para e desistir nunca, pois desistir não se amolda ao seu perfil.

Acesso ao Sumário

É do conhecimento de Vossa Excelência de que a Comarca de Araraquara é considerada uma das melhores do Estado, senão a melhor permita-me a ousadia, pois aqui estou judicando a trinta e três anos, vinte e oito deles como Diretor do Fórum, e agora por mais dois anos pela minha recondução ao cargo por ato de Vossa Excelência. Aqui bem sabe Vossa Excelência a prestação jurisdicional é rápida e eficiente em função da qualidade e comprometimento dos seus servidores e magistrados.

Esse reconhecimento não seria alcançado, sabemos sem o atendimento de nossas reivindicações sempre voltadas para a melhor prestação dos serviços judiciários cujo destinatário é a população. Não está sendo diferente com

Vossa Excelência, sempre sensível e atento as nossas reivindicações e hoje demonstrando o seu apreço pelos magistrados e servidores que aqui desenvolvem as suas atividades veio pessoalmente presidir esta solenidade embora com dificuldade para adaptação da sua agenda. Fica o nosso público agradecimento.

Senhor Presidente tenha a certeza de que o seu nome será marcado entre aqueles que fizeram história, e como referência será lembrado pelas futuras gerações.

Por fim, não posso deixar de registrar a minha alegria em também receber em nossa Comarca o amigo e Excelentíssimo Vice-Presidente do Tribunal de Justiça, Desembargador Ademir Benedito magistrado, com conduta irrepreensível, amigo presente, dotado de extrema humildade e caráter irretocável. Você permita-me, assim chamá-lo amigo Ademir é exemplo para todos. Senhor Vice-Presidente a sua presença em solenidade tão importante para a nossa Comarca muito nos honra e não será esquecida.

Não posso deixar de registrar um agradecimento especial ao meu amigo e colega de ingresso, o ex-presidente Desembargador José Renato Nalini que sensibilizado pelas nossas reivindicações autorizou a colocação em concurso da unidade ora instalada.

Um registro também muito especial aos magistrados e amigos Fernando Bartoletti, hoje no gabinete da Presidência do Tribunal de Justiça, Regis Castilho Barbosa Filho, hoje Diretor da 1ª Região Administrativa, e Rodrigo Marzola Colombini, hoje na equipe de Correições da Egrégia Corregedoria Geral da Justiça, que podemos chamar de amigos da Comarca de Araraquara pelo seu apoio incondicional a nossa pretensão viabilizando a colocação em concurso da 6ª Vara Cível. Meu abraço fraterno e meu agradecimento pessoal e em nome de todos os magistrados da Comarca.

Meu agradecimento pessoal a todos os magistrados da Comarca que, sem exceção, envolveram-se na nossa empreitada e cada um com a sua participação em cada momento viabilizou e permitiu que o nosso sonho se tornasse realidade. Juntos e unidos continuaremos lutando por nossa Comarca senhor Presidente, pois muita coisa ainda existe por conquistar.

Desejo, ainda, sucesso ao nosso novo colega João Roberto Casale e aos servidores que integrarão o Ofício Cível.

Por fim agradeço a presença dos Desembargadores Sandra e Carlos Alberto... e a todas as demais autoridades, servidores, advogados, que abrilhantaram esta solenidade e que certamente guardarão a lembrança desse dia muito especial para a Comarca de Araraquara.

Obrigado.

Acesso ao Sumário

JOÃO MILANI VEIGA (Presidente da 5ª Subseção da OAB - Araraquara)

Discurso proferido por ocasião da instalação da 6ª Vara Cível de Araraquara (Cerimônia realizada em 22.03.2016)

EXMO. DR. PAULO DIMAS BELLIS MASCARETTI, Desembargador Presidente do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, na pessoa de quem peço vênia para saudar as demais autoridades presentes já nominadas pelo protocolo, os integrantes dos Poderes Judiciário, Legislativo e Executivo aqui presentes, ADVOGADOS E ADVOGADAS, SENHORAS E SENHORES.

Na qualidade de presidente da 5ª Subseção da Ordem dos Advogados do Brasil, rejubilo-me com a instalação da 6ª Vara Cível, fato há muito esperado pelos operadores de direito da nossa comarca e que hoje se concretiza graças aos esforços empreendidos pela comunidade jurídica Araraquarense, e de modo especial pelo Exmo. Juiz Diretor deste Fórum, Dr. Heitor Luiz Ferreira do Amparo, que, enfrentando toda sorte de obstáculos, muito tem realizado em prol do engrandecimento e reconhecimento da Comarca.

Ao ilustre magistrado que hoje assume a 6ª Vara, DR. JOÃO ROBERTO CASALI DA SILVA, desejamos votos de profícuo trabalho, pois tem em suas mãos a árdua missão de concretizar o ideal de acesso a Justiça, mas uma justiça célere e eficaz, bem como estamos seguros de que Vossa Excelência tem competência e determinação em abundância para fazê-lo com tranquilidade e êxito.

Nesse cenário, a instalação de mais uma vara judicial vem atender às necessidades da nossa comarca, em que o grande volume de ações demonstra a credibilidade na Justiça.

Ressaltamos ainda neste momento festivo nossa satisfação de receber o Exmo. Presidente do Tribunal de Justiça de São Paulo, que de forma arrojada e empreendedora tem atendido prontamente aos anseios da comunidade jurídica e da sociedade da nossa Comarca.

Vamos continuar ansiosos que V. Exa. em um período muito curto, possa atender ainda mais as necessidades da nossa Comarca, na instalação de novas Varas que tanto necessita.

Certamente, a instalação da 6ª Vara trará sem dúvida alguma, benefícios de grande relevância não só à classe advocatícia, mas a toda família forense e acima de tudo aos jurisdicionados.

Desejo sucesso a toda a equipe da 6ª Vara Cível, para que tenham saúde para cumprir a missão pública, e que Deus esteja sempre conosco.

Acesso ao Sumário

Por fim, reafirmamos o propósito da Subseção de Araraquara, em colaborar para que a JUSTIÇA seja distribuída de forma célere e segura a todos os cidadãos.

OBRIGADO.

GABRIELLE GASPARELLI CAVALCANTE (Juíza de Direito)

Discurso proferido por ocasião da instalação da 2ª Vara da Comarca de Pitangueiras. (Cerimônia realizada em 14.04.2016)

Inicialmente, gostaria de agradecer a todos os que estão hoje conosco prestigiando a instalação da 2ª Vara Judicial de Pitangueiras e a todos os que trabalharam pela concretização deste sonho.

Não posso deixar de registrar que fiquei positivamente impressionada ao conhecer a Comarca de Pitangueiras e feliz em poder participar da história desta Comarca.

Ao visitar a Comarca pela primeira vez, pude ver a existência de um museu nas dependências do fórum, uma excelente iniciativa e que sem dúvidas contribui para a preservação da nossa memória e para a construção de um futuro melhor.

Achei muito interessante a iniciativa de realização de visitas monitoradas ao fórum, por permitir a reflexão por parte da sociedade sobre o papel do Poder Judiciário.

Mas, acima de tudo, a questão que mais me chamou atenção foi a mudança de paradigma proposta pela Comarca e que se vê, nitidamente, neste Tribunal do Júri.

O Tribunal do Júri é sempre um local sensível por envolver crimes dolosos contra a vida. Mas, nesta sala, em qualquer lugar que se olhe, o que se vê são palavras e imagens que nos remetem à solidariedade e à humanidade que há em cada um de nós.

Se eu pudesse definir a Comarca de Pitangueiras em duas palavras seriam: inovação e humanização. Por isso, posso dizer que tenho orgulho de participar dessa história com a instalação da 2ª Vara Judicial de Pitangueiras.

A instalação da 2ª Vara é, sem dúvidas, uma grande conquista para os

munícipes e é, indiscutivelmente, um passo importante a caminho da celeridade processual e da melhoria contínua da prestação jurisdicional.

A Comarca de Pitangueiras abrange um contingente populacional de aproximadamente 41.000 habitantes, conforme estimativa do IBGE para o ano de 2015. Assim, a instalação da 2ª Vara era uma demanda urgente e necessária fazia alguns anos.

Porém, apesar do inequívoco avanço obtido com a instalação da 2ª Vara, devemos ter em mente que esse é apenas um primeiro passo para a adequada estruturação da Comarca.

O desempenho de todas as potencialidades de uma vara nova encontra, no caso presente, um considerável obstáculo, em razão de ausência de uma estrutura adequada e das dificuldades práticas de um único cartório, com número bastante reduzido de servidores, gerenciando duas varas cumulativas distintas, com processos físicos e digitais e com procedimentos específicos para acesso ao sistema SAJ para cada uma das varas judiciais.

Por isso, nesse momento, talvez precisemos inovar. Sugerir novos paradigmas. Não sei. Mas, seguramente, precisaremos seguir as palavras e a inspiração do nosso estimado e caro Presidente, o Exmo. Sr. Dr. Paulo Dimas de Bellis Mascaretti, otimizando os recursos de que dispomos e encontrando meios de melhor gerenciar esses recursos, de forma que o objeto final seja alcançado.

E o nosso objetivo é conseguir ter uma justiça mais célere, com servidores trabalhando melhor, advogados mais bem atendidos, partes conseguindo ter as suas demandas resolvidas em tempo razoável, entre tantas reivindicações que não são minhas, mas tenho certeza que é a luta diária e o sonho de todos os que estão aqui hoje. Outra vez, só posso dizer estar num lugar privilegiado, em que advogados e promotores, junto com Juízes e servidores, estão lado a lado, lutando por um Judiciário mais forte e estruturado, porque só assim, e isso não há dúvida, será possível uma prestação jurisdicional mais célere e adequada.

Por fim, gostaria de deixar registrada a minha imensa honra e felicidade de poder estar ao lado do Excelentíssimo Presidente do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Dr. Paulo Dimas de Bellis Mascaretti, uma das pessoas mais atuantes do Poder Judiciário Paulista, por quem nutro profundo respeito e admiração e que, neste pouco tempo de gestão, já demonstrou uma enorme capacidade de resposta às inúmeras demandas que lhe são apresentadas, apesar do momento delicado em que vivemos. Por isso, tudo que tenho a dizer ao Dr. Paulo Dimas de Bellis Mascaretti, neste momento, é muito obrigada.

Acesso ao Sumário

LUÍS AUGUSTO FREIRE TEOTONIO (Juiz Diretor da 6ª RAJ Ribeirão Preto)

Discurso proferido por ocasião da instalação da Sede Regional do Museu do TJSP (Cerimônia realizada em 15.04.2016)

DISCURSO DE INAUGURAÇÃO DA SEDE REGIONAL DO MUSEU DO TJ NA 6ª REGIÃO ADMINISTRATIVA

Excelentíssimo Senhor Presidente, Desembargador Paulo Dimas de Bellis Mascaretti.

Senhores Desembargadores, Juízes Assessores, Diretores de Foro, Juízes de Direito, Advogados, Defensores, Promotores de Justiça, Prefeitos, Vereadores.

Demais autoridades já nominadas pelo cerimonial, Servidores, com menção especial ao historiador Bruno de Almeida.

Senhoras e Senhores.

Descendentes do homenageado, em especial, Des. Cyro Antônio Fachini Ribeiro de Souza e Juiz Sylvio Ribeiro de Souza Neto.

Um museu significa rememorar o passado, através do agrupamento de objetos referentes a fatos que compõem a história. O presente só o é pelo passado que o antecedeu.

No caso do nosso, especificamente, rememorar o passado do Judiciário na nossa região, pois o que se construiu ontem reflete no hoje.

Uma casa aberta, Senhor Presidente, a serviço da sociedade para que ela conheça a nobre Instituição do Judiciário, poder do Estado que visa dar a cada um o que é seu.

Possibilita o museu que os indivíduos, membros da sociedade, possam entender o passado e por meio dele conhecer melhor a realidade em que vivem, o que também faz com que exerçam seu papel de cidadão, na medida em que possam evitar eventuais erros, aproveitando os bons feitos, num verdadeiro laboratório da vida, sabido que o patrimônio cultural é referência para o desenvolvimento de ações, como pesquisa, preservação e comunicação.

Museu então tem significado de legado, com o objetivo de demonstrar trajetórias de vida e estabelecer conexão entre as pessoas, mesmo porque a identidade do sujeito está arraigada no seu passado.

E aqui, Senhor Presidente, reside a razão da homenagem deferida por Vossa Excelência, atribuindo ao espaço o nome do Dr. Sylvio Ribeiro de Souza.

Médico, que constantemente visitava nossa região, cuja irmã, professora, e o tio, farmacêutico, já foram homenageados por Ribeirão Preto, a irmã é nome de escola (Escola Estadual Cordélia Ribeiro Ragoso), o tio cede o nome a logradouro (Logradouro Carlos Ribeiro de Souza), ambos em Bonfim Paulista.

Ocorre que, o homenageado, em 1940, foi convocado a ser jurado na Capital Paulista.

Creio que aí se "contaminou", no bom sentido.

Pouco depois nascia o Desembargador Cyro, juiz por longo tempo em nossa Região Administrativa, muito contribuiu para o seu desenvolvimento, inclusive quando já ocupava o topo da carreira, com preocupações constantes com o bem estar dos juízes que judicam, tendo mais de uma vez, quando juízes foram ameaçados de morte em razão do cumprimento do dever, enviado esforços junto à cúpula do Tribunal em benefícios dos mesmos.

Não foi só, Senhor Presidente.

Nos deu Sylvio Neto, que sem medo de errar, melhor Diretor da nossa Região, moço visionário, rompeu barreiras e mudou mentalidades, possibilitando que tivéssemos o espaço deste prédio, que abriga a Sede da Região Administrativa e mais: uma unidade de fundamental importância estratégica, projeto institucional do Tribunal de Justiça, o Departamento Estadual de Execuções Criminais, que Vossa Excelência visitou.

Sylvio, Excelência, para muito além do mencionado, tanto fez pela região, acabando por ser seguido à douta assessoria de Vossa Excelência.

Foi ele também, Sylvio Ribeiro de Souza Neto, neto do homenageado, que idealizou a Sede Regional do Museu do Tribunal de Justiça, o que possibilitou esta prestigiada cerimônia.

A referida conexão com o passado, portanto, como museu com suas peças raras, nos brindou com relíquias, relíquias para nossa região e para o Tribunal de Justiça, me refiro ao Desembargador Cyro e o Juiz Sylvio.

Acesso ao Sumário

Os Ribeiros de Souza, assim, Senhor Presidente, através do homenageado Doutor Sylvio Ribeiro de Souza, passam a integrar o patrimônio cultural da nossa região, definitivamente, com a inauguração do Museu Regional do Tribunal de Justiça da 6ª Região.

Tudo, graças a Vossa Excelência, Senhor Presidente.

Somente um homem de sua envergadura, com um histórico de luta em prol da Justiça, em prol dos juízes e servidores poderia ter possibilitado essa homenagem.

Muito obrigado.

CYRO ANTONIO FACCHINI RIBEIRO DE SOUZA (Desembargador)

Discurso proferido por ocasião da instalação da Sede Regional do Museu do TJSP (Cerimônia realizada em 15.04.2016)

Homenagem a Sylvio Ribeiro de Souza

Exmo. Sr. Presidente do E. Tribunal de Justiça, Desembargador Paulo Dimas de Bellis Mascaretti, Exmo. Sr. Juiz Luiz Antonio Freire Teotônio, DD. Juiz Diretor da 6ª Região Administrativa do Judiciário, na pessoa da qual presto minhas homenagens aos demais juízes ora presentes, a Prefeita, Srs. Promotores, Advogados, Defensor Público, funcionários e demais pessoas gradas.

A designação do nome "DOUTOR SYLVIO RIBEIRO DE SOUZA" para a sede Regional do Museu do Tribunal de Justiça desta Região Administrativa Judiciária constitui motivo de ufanismo e alegria aos seus descendentes.

Pessoa modesta, sem maiores pretensões e vaidades, exerceu sua profissão de clínico pediatra por mais de quarenta e cinco anos, habilitando-se para este mister após decurso de sete anos de internação no Pavilhão Fernandinho Simonsen da Santa Casa de Misericórdia de São Paulo para se constituir profissional autônomo com consultório no centro da capital, como era comum nos idos de 1940, deixando de a exercer no final dos anos de 60 para melhor atender aos reclamos da sua esposa, então adoentada.

Dedicado tanto à sua profissão como aos seus familiares, afável com quem desfrutava de amizade e conhecimento, teve oportunidade de conviver, ainda que por tempo exíguo, com seus netos quando aos 18 de junho de 1984 veio a falecer.

Como já dito, a presente iniciativa da denominação da sede do Museu desta Região Administrativa é deveras lisonjeira e gratificante mormente aos seus descendentes integrantes da Magistratura e do Poder Judiciário.

Agradecido pela iniciativa do Juiz Luiz Antonio Freire Teotônio e ainda do Secretário "Bacana".

Muito obrigado.

Acesso ao Sumário