REVISTA ELETRÔNICA DE JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

REVISTA OFICIAL DO TRIBUNAL DE
JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

VOLUME 15 – ANO 3

MAIO E JUNHO 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- Jurisprudência Cível:

Seção de Direito Privado:

a) Ações Rescisórias 26

b) Agravos de Instrumento 38

c) Agravos Regimentais 134

d) Apelações 138

e) Embargos de Declaração 346

f) Embargos Infringentes 357

g) Impugnações ao Valor da Causa 378

Seção de Direito Público

a) Agravos de Instrumento 382

b) Apelações 420

c) Apelações/Reexames Necessários 544

d) Embargos de Declaração 560

2- Jurisprudência Criminal:

a) Agravos em Execução Penal 573

b) Apelações 595

c) Desaforamentos de Julgamento 684

d) *Habeas Corpus* 693

e) Inquéritos Policiais 701

f) Mandados de Segurança 706

g) Revisões Criminais 716

3- Jurisprudência do Órgão Especial:

a) Ações Rescisórias 721

b) Ações Diretas de Inconstitucionalidade 734

c) Agravos Regimentais 784

d) Arguições de Inconstitucionalidade 787

e) Conflitos de Competência 800

4- Jurisprudência da Câmara Especial:

a) Agravos de Instrumento 815

b) Apelações 829

c) Conflitos de Competência 863

d) *Habeas Corpus* 867

5- Conselho Superior da Magistratura 873

6- Noticiário 887

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. 15, mai./jun. 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
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
Artur César BERETTA DA SILVEIRA

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***
Desembargadora MARIA DE LOURDES LOPEZ GIL CIMINO**

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**
Desembargador CARLOS VIEIRA VON ADAMEK**

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 CESAR CIAMPOLINI Neto
Desembargador Hamid Charaf Bdine Júnior**

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

Desembargador RICARDO José NEGRÃO Nogueira
Desembargador CARLOS ALBERTO GARBI***
Desembargador CAIO MARCELO MENDES DE OLIVEIRA
Desembargador FÁBIO Guidi TABOSA Pessoa
Desembargador ALEXANDRE AUGUSTO PINTO MOREIRA MARCONDES**

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**

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

CÂMARAS EXTRAORDINÁRIAS DE DIREITO PRIVADO
(Resolução nº 737/2016)

20ª Câmara Extraordinária de Direito Privado

Desembargador Luiz Fernando SALLES ROSSI
Desembargador JAMES Alberto SIANO
Desembargador JOÃO FRANCISCO MOREIRA VIEGAS
Desembargador LUIS MARIO GALBETTI
Desembargadora MÁRCIA REGINA DALLA DÉA BARONE**
Desembargador FABIO HENRIQUE PODESTÁ**

21ª Câmara Extraordinária de Direito Privado

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

22ª Câmara Extraordinária de Direito Privado

Desembargador HERALDO DE OLIVEIRA Silva
Desembargador José JACOB VALENTE
Desembargador TASSO DUARTE DE MELO
Desembargador SÉRGIO Seiji SHIMURA
Desembargador JOÃO PAZINE NETO

23ª Câmara Extraordinária de Direito Privado

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

24ª Câmara Extraordinária de Direito Privado

Desembargador JOVINO DE SYLOS Neto
Desembargador VIRGÍLIO DE OLIVEIRA JÚNIOR
Desembargador Wellington MAIA DA ROCHA
Desembargador MIGUEL PETRONI NETO
Desembargador Samuel Francisco MOURÃO NETO
Desembargador GILSON DELGADO MIRANDA**

25ª Câmara Extraordinária de Direito Privado

Desembargador Fernando MELO BUENO Filho
Desembargador RUY COPPOLA
Desembargador Reinaldo FELIPE FERREIRA
Desembargador PAULO Celso AYROSA Monteiro de Andrade
Desembargador KIOITSI CHICUTA
Desembargador Vicente Antonio MARCONDES D'ANGELO

26ª Câmara Extraordinária de Direito Privado

Desembargador EROS PICELI
Desembargador LUIZ EURICO Costa Ferrari
Desembargador CESAR LACERDA
Desembargador José Henrique ARANTES THEODORO
Desembargador MARIO ANTONIO SILVEIRA

27ª Câmara Extraordinária de Direito Privado

Desembargador EDGARD Silva ROSA
Desembargadora MARIA LÚCIA Ribeiro de Castro PIZZOTTI Mendes
Desembargador MILTON Paulo de CARVALHO Filho
Desembargador Eduardo AZUMA NISHI
Desembargador CARLOS DIAS MOTTA**

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 604 — 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 737/2016)

4ª Câmara Extraordinária de Direito Público

Desembargador AROLDO Mendes VIOTTI
Desembargador José JARBAS de Aguiar GOMES
Desembargadora MARIA LAURA de Assis Moura TAVARES
Desembargador Luís Paulo ALIENDE RIBEIRO
Desembargador MARCELO LOPES THEODOSIO**

5ª Câmara Extraordinária de Direito Público

Desembargador Sérgio Godoy RODRIGUES DE AGUIAR
Desembargador EUTÁLIO José PORTO Oliveira
Desembargadora VERA Lúcia ANGRISANI
Desembargadora Maria BEATRIZ Dantas BRAGA
Desembargador MAURÍCIO FIORITO**

6ª Câmara Extraordinária de Direito Público

Desembargador Sérgio COIMBRA SCHMIDT
Desembargador OSWALDO LUIZ PALU
Desembargador CARLOS EDUARDO PACHI
Desembargador João Batista Morato REBOUÇAS DE CARVALHO**
Desembargador JOSÉ MARIA CÂMARA JÚNIOR**

7ª Câmara Extraordinária de Direito Público

Desembargador Luiz BURZA NETO
Desembargador Jeferson MOREIRA DE CARVALHO
Desembargador LEONEL Carlos da COSTA
Desembargador MARCELO Martins BERTHE
Desembargadora MARIA ISABEL CAPONERO COGAN**

8ª Câmara Extraordinária de Direito Público

Desembargador LUÍS FRANCISCO AGUILAR CORTEZ
Desembargadora Maria CRISTINA COTROFE Biasi
Desembargadora MÔNICA de Almeida Magalhães SERRANO
Desembargador VICENTE DE ABREU AMADEI
Desembargador CLÁUDIO ANTONIO MARQUES DA SILVA**

9ª Câmara Extraordinária de Direito Público

Desembargador ALDEMAR José Ferreira da SILVA
Desembargador JOÃO NEGRINI Filho
Desembargador PAULO BARCELLOS GATTI
Desembargador NUNCIO THEOPHILO NETO**

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

1ª Câmara Reservada ao Meio Ambiente (salas 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 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 DINIZ FERNANDO FERREIRA DA CRUZ**

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 SILMAR FERNANDES**
Desembargador MAURÍCIO VALALA**
Desembargador DINIZ FERNANDO FERREIRA DA CRUZ**
Desembargador SÉRGIO MAZINA MARTINS**

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
Desembargadora IVANA DAVID**
Desembargador AIRTON VIEIRA**

4ª Câmara de Direito Criminal (salas 232/236 — 3ª feira — 10:00 horas — PJ)

Desembargador LUÍS SOARES DE MELLO Neto
Desembargador EUVALDO CHAIB Filho
Desembargador IVAN Ricardo Garisio SARTORI***
Desembargador CAMILO LÉLLIS dos Santos Almeida
Desembargador EDISON Aparecido BRANDÃO
Desembargadora IVANA DAVID**

3º GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO CRIMINAL — QUINTA-FEIRA — PJ — (SALAS 201/203)

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

Desembargador José DAMIÃO Pinheiro Machado COGAN
Desembargador Geraldo Francisco PINHEIRO FRANCO***
Desembargador Antonio Carlos TRISTÃO RIBEIRO
Desembargador SÉRGIO Antonio RIBAS
Desembargador JUVENAL José DUARTE
Desembargador MAURICIO HENRIQUE GUIMARÃES PEREIRA FILHO**

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

Desembargador RICARDO Cardozo de Mello TUCUNDUVA***
Desembargador Antonio Carlos MACHADO DE ANDRADE
Desembargador JOSÉ RAUL GAVIÃO DE ALMEIDA
Desembargador MARCO ANTONIO Marques da Silva
Desembargador Cassiano Ricardo ZORZI ROCHA
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
Desembargador EDUARDO CRESCENTI ABDALLA**

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
Desembargador CÉSAR AUGUSTO ANDRADE DE CASTRO**
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 JULIO CAIO FARTO SALLES**
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
Desembargador NELSON FONSECA JUNIOR**

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 ALEXANDRE CARVALHO E SILVA DE ALMEIDA**
Desembargador JAIME FERREIRA MENINO**

12ª Câmara de Direito Criminal (salas 202/204 — 4ª feira — 10:00 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**
Desembargador LUIS AUGUSTO DE SAMPAIO ARRUDA**

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***
Desembargador LAERTE MARRONE DE CASTRO SAMPAIO**

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 JULIO CAIO FARTO SALLES**
Desembargador NELSON FONSECA JUNIOR**
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
Desembargadora CLAUDIA LUCIA FONSECA FANUCCHI**
Desembargador OSNI ASSIS PEREIRA**

CÂMARAS CRIMINAIS EXTRAORDINÁRIAS (Resolução nº 666/2014)

1ª Câmara Criminal Extraordinária

Desembargador Geraldo Francisco PINHEIRO FRANCO
Desembargador GUILHERME Gonçalves STRENGER
Desembargador LUIZ ANTONIO CARDOSO
Desembargador FERNANDO Geraldo SIMÃO
Desembargador AGUINALDO DE FREITAS FILHO

2ª Câmara Criminal Extraordinária

Desembargador LUÍS SOARES DE MELLO Neto
Desembargador EUVALDO CHAIB Filho
Desembargador CAMILO LÉLLIS dos Santos Almeida
Desembargador EDISON Aparecido BRANDÃO
Desembargador CARLOS Fonseca MONNERAT

3ª Câmara Criminal Extraordinária	4ª Câmara Criminal Extraordinária
Desembargador José Orestes de SOUZA NERY Desembargador Antonio SÉRGIO COELHO de Oliveira Desembargador ROBERTO Caruso Costabile e SOLIMENE Desembargador AMARO José THOMÉ Filho Desembargador ALBERTO ANDERSON FILHO	Desembargador CARLOS Augusto Lorenzetti BUENO Desembargador Antonio Carlos TRISTÃO RIBEIRO Desembargador Otávio Augusto de ALMEIDA TOLEDO Desembargador Waldir Sebastião de NUEVO CAMPOS Júnior Desembargadora Maria de Lourdes RACHID VAZ DE ALMEIDA

*** — 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
Ana Maria Alonso Baldy Moreira Farrapo

SEÇÃO DE DIREITO PRIVADO

Ações Rescisórias

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Rescisória nº 2207239-18.2015.8.26.0000, da Comarca de Duartina, em que é autor LUIZ CARLOS SIMIONATO (JUSTIÇA GRATUITA), é réu BANCO DO BRASIL S/A.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 7º Grupo de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Indeferiram a petição inicial e extinguiram o processo. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 25.381)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ANA DE LOURDES COUTINHO SILVA DA FONSECA (Presidente), THIAGO DE SIQUEIRA, HERALDO DE OLIVEIRA, FRANCISCO GIAQUINTO, MAURÍCIO PESSOA e NELSON JORGE JÚNIOR.

São Paulo, 29 de abril de 2016.

CAUDURO PADIN, Relator

Ementa: Ação rescisória. Embargos à execução. Alegada violação literal de disposição de lei e erro de fato resultante dos documentos da causa, nos termos do artigo 485, incisos V e IX, do CPC. Inocorrência. Pretende o autor, por meio desta via excepcional, rediscutir toda a matéria alegada no curso dos embargos à execução, diante do insucesso obtido em 1º e 2º graus, nas vias ordinárias. Falta de interesse processual configurada. Petição inicial indeferida.

VOTO

Vistos.

Trata-se de ação rescisória contra o v. acórdão proferido pela C. 14ª Câmara de Direito Privado deste Tribunal (fl. 33/39), no qual se negou provimento ao recurso de apelação nº 0001477-03.2004.8.26.0169 (fls. 199/204), mantendo a r. sentença de Primeiro Grau que julgou parcialmente procedentes os embargos à execução (fls. 186/196).

Acesso ao Sumário

A irresignação está lastreada nas disposições contidas nos incisos V e IX do artigo 485, do Código de Processo Civil.

Sustenta o autor que a decisão combatida viola disposição de lei, pela inobservância do contido no Capítulo 2, seção 6, incisos 9-b, 14 e 15, do Manual de Crédito Rural; que foi negada a subordinação da CRPH aos ditames do Código de Defesa do Consumidor, violando o disposto no 3º, §2º; que a cláusula 21 da CRPH é nula, conforme o artigo 51, §1º, inciso II, do CDC; que a cédula em questão foi emitida em novembro de 1999, quando prevaleciam os termos do Decreto-lei nº 73/66, ou seja, a contratação do seguro era obrigatória; que a decisão está eivada de erro de fato resultante de documento da causa, quanto aos documentos de fls. 5, 6, 7, 8, 10 e 11 da inicial dos embargos; pretende que a r. sentença seja declarada rescindida para prosseguimento da lide e novo julgamento.

Houve pedido de tutela antecipada, que foi deferido em parte (fl. 429).

Sem resposta da parte contrária (fl. 436).

É o relatório.

Cuida-se de ação de execução e embargos à execução na qual é objeto o débito decorrente da Cédula Rural Pignoratícia e Hipotecária de fls. 26/32.

A presente rescisória vem lastreada no artigo 485, incisos V e IX, do CPC que estabelecem:

"*Art. 485 - A sentença de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando:*

(...)

V - violar literal disposição de lei;

(...)

IX - fundada em erro de fato, resultante de atos ou de documentos da causa;"

A violação da disposição de lei, segundo o autor, estaria na ofensa aos termos do "Manual de Crédito Rural" e das disposições do Código de Defesa do Consumidor, em especial porque ao firmar o instrumento de crédito foi impedido de contratar seguro agrícola.

Insiste que não "anuiu" com a Cláusula 21 do contrato, já que não lhe foi dada oportunidade para discussão de seu conteúdo, posto que esta já se encontrava impressa na CRPH, lançada unilateralmente, sendo portanto nula, conforme previsão do artigo 51, §1º, inciso II, do Código de Defesa do Consumidor.

Ainda, afirma que os documentos que instruíram a causa não foram valorados corretamente, incidindo os julgadores antecedentes em erro de fato.

Pois bem.

Comentando o art. 485, V, do CPC ensina a doutrina:

"Violar literal disposição de lei: não cabe rescisória por injustiça

Acesso ao Sumário

da sentença ou exame inadequado das provas. Essa regra vinha expressamente contida no art. 800, *caput*, do CPC/39: 'A injustiça da sentença e a má apreciação da prova ou errônea interpretação do contrato não autorizam o exercício da ação rescisória'. Embora o Código atual não contenha expressamente essa regra, ela continua válida. Para que se aplique o inciso V do art. 485 do CPC é preciso que haja afronta direta e induvidosa à lei. A expressão *lei* foi usada em sentido amplo, como referência às normas jurídicas em geral, de natureza constitucional ou infraconstitucional.

Mas, se a sentença deu à lei uma interpretação razoável, ainda que não seja a predominante, ou que divirja de outras dadas pela doutrina ou jurisprudência, não cabe a rescisória. Não basta ofensa à súmula ou jurisprudência dominante: é preciso que a sentença seja incompatível com a norma jurídica, não podendo haver coexistência lógica das duas coisas. Nesse sentido, a Súmula 343 do STF: 'Não cabe ação rescisória por ofensa a literal disposição de lei, quando a decisão rescindenda se tiver baseado em texto legal de interpretação controvertida nos tribunais'. Essa súmula só se aplica se a interpretação for controvertida, ou for razoável." (Marcus Vinicius Rios Gonçalves, Novo Curso de Direito Processual Civil, Vol. 2, Ed. Saraiva, 6ª ed., 2010, p. 167).

"Tratando-se de *error in iudicando* ainda paira incerteza acerca da interpretação que se deve dar ao dispositivo legal. Quando este fala em violação a 'literal' disposição de lei, em primeiro lugar, há que se entender que está, aí, reafirmando o caráter excepcional da ação rescisória, que não se presta simplesmente a corrigir injustiça da decisão, tampouco se revelando simples abertura de uma nova instância recursal, ainda que de direito.

Contudo, exigir-se que a rescisória caiba dentro de tais estreitos limites não significa dizer que a interpretação que se deva dar ao dispositivo violado seja literal, porque isso, para além dos limites desse excepcional remédio, significaria um empobrecimento do próprio sistema, entendido apenas pelo sentido literal de suas palavras. Daí por que é correto concluir que a lei, nessa hipótese, exige que tenham sido frontal e diretamente violados o sentido e o propósito da norma." (Flávio Luiz Yarshell, Ação Rescisória, Ed. Malheiros, 2005, p. 323).

E ainda a jurisprudência:

"[...] 2. A Ação Rescisória não é o meio adequado para corrigir suposta injustiça da sentença, apreciar má interpretação dos fatos, reexaminar as provas produzidas ou complementá-las. 3. A ofensa a dispositivo de lei capaz de ensejar o ajuizamento da Ação Rescisória calcada no inciso V do art. 485 do Diploma Processual Civil é aquela evidente, direta, aberrante, observada primo oculi, não a caracterizando aquela que demandaria, inclusive, o reexame das provas da ação originária, tal como ocorre na presente hipótese. [...]" (STJ, AgRg no REsp 1202161/GO, rel. Min. NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, julgado em

Acesso ao Sumário

18/03/2014).

"[...] 2. Para que a ação fundada no art. 485, V, do CPC, seja acolhida, é necessário que a interpretação dada pelo decisum rescindendo seja de tal modo teratológica que viole o dispositivo legal em sua literalidade. Ao revés, se a decisão rescindenda elege uma dentre as interpretações cabíveis, a ação rescisória não merece prosperar. Precedentes. [...]" (STJ, AR 4010/TO, rel. Min. LUIS FELIPE SALOMÃO, julgada em 26/02/2014).

Não há dúvida de que o autor aderiu, por opção, a todos os termos da pactuação.

Como bem dispôs a D. Des. **Lígia Araújo Bisogni,** relatora do v. acórdão combatido (copiado às fls. 33/39):

"(...) quanto a alegação do embargante de 'supressão do direito de obtenção do Seguro Agrícola' (fls. 133), a verdade é que, a ausência de contratação do seguro agrícola (PROAGRO) não retira a exigibilidade do título, porque o embargante anuiu expressamente com a ausência de cobertura securitária, assumindo os riscos pela perda da safra e o inadimplemento contratual. Tanto é que, conforme contrato entabulado entre as partes (Cédula Rural Pignoratícia e Hipotecária) restou acordado que: 'O(s) Emitente (s) não deseja(m) aderir ao Programa de Garantia da Atividade Agropecuária (PROAGRO)' (fls. 44, cláusula 21º)".

Ou seja, ao pactuar com o réu, o autor tinha plena ciência dos termos do contrato e anuiu, de forma expressa e espontânea, a não contratação do seguro agrícola. É de todo descabida a pretensão de isentar-se de responsabilidade pelo débito em aberto sob a alegação de que se trata de mero contrato de adesão.

É certo ser admissível que a relação jurídica oriunda de vínculo contratual entre instituição financeira e o tomador do dinheiro ou aquele que se beneficia da concessão do crédito, em princípio se caracterize como relação de consumo, incidindo, assim, as normas protetivas do Código de Defesa do Consumidor.

Porém, o autor, na condição de produtor rural, recebeu o crédito como insumo à atividade que desenvolve. Assim, ausente a figura do consumidor final ou mesmo situação de hipossuficiência, inaplicável, na espécie, a lei consumerista.

Demais disso, os contratos de adesão, amplamente utilizados nas múltiplas relações do cotidiano, não são por si só, ilegais ou abusivos, até porque expressamente previstos no art. 54 do CDC.

É o que ensina Cláudia Lima Marques:

"Enquanto não houver a manifestação de vontade do consumidor, o simples modelo pré-elaborado do contrato de adesão não passa, na feliz expressão alemã, de um pedaço de papel (stück papier), mas se constitui em oferta geral e potencial. O consentimento do consumidor, a sua adesão, é que provoca o nascimento do contrato, a concretização do vínculo contratual entre

Acesso ao Sumário

as partes" (Contratos no Código de Defesa do Consumidor, 4º ed., Ed, RT, p. 62).

Vê-se, portanto, que o autor aderiu de forma livre e consciente ao contrato firmado, não tendo provado a ocorrência de qualquer vício de consentimento.

Quanto à suposta "frustração de safra, por fatores adversos" - embora não tenha sido provada de forma satisfatória - a toda evidência a prorrogação da dívida foi concedida e a atualização do débito foi realizada conforme disposto no contrato entabulado, não havendo indício de ter sido contrariada a legislação pertinente, faltando o autor, nesse ponto, com o ônus que lhe competia por força do disposto no artigo 333, I, do Código de Processo Civil.

Dessa forma verifica-se que o caso em apreço não se enquadra na hipótese do art. 485, V, do CPC.

No tocante à alegação de que os documentos que instruíram a causa foram tomados em erro (inciso IX, do mesmo artigo 485), melhor sorte não assiste ao autor.

O que se extrai, categoricamente, do conteúdo de tais documentos é que o autor firmou o instrumento de crédito, repita-se, dispondo de sua livre vontade; não há prova suficiente de que a alegada "frustração de safra", decorrente de eventuais fatores climáticos, tenha ocorrido de forma a resultar na perda total do investimento e na impossibilidade de pagamento do custeio agrícola; o autor não nega a inadimplência; ao contrário do que afirma, a prorrogação do prazo de pagamento foi concedida em mais de uma oportunidade; não há evidência de abusividade na evolução do débito.

Portanto, a valoração dos elementos dos autos foi considerada de forma acertada tanto pelo juízo de origem, quanto pela C. Câmara julgadora do recurso de apelação.

Em resumo, inexiste qualquer violação a literal disposição de lei ou erro de fato resultante dos documentos da causa. As decisões de 1º e 2º graus apreciaram as peculiaridades e as provas do caso concreto, ausente teratologia ou mesmo violação evidente, direta ou aberrante a disposição legal.

Pretende o autor, em verdade, por meio desta via excepcional, rediscutir toda a matéria alegada no curso dos embargos à execução diante do insucesso obtido nas vias ordinárias.

Portanto, flagrante a falta de interesse processual do autor, a inicial há que ser indeferida.

Nessa linha, oportuna a lição de Eduardo Arruda Alvim:

> "A utilidade, necessidade e a adequação do provimento jurisdicional pleiteado devem ser aferidas em face da situação retratada na petição inicial, vale dizer, em abstrato ou num plano hipotético de raciocínio.
>
> (...)
>
> Na realidade, a escolha da via inadequada revela a inutilidade daquilo que se pede, razão pela qual a idéia de interesse processual

Acesso ao Sumário

pode ser reduzida à aferição da presença do binômio 'necessidade e utilidade' do provimento jurisdicional pleiteado. É o que observam com acuidade Nelson Nery Jr. e Rosa Nery: 'Movendo a ação jurisdicional não lhe será útil, razão pela qual a inadequação procedimental acarreta inexistência de interesse processual. Se a parte possui, a seu favor, cheque com eficácia executiva, deverá promover sua cobrança pela via de ação de execução. Ao revés, se ajuizar ação de cobrança pelo rito comum, de conhecimento, portanto, não terá preenchido a condição da ação interesse processual, devendo o magistrado extinguir o processo sem julgamento do mérito. Isto porque com a ação de conhecimento poderia obter sentença condenatória (título executivo judicial), que lhe será inútil (desnecessária) pois já possui título executivo extrajudicial com a mesma força e eficácia da sentença condenatória'.

Já se decidiu, por isso, inexistir interesse processual 'se do sucesso da demanda não puder resultar nenhuma vantagem ou benefício moral ou econômico para o seu autor'. Com efeito, numa situação como esta, a demanda não se afigura útil para o autor, faltando-lhe, portanto, interesse processual" (Curso de Direito Processual Civil, Vol. 1, Ed. RT, p. 161/162).

Ante o exposto, o meu voto indefere a petição inicial e extingue o processo por falta de interesse processual, nos termos do art. 267, I e VI c.c. 295, III, ambos do Código de Processo Civil.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Rescisória nº 2272122-71.2015.8.26.0000, da Comarca de Santos, em que são autores JOÃO MATIAS MONTEIRO SEIXAS e TEREZINHA DE JESUS VENDRAME SEIXAS, são réus ANTONIO DUARTE (ESPÓLIO) e WILSON DUARTE (INVENTARIANTE).

ACORDAM, em 7º Grupo de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Indeferiram a petição inicial, V.U. Fará declaração de voto o 2º Des. e também o 6º Des.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 10231)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ANA DE LOURDES COUTINHO SILVA DA FONSECA (Presidente sem voto), MELO COLOMBI, CAUDURO PADIN, THIAGO DE SIQUEIRA, LÍGIA ARAÚJO BISOGNI, CARLOS ABRÃO e MAURÍCIO PESSOA.

São Paulo, 4 de maio de 2016.

NELSON JORGE JÚNIOR, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: INDEFERIMENTO DA PETIÇÃO INICIAL - Ação rescisória - Exordial inepta - Insurgência contra questões previamente examinadas pela Primeira e Segunda Instância - Não cabimento - Hipóteses do Artigo 485 do CPC - Não ocorrência:

- Deve ser indeferida a petição inicial de ação rescisória quando for manifestamente inepta, situação que se verifica quando o autor pretende reexaminar questões previamente analisadas e decididas em Primeiro e Segundo Grau, não se enquadrando em nenhuma das hipóteses previstas no artigo 485 do Código de Processo Civil.

PETIÇÃO INICIAL INDEFERIDA. AÇÃO RESCISÓRIA EXTINTA, SEM JULGAMENTO DE MÉRITO.

VOTO

Vistos, etc.

Trata-se de ação rescisória tirada contra a r. sentença, proferida nos autos de ação de interdito proibitório ajuizada por JOÃO MATIAS MONTEIRO DE SEIXAS e TEREZINHA DE JESUS VENDRAME SEIXAS contra ESPÓLIO DE ANTONIO DUARTE.

João Matias Monteiro de Seixas, autor da presente ação rescisória, afirma que o MM. Juiz *a quo* decidiu a lide, sem que houvesse prova pericial para indicar sobre qual o imóvel o espolio réu exerce a posse, havendo conflito sobre a identidade do imóvel. Afirma que não se discute condomínio e sim posse e propriedade do bem imóvel transmitido a Antônio Duarte Junior, herdeiro legítimo de Maria Jose Francisco Duarte, que por sua vez teria cedido seus direitos sucessórios aos autores.

Destaca que a sentença tampouco verificou a falta de legitimidade de agir da ré, uma vez que deveria em primeiro lugar, ser julgada a partilha dos bens dos dois espólios, o espólio réu e o de Maria Jose Francisca Duarte, para depois julgar a ação de origem. Argumenta que caso fosse juntada a partilha de bens, teria sido demonstrado que o espólio não tem interesse de agir na ação, e, portanto, o acórdão é nulo ferindo o artigo 485, incisos III, V e VII, do Código de Processo Civil.

Esclarece mais, que na fase de cumprimento de sentença, houve determinação para expedição de mandado de reintegração de posse em favor dos réus no processo de origem, ainda sem cumprimento, o que não mereceria ser acolhido, tendo em vista que o imóvel é indiviso.

Acesso ao Sumário

Reforça que foram realizadas pelos autores benfeitorias no imóvel no valor de R$ 3.820.046,80 (três milhões, oitocentos e vinte mil e quarenta e seis reais, e oitenta centavos), e que, portanto, ao menos mereceriam ser indenizados naquele valor devidamente atualizado, desde a época em que foram realizadas.

Alega mais que o imóvel foi adquirido do herdeiro Antonio Duarte Junior, que vendeu a posse adquirida de Maria Jose Francisca Duarte, por meio de escritura pública, e, portanto, sua posse é de "boa-fé", não tendo sido nem mesmo referido título impugnado, tendo plena validade para constituir posse legítima do autor.

Pretende por fim, seja julgada procedente a presente ação, decretando a nulidade do acórdão, para o fim de julgar procedente a ação de interdito proibitório com a manutenção de posse dos autores no imóvel. Não houve pedido de tutela ou de efeito suspensivo.

Houve impugnação ao julgamento virtual, pugnando a parte autora pela sustentação oral (cf. fls. 670).

É o relatório.

I. A petição inicial da ação rescisória merece ser *liminarmente indeferida*.

Porque, ao contrário do quanto alegado pelos autores dessa ação, não houve ofensa ao artigo 485 e incisos do Código de Processo Civil, a saber.

Em primeiro lugar, alegam os autores que não houve a perícia para se delimitar qual o imóvel é objeto do interdito proibitório, e qual é objeto do pedido contraposto formulado na contestação pelos réus, que resultou deferido pelo Juízo *a quo*, com a determinação de reintegração de posse em favor deles.

Contudo, a prova pericial deve ser postulada e produzida na fase de conhecimento do processo, e não após seu encerramento, e menos ainda, quando a ação já se encontra decidida, tendo, inclusive, transitado em julgado a decisão proferida em Segunda Instância. Ademais, como se verifica dos autos, esse tema fora aduzido preliminarmente na apelação interposta pelos autores, contra a primeira sentença proferida nos autos que julgou improcedente o interdito proibitório e procedente o pedido de reintegração de posse formulado pelos réus.

Naquela apelação, pretenderam a anulação do julgado sob o argumento de que houve cerceamento de defesa por falta da produção da prova pericial, oitiva de testemunhas e audiência de instrução e julgamento. Obtiveram êxito os autores, uma vez que o acórdão proferido em 16 de março de 2011 por essa 13ª Câmara de Direito Privado deu provimento ao recurso, acolhendo a preliminar suscitada, anulando a sentença para que os autos tornassem ao Primeiro Grau e tivessem regular instrução probatória (cf. fls. 14/19).

Ademais, essa questão fora objeto do próprio acordão atacado, que analisou o tema preliminarmente, afastando de plano, ao afirmar que "*não resta dúvida, a despeito de qualquer divergência que possa haver em relação aos*

Acesso ao Sumário

endereços constantes dos documentos juntados aos autos, de que a pretensão possessória dos apelantes e do apelado recai sobre o mesmo bem." (cf. fl. 23).

Desta feita, como se depreende dos autos, essa questão da prova pericial já foi apresentada e apreciada anteriormente, em Primeiro e Segundo Grau, não cabendo seu reexame, além do que, conforme já exposto acima, essa questão dever ser apresentada na fase de conhecimento da ação de origem, não cabendo sua análise no bojo da ação rescisória.

Ainda nesse mesma linha de intelecção, a questão da indenização pelas benfeitorias realizadas pelos autores, no imóvel *sub judice*, também é tema que deve ser examinado na fase de conhecimento do processo, e se o autor deixou de argui-lo em momento oportuno, tampouco cabe seu questionamento nessa ação rescisória.

Logo, manifesto o não cabimento da ação rescisória no caso sob exame.

Outro ponto que os autores tratam é o que toca à ilegitimidade dos réus para comporem o polo passivo da ação, e, portanto, não poderia ser permitida a reintegração do imóvel em seu favor, conforme determinado.

Contudo, a questão da legitimidade também fora objeto do acórdão atacado, tendo sido por ele examinado exaustivamente, concluindo-se, diferentemente, que ilegítima é a posse dos autores, tendo em vista que o contrato firmado entre Antonio Duarte Junior e os autores, onde aquele cedeu isoladamente seus direitos possessórios a esses últimos, encontraria vedação legal diante do quanto exposto no artigo 1793, § 2º, do Código Civil, pela falta de anuência dos demais herdeiros, não sendo, portanto, válido.

Dessa forma, se a posse dos autores se fundamentava em contrato não válido, vale dizer que a posse dos autores não é legítima, e, portanto, é procedente o pedido contraposto dos réus de reintegração da posse do imóvel em comento.

Como se vê, o tema da ilegitimidade dos réus para comporem a lide restou amplamente decidido pelo acórdão impugnado, não sendo permitida a reabertura dessa discussão sem qualquer fundamento legal.

Corroborando com esse pensamento, seguem julgados proferidos nessa Corte:

> *AÇÃO RESCISÓRIA. Argumentos do autor não se amoldam às hipóteses do art. 485 CPC. Impossibilidade de se utilizar a ação rescisória para rediscutir matéria que já foi amplamente apreciada e decidida em primeira e segunda instâncias. Erro de julgamento que não autoriza ação rescisória. Falta de interesse de agir. Indeferimento da inicial. Extinção. Art. 267, I, 295, III, e 490, I, CPC.*[1]
>
> *AÇÃO RESCISÓRIA. Ausência dos requisitos legais. Não apresentação*

Acesso ao Sumário

1 Ação Rescisória nº 0143173-34.2013.8.26.0000, Rel. Des. Teixeira Leite, 2º Grupo de Direito Privado, j. 05/09/2013.

de lei que tivesse sido violada. Em ação rescisória não cabe a rediscussão da matéria de fato. Ausência de interesse de agir, uma das condições da ação. Indeferimento da inicial com a conseqüente extinção do processo.[2]

Assim, nenhum ponto apresentado pelos autores pode ser analisado em sede de ação rescisória, sendo incabível na espécie por tudo que já se examinou, e, desse modo, não se subsumindo os argumentos dos autores a qualquer das hipóteses previstas no rol do art. 485 do CPC, faltando-lhe interesse processual para esta pretensão rescisória, é de rigor o seu indeferimento liminar.

II. Diante do exposto, por meu voto, **indefere-se a petição inicial**, nos termos do artigo 490, inciso I, do Código de Processo Civil, extinguindo-se a ação rescisória sem julgamento de mérito.

DECLARAÇÃO DE VOTO

(Voto nº 42357t)

Compartilho do mesmo entendimento do douto e ilibado Relator.

Os autores voltam-se contra acórdão proferido no apelo de nº 0000600-54.2004.8.26.0075, relatado pela i. Des. Ana de Lourdes Coutinho Silva da Fonseca, que negou provimento ao recurso por eles interposto.

Os ora autores ajuizaram ação de interdito proibitório, julgada improcedente, e parcialmente procedente o pedido contraposto dos réus, a fim de ser reintegrada a posse ao espólio, decisão essa mantida pelo aresto vergastado.

Houve alegação de ilegitimidade da posse de Wilson e Uriel Duarte, devidamente rechaçada no acórdão em questão (fls. 21/26). Embora os autores insistissem que esses réus não teriam direito de posse sobre o bem, o colegiado observou a existência de composse entre todos os herdeiros (Wilson, Uriel e Antonio Duarte Júnior), o que impediria que apenas um deles (Antonio Duarte Júnior) pudesse cedê-la a terceiro, seja quanto à totalidade do bem, seja quanto a seu quinhão.

Também se analisou a questão acerca do cerceamento de defesa e realização de prova pericial. Restou decidido que, a despeito de qualquer divergência que pudesse haver em relação aos endereços constantes dos documentos juntados aos autos, a pretensão possessória das partes recairia sobre o mesmo bem (fls. 23).

Não fez parte da controvérsia a tese de indenização ou direito de retenção pelas benfeitorias realizadas. Não caberia, então, sob o argumento de se rescindir esse acórdão, introduzir matéria alheia ao julgado. Essa mesma questão teria sido aventada no agravo de instrumento nº 2115870-40.2015.8.26.0000, julgado

2 Ação Rescisória nº 6033864100, 4º Grupo de Dir. Privado, Rel. Des. Natan Zelinschi de Arruda, j. 12.11.08

em 31.7.2015, sob mesma relatoria da i. Des. Ana de Lourdes Coutinho Silva da Fonseca. Nesse recurso, a parte teria buscado retenção ou indenização por benfeitorias, mas sem comprovar discussão anterior da questão na fase de conhecimento. Veja-se que, na cópia da inicial de interdito proibitório, juntada às fls. 97/101, não se verifica pedido nesse sentido.

Não se verifica na inicial desta rescisória que a parte tenha fundado seu pedido nas hipóteses elencadas no art. 485 do CPC de 1973, cuja aplicação deve ser mantida neste processo. Não se alegou que a decisão rescindenda tenha sido dada por prevaricação, concussão ou corrupção do juiz; tenha sido proferida por juiz impedido ou absolutamente incompetente; não se aventou dolo da parte vencedora em detrimento da parte vencida, ou colusão entre as partes para fraudar a lei; não se asseverou ofensa à coisa julgada, nem violação literal à disposição da lei; as provas dos autos originais não são reputadas falsas; não há documento novo, cuja existência era ignorada pelo autor; não há confissão, desistência ou transação a ser invalidada; não se aduziu erro de fato, resultante de atos ou de documentos da causa.

A parte visa, com esta rescisória, modificar resultado transitado em julgado, por não se conformar com ele. Infere-se que considera injusta a decisão, pretendendo reexame de provas constantes dos autos. Ocorre, porém, que a doutrina e a jurisprudência já sedimentaram entendimento segundo o qual não cabe rescisória para esse fim. Tal como preleciona Bernardo Pimentel Souza (Introdução aos Recursos Cíveis e à Ação Rescisória, 6ª ed., Saraiva, p. 231), embora o CPC de 1973 não tenha repetido o teor do art. 800 do anterior Código de Processo de 1939, a orientação desse dispositivo foi mantida pela jurisprudência, conforme interpretação sistemática e teleológica cabíveis. Rezava tal artigo que "*A injustiça da sentença e a má apreciação da prova ou errônea interpretação do contrato não autorizam o exercício da ação rescisória.*" Seguindo o mesmo norte, o Tribunal Superior do Trabalho editou Súmula 410: "*Ação rescisória. Reexame dos fatos e prova. Inviabilidade. A ação rescisória calcada em violação de lei não admite reexame de fatos e provas do processo que originou a decisão rescindenda.*"

A rescisória não se presta a rejulgar a causa. Trata-se de medida excepcional, que deve se amoldar às hipóteses previamente delimitadas pela lei.

O inconformismo da parte não é fundamento jurídico a justificar a revisão de decisão judicial (seja sentença, seja acórdão) transitada em julgado.

Tal como ponderou o douto Relator, Des. Nelson Jorge Júnior, "*Deve ser indeferida a petição inicial de ação rescisória quando for manifestamente inepta, situação que se verifica quando o autor pretende reexaminar questões previamente analisadas e decididas em Primeiro e Segundo Grau, não se enquadrando em nenhuma das hipóteses previstas no art. 485 do Código de*

Processo Civil."

Posto isso, pelo meu voto, também indeferiria a inicial, acompanhando "in totum" o bem-lançado voto do Relator.

MELO COLOMBI, 2º Desembargador

DECLARAÇÃO DE VOTO

(Voto nº 20757)

Prestigio o entendimento exarado pelo douto Relator Nelson Júnior ao indeferir a inicial da ação rescisória trazida por João Matias Monteiro Seixas e Terezinha de Jesus Vendrame Seixas em desfavor do espólio de Antônio Duarte.

Com efeito, a causa se reporta ao ano de 2004, ação de interdito proibitório, a primeira sentença fora anulada, aberta instrução processual, sobrevindo outra pela improcedência da causa e reconhecendo a posse dos correqueridos.

Com o trânsito em julgado, determinou-se a reintegração, impugnaram o título executivo judicial, ao fundamento de benfeitorias, tendo o juízo reconhecido a preclusão da matéria (fls. 663).

O despacho datado de julho de 2015 - em relação às benfeitorias - foi objeto de recurso de agravo de instrumento não provido, sobrevindo regimental desprovido (Relatora Ana de Lourdes Coutinho Silva da Fonseca).

O cerne da questão está hospedado na escritura de cessão de direitos possessórios feita pelo herdeiro Antônio Duarte Júnior, por escrito público, porém, no termo de aditamento datado de 15/04/2004, o próprio Antônio Duarte Júnior se responsabiliza pela evicção, fazendo expressa referência aos demais herdeiros, inclusive vício redibitório.

Dessarte, a solução passa ao largo da questão fática possessória e se insere em procedimento autônomo, independente, salvaguardado pelo escrito de aditamento de abril de 2004.

Não há, portanto, brecha alguma para reexame, reanálise, ou discussão sob a égide da ação rescisória, isto porque os incisos III, IV e VII mencionados pelos autores (fls. 09), em nenhum momento, foram violados.

Feitas tais análises e observações, voto pelo indeferimento da inicial.

É o voto.

CARLOS HENRIQUE ABRÃO, 6º Desembargador

Acesso ao Sumário

Agravos de Instrumento

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2248859-10.2015.8.26.0000, da Comarca de Santo André, em que é agravante NILTON FERREIRA DE SOUZA, são agravados BRADESCO SAÚDE S/A e BRIDGESTONE DO BRASIL INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 2ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Recurso prejudicado em parte e deram provimento ao recurso na parte conhecida. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 25393)**

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

São Paulo, 15 de abril de 2016.

JOSÉ CARLOS FERREIRA ALVES, Relator

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO - PLANO DE SAÚDE - Insurgência contra decisão que indeferiu a inclusão da ex-empregadora no polo passivo e negou o pedido de tutela antecipada por entender ausente o *periculum in mora* posto que o autor está sem plano de saúde desde SET/2014 - Alegação do autor de que estava aguardando a concessão de sua aposentadoria, requerida em 2010 e só concedida em 2015, para possibilitar o seu enquadramento nos termos do artigo 31 - Possibilidade - Alegada ilegitimidade passiva da agravada afastada - Alegação de que o autor não contribuía com a mensalidade do plano de saúde durante a vigência de seu contrato de trabalho - Irrelevância, diante da contribuição efetivada, a qual deverá ser transferida ao autor, que passará a arcar com os custos do valor integral do prêmio - Inteligência do artigo 31 da Lei nº 9.656/98 - Reconsideração de parte da r. decisão agravada para determinar a inclusão da ex-empregadora no polo passivo da demanda de origem - Recurso prejudicado

Acesso ao Sumário

em parte e provido na parte conhecida.

VOTO

RELATÓRIO.

1. Trata-se de recurso de agravo de instrumento interposto contra a r. decisão digitalizada às fls. 64, que, nos autos da ação de obrigação de fazer, indeferiu a inclusão da ex-empregadora no polo passivo da demanda de origem e negou pedido de antecipação de tutela por entender ausente o *periculum in mora* posto que o autor está sem plano de saúde desde setembro/2014, não sendo plausível a justificativa de que estava aguardando sua aposentadoria, não havendo, ademais, prova de que foi arbitrariamente excluído do plano de saúde após sua demissão.

2. Irresignado, insurge-se o agravante, relatando, em síntese, que, com a sua demissão, seu plano de saúde foi cortado arbitrariamente, sem que lhe fosse conferido o direito à sua manutenção, mediante o pagamento integral da mensalidade, nos termos do artigo 31 da Lei 9.656/98.

3. Alega que só ajuizou a demanda de origem em 2015, pois estava aguardando o deferimento de sua aposentadoria (a qual só foi deferida em 17.06.2015, com data retroativa de 29.04.2010) para possibilitar o pedido de reintegração ao plano de saúde, nos termos do artigo 31 da Lei 9.656/98.

4. Aduz pela manutenção da ex-empregadora no polo passivo da demanda de origem, diante da responsabilidade solidária existente entre aquela e a seguradora.

5. Afirma que cumpriu os requisitos do artigo 31 da Lei 9.656/98, devendo ser reintegrado ao plano de saúde mantido pela agravada, nas mesmas condições à época da vigência de seu contrato de trabalho, mediante o pagamento integral do prêmio.

6. Requer, em decorrência, seja concedida a antecipação da tutela recursal para determinar a sua reintegração ao plano de saúde e a inclusão da ex-empregadora no polo passivo da demanda de origem e, ao final seja dado total provimento ao presente recurso com a consequente reforma da r. decisão agravada.

7. Recebi o agravo na forma de instrumento, e concedi o efeito ativo pretendido pelo agravante.

8. Informações judiciais às fls. 99/102.

9. Contraminuta às fls. 106/116.

FUNDAMENTOS.

10. Observo, inicialmente, que o i. magistrado singular reconsiderou parte da r. decisão agravada para determinar a inclusão da ex-empregadora no

Acesso ao Sumário

polo passivo da demanda de origem. Dou, portanto, por prejudicado o recurso nesse aspecto.

11. No mais, o presente recurso merece ser provido.

12. Afasto, inicialmente, a alegada ilegitimidade passiva arguida pela ré em sua contraminuta, posto que, com a aposentadoria do autor de sua ex-empregadora e o desejo deste de continuar beneficiado pelos serviços prestados pela Bradesco, em decorrência de lei, estabeleceu-se nova relação jurídica, distinta daquela anteriormente existente entre o empregado, a empregadora estipulante e a administradora do plano de saúde.

13. Em que pese o entendimento do i. magistrado singular, observo que, diante das provas colacionadas ao autos, é incontroverso que o agravante foi admitido pela Bridgestone ao 12.01.1987 e aposentado pelo Regime Geral de Previdência Social (INSS) (aos 29.04.2010), mas continuou a trabalhar na empresa, até que foi demitido sem justa causa (o afastamento ocorreu aos 25.09.2014), enquadrando-se, portanto, na condição prevista pelo artigo 31 da Lei 9.656/98 para fazer jus à manutenção como beneficiário do plano, desde que, é claro, assuma o pagamento integral do valor devido.

14. Além disso, não é crível que o agravante fosse compelido a ajuizar a demanda origem à época de sua demissão sem dispor da documentação necessária à sua pretensão de manutenção do plano de saúde nos moldes do artigo 31, qual seja, a carta de concessão de sua aposentadoria, comprovadamente solicitada em meados de 2010, porém deferida apenas em JUN/2015.

15. Ademais, seria patente o prejuízo do agravante caso tivesse ajuizado a demanda de origem logo após sua demissão sem justa causa, pois seria enquadrado no artigo 30 do mesmo dispositivo legal, direcionado ao trabalhador cujo contrato foi rescindido sem justa causa, e que ainda possui idade e vitalidade para se realocar no mercado de trabalho, com a previsão do prazo proporcional de sua manutenção no plano de saúde, bem como a possibilidade de cessação do benefício, caso o titular seja admitido em novo emprego.

16. Sem sombra de dúvidas, não é essa a *mens legis* consubstanciada no art. 31 da Lei 9.656/98. Numa interpretação sistemática e teleológica, o que o legislador quis foi o direito do trabalhador, que contribuiu por longo período na formação de patrimônio de uma empresa, ao se aposentar não precisar contratar um plano de saúde desde a etapa zero, que - é do conhecimento geral - possui valores altíssimos para idosos, especialmente na modalidade individual ou familiar, além da necessidade de cumprimento de novos prazos de carência.

17. Portanto, entendo que o agravante enquadra-se na condição prevista no artigo 31 da Lei 9.656/98 para fazer *jus* à sua manutenção como beneficiário do plano, desde que, é claro, assuma o pagamento integral do valor devido.

18. Por derradeiro, não obstante as alegações da seguradora de que o autor

Acesso ao Sumário

não contribuía diretamente com o valor do prêmio referente ao plano de saúde, sendo o mesmo subsidiado pela ex-empregadora, o autor faz *jus* à manutenção dos benefícios do plano de saúde nas mesmas condições vigentes enquanto empregado, nos termos do artigo 31 da Lei 9.656/98.

19. É inegável que, de uma forma ou de outra, houve contribuição pela prestação dos serviços da seguradora, não procedendo a alegação de que o autor não preenche os requisitos para a manutenção do plano de saúde após o término do vínculo empregatício.

20. Dessa forma, a contribuição, anteriormente subsidiada integralmente pela ex-empregadora durante a vigência do contrato de trabalho, deve ser transferida ao autor, o qual se tornará responsável pelo pagamento do valor integral do prêmio.

21. Diante do exposto, pelo meu voto, JULGO PREJUDICADO parte do presente recurso e DOU PROVIMENTO à parte conhecida, nos termos da fundamentação supra.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2039013-16.2016.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante FREDERICO SCHILIRÓ, são agravados SCOPEL SP 21 EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS LTDA. e AGROPECUÁRIA TOCANTINS DE ITUPEVA LTDA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 10ª 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 35.790)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores ELCIO TRUJILLO (Presidente) e CESAR CIAMPOLINI.

São Paulo, 25 de abril de 2016.

ARALDO TELLES, Relator

Ementa: Compromisso de compra e venda. Resolução do contrato. Tutela antecipada. Pedidos de suspensão do pagamento das parcelas vincendas e de expedição de ordem de abstenção de inclusão do nome do acionante nos cadastros mantidos por entidades de proteção ao crédito. Presença dos pressupostos

Acesso ao Sumário

autorizadores da concessão da medida. Precedentes. Impossibilidade, no entanto, de vedar o ajuizamento de ação de cobrança, pena de ofensa à Constituição Federal. Recurso parcialmente provido.

VOTO

Agravo de instrumento interposto contra r. decisão reproduzida às fls. 14/15, que, nos autos de ação de resolução de contrato de compra e venda de lote, indeferiu os pedidos deduzidos pelo autor, em sede de antecipação de tutela, para autorizar a interrupção do pagamento das parcelas vincendas, do IPTU do imóvel, determinar às rés que se abstenham da cobrança de qualquer valor e de incluir o seu nome nos cadastros mantidos por entidades de proteção ao crédito.

Inconformado, recorre a sustentar, em suma, que, embora esteja em dia com suas obrigações contratuais, as agravadas não promoveram as obras de infraestrutura do loteamento, conforme demonstra por documento expedido pela Secretaria de Habitação, Obras e Urbanismo do Município de Itupeva/SP. No mais, embora tenha encaminhado às agravadas notificação acerca da sua intenção de rescindir a avença, os avisos de recebimento não retornaram, o que resultou na reclamação perante os Correios.

Concedida antecipação da tutela recursal, o recurso foi encaminhado à mesa para julgamento virtual.

É o relatório.

Os pleitos foram indeferidos sob os seguintes fundamentos:

Não há nos autos documentos que demonstrem que o autor formalizou perante as rés a intenção de distrato, nem os termos propostos pelas requeridas para a rescisão. Conclui-se, assim, que o contrato encontra-se vigente. Estando o contrato em vigência, não há que se falar em inexigibilidade dos valores voluntariamente contratados, cabendo considerar que a conclusão do inadimplemento pelas requeridas demanda instrução probatória, até porque o documento de fl. 52 refere-se, como lá se verifica, a outubro de 2014, há mais de um ano. Considerando-se, todavia, que o autor informa que pretende a rescisão do contrato, será viável a determinação de que as rés se abstenham de incluir o nome do requerente em cadastros de órgãos de proteção ao crédito, bem como que se abstenham de atos de cobrança, desde que haja o depósito em juízo das parcelas vencidas e vincendas, conforme datas de vencimento ajustadas, valores que, após decisão final acerca da pretensão inicial, serão levantados por quem fizer jus ao respectivo valor. Sendo assim, caso haja o depósito em juízo das parcelas em aberto, será determinada a intimação das rés para que se abstenham de negativar o nome do autor, bem como para que

Acesso ao Sumário

se abstenham de atos de cobrança. Caso demonstrado pelo autor que houve a formalização da intenção de distrato perante as rés, sinalizando inequívoca comunicação de intenção de cessação de vigência contratual, o pedido poderá ser reapreciado.

Preservado o convencimento da d. magistrada *a quo*, outra solução se impõe.

Com efeito, se o agravante não tem mais interesse na manutenção da avença, não tem sentido obrigá-lo a continuar pagando as parcelas, ou consigná-las em juízo, embora ainda estejam em discussão as consequências da rescisão.

O verbete n. 1 das Súmulas desta C. Corte admite a possibilidade de rescisão de compromisso de compra e venda até mesmo pelo compromissário comprador inadimplente, o que justifica a presença do *fumus boni iuris*.

Assim, considero possível autorizar a suspensão do pagamento das parcelas vincendas porque a resolução tem efeitos *ex tunc*, como se o contrato jamais tivesse sido celebrado.

Nesse sentido, confiram-se os precedentes desta Corte:

COMPRA E VENDA. RESCISÃO DE CONTRATO. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. SUSPENSÃO DE PARCELAS. NEGATIVAÇÃO.

Insurgência contra decisão que concedeu antecipação de tutela para suspensão de cobrança das parcelas vincendas e determinou abstenção do registro nos órgãos de proteção ao crédito. Manutenção. Desistência da compra em razão da mora das agravantes, com pedido de devolução das parcelas pagas. Verossimilhança do direito alegado e perigo da demora. Atraso na entrega do lote. Negativação indevida. À data da parcela exigida pelas agravantes, estas já estavam em mora. Súmula 01, TJSP. De acordo com montante já pago e a parcela exigida, agravado é, em análise sumária, credor e não devedor. Agravantes não demonstraram irreversibilidade da medida antecipatória de tutela. Preenchimentos dos requisitos do art. 273, do CPC. Recurso desprovido[1].

AGRAVO. RESCISÃO DE COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA. TUTELA ANTECIPADA. Alegação de atraso na entrega da obra. Suspensão dos pagamentos do contrato, abstenção de inclusão do nome da autora nos órgãos de proteção ao credito e averbação da ação na matrícula do bem, nos termos do art. 615-A do CPC. Decisão de deferimento. Inconformismo das rés. Não acolhimento. Presentes os requisitos do art. 273 do CPC. Compromissário comprador, ainda que inadimplente, tem o direito de pleitear a rescisão do contrato, independentemente da questão da culpa contratual ou da concordância da compromissária

1 Agravo de Instrumento n. 2199241-33.2014.8.26.0000, Relator(a): Carlos Alberto de Salles; Comarca: São José dos Campos; Órgão julgador: 3ª Câmara de Direito Privado do TJSP; Data do julgamento: 04/12/2014; Data de registro: 05/12/2014.

Acesso ao Sumário

vendedora. Verossimilhança do pedido de suspensão de pagamento relativo a contrato cuja rescisão é o que se pretende. Inscrição ou manutenção do nome da autora nos órgãos de proteção ao crédito que também não se justifica. Precedentes. Determinação de averbação da existência da ação na matrícula do imóvel amparada por julgado deste Tribunal. Decisão mantida. Negado provimento ao recurso[2].

AGRAVO DE INSTRUMENTO. PROMESSA DE COMPRA E VENDA. ATRASO. RESOLUÇÃO. ANTECIPAÇÃO DA TUTELA PARA SUSPENDER AS COBRANÇAS.

1. Pedido de rescisão contratual em face do atraso na entrega da unidade. Há elementos suficientes, em sede de cognição sumária, de verossimilhança das alegações do agravante e da razoabilidade do direito alegado, a justificar a concessão da tutela antecipada. 2. A pretensão do agravante é resolver o compromisso de compra e venda admitida pela doutrina e a jurisprudência mesmo na hipótese de inadimplência dos compradores e, diante de tal pretensão, afigura-se razoável autorizar a suspensão das cobranças, porque a resolução do contrato de compromisso de compra e venda determinada que as partes voltem ao estado anterior. Os eventuais prejuízos decorrentes do desfazimento do negócio poderão ser compensados com valores pagos pelo agravante na sua vigência. 3. Recurso provido para deferir a antecipação da tutela, nos termos explicitados[3].

Agravo de instrumento. Compromisso de compra e venda. Resolução por alegado inadimplemento da promitente. Pedido sucessivo de resolução por iniciativa do promissário. Antecipação de tutela requerida para suspender a exigibilidade das parcelas devidas. Indeferimento. Resolução do ajuste, com cessação da exigibilidade do preço e recomposição das partes ao estado anterior, que se admite, em tese, também ao consumidor inadimplente. Perigo maior em que se permita restrição cadastral. Ausência, ademais, de irreversibilidade. Precedentes. Decisão revista. Recurso provido[4].

Cabível, ademais, a proteção do nome do agravante, sendo corolário lógico do deferimento da tutela antecipada nos moldes acima explicitados, pois a existência de anotação desabonadora restringe-lhe o crédito, configurando o

Acesso ao Sumário

2 Agravo de Instrumento n. 2186353-32.2014.8.26.0000; Relator(a): Viviani Nicolau; Comarca: Piracicaba; Órgão julgador: 3ª Câmara de Direito Privado do TJSP; Data do julgamento: 27/11/2014; Data de registro: 28/11/2014.

3 Agravo de Instrumento n. 2178610-68.2014.8.26.0000; Relator(a): Carlos Alberto Garbi; Comarca: Sumaré; Órgão julgador: 10ª Câmara de Direito Privado do TJSP; Data do julgamento: 28/10/2014; Data de registro: 30/10/2014.

4 Agravo de Instrumento n. 2105253-55.2014.8.26.0000, Relator(a): Claudio Godoy; Comarca: São Paulo; Órgão julgador: 1ª Câmara de Direito Privado do TJSP; Data do julgamento: 05/08/2014; Data de registro: 07/08/2014.

periculum in mora.

Há de se ressaltar que, para a hipótese de eventuais prejuízos às agravadas, existe a possibilidade de compensação com os valores já pagos pelo agravante, de maneira a afastar o risco de irreversibilidade da medida.

Nada justifica, porém, o impedimento à eventual cobrança judicial, que não pode ser obstada porque constitui direito protegido pela Constituição da República.

Ante o exposto, para confirmar a antecipação da tutela recursal, pelo meu voto, proponho que se dê parcial provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2015959-21.2016.8.26.0000, da Comarca de Santos, em que é agravante AMIL ASSISTÊNCIA MÉDICA INTERNACIONAL S.A., é agravado LEOPOLDO VASILIAUSKAS FILHO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 9ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento parcial ao recurso, nos termos que constarão do acórdão. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto 25666)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores ALEXANDRE LAZZARINI (Presidente sem voto), GALDINO TOLEDO JÚNIOR e MAURO CONTI MACHADO.

São Paulo, 27 de abril de 2016.

PIVA RODRIGUES, Relator

Ementa: Ação de obrigação de fazer. Tutela antecipada - deferimento. Inconformismo por parte da ré. Acolhimento apenas parcial. Presença dos requisitos necessários à antecipação dos efeitos da tutela, quais sejam, a verossimilhança das alegações e o perigo de dano irreparável ou de difícil reparação. Deve ser reputada nula porquanto abusiva e configuradora de onerosidade excessiva a cláusula contratual que, a despeito da cobertura da moléstia que acomete o consumidor, de forma ilógica exclui o fornecimento dos meios necessários ao êxito do tratamento e à recuperação da paciente. Multa diária

Acesso ao Sumário

reduzida. Decisão parcialmente reformada. Agravo de instrumento parcialmente provido.

VOTO

Trata-se de agravo de instrumento interposto por Amil Assistência Médica Internacional S.A. contra decisão (pp. 68/71 - MM. Juiz de Direito Dr. Rodrigo Garcia Martinez) que, nos autos da "*ação de obrigação de fazer com pedido de tutela antecipada e danos morais*" (pp. 74 e seguintes) em sua face ajuizada por Leopoldo Vasiliauskas Filho, deferiu a antecipação dos efeitos da tutela pleiteada na inicial "*para obrigar a requerida a fazer autorizar o procedimento cirúrgico indicado na inicial, bem como todo o material necessário à sua realização, inclusive as lentes intraoculares, nos exatos termos prescritos pelo médico responsável, no prazo de até 24 horas a partir da data da intimação pessoal, ainda que o mandado seja juntado aos autos em data posterior, sob pena de multa diária de R$ 10.000,00 (dez mil reais), até o limite de R$ 100.000,00 (cem mil reais)*" (p. 70).

Pugna a ré, ora agravante, pela reforma da mencionada decisão e pela concessão de efeito suspensivo ao presente recurso. Sustenta, por primeiro, que a obrigação imposta pela decisão agravada é de impossível cumprimento, tendo em vista que a prefalada cirurgia já foi realizada, tendo o beneficiário custeado as lentes necessárias a sua realização. Alega, também, a ausência dos requisitos necessários à antecipação dos efeitos da tutela, quais sejam, a prova inequívoca que convença da verossimilhança das alegações, bem como o fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação. Por fim, aponta ser exorbitante o valor da multa.

Os autos foram distribuídos a esta Nona Câmara de Direito Privado, mais especificamente a este Relator, em 05 de fevereiro de 2016 (p. 92).

Em 10 de fevereiro o recurso foi recebido sem o efeito suspensivo pleiteado e com determinações para o seu regular processamento (pp. 93/94).

O MM. Juiz de Primeiro Grau prestou informações (p. 99), o autor, ora agravado, apresentou contraminuta (pp. 101/105) e certificou-se nos autos o decurso do prazo legal sem que as partes manifestassem oposição ao julgamento virtual.

Os autos foram conclusos para julgamento em 08 de março de 2016.

É o relatório do necessário.

Por primeiro, ressalte-se que se encontram presentes no caso em tela os requisitos necessários à antecipação dos efeitos da tutela, quais sejam, a verossimilhança das alegações e o perigo de dano irreparável ou de difícil reparação.

Realmente.

Acesso ao Sumário

Da análise dos autos é possível extrair que a ré, ora agravante, autorizou a realização do procedimento cirúrgico, recusando, apenas, a cobertura de alguns procedimentos atrelados à cirurgia, bem como de material necessário à sua realização, isto é, as lentes intraoculares.

Ora, considerando que (I) os procedimentos e as lentes intraoculares foram prescritos pelo médico de confiança do autor, (II) a lei de regência (artigo 10, inciso VII, da Lei nº 9.656/98) autoriza a não obrigatoriedade de cobertura de próteses, órteses e seus acessórios apenas quando não ligados a ato cirúrgico, o que não é o caso retratado, (III) há entendimento jurisprudencial pacífico no sentido de que deve ser reputada nula porquanto abusiva e configuradora de onerosidade excessiva a cláusula contratual que, a despeito da cobertura da moléstia que acomete o beneficiário, de forma ilógica exclui o fornecimento dos meios necessários ao êxito do tratamento e à recuperação do paciente, patente a verossimilhança das alegações do autor, ora agravado.

E não se alegue que a obrigação imposta pela decisão agravada é de impossível cumprimento, pois, em que pese a cirurgia já tenha sido realizada, tal somente foi possível mediante a emissão de cheques caução como garantia, cheques estes que, caso não se responsabilize a agravante pelos valores devidos, serão depositados.

É o quanto basta para sustentar a antecipação dos efeitos da tutela, até porque, deve-se ter em vista que o direito à saúde do agravado sobressai ao suposto direito econômico da agravante, sendo certo que na hipótese de não procedência do pedido, não sofrerá ela os efeitos da irreversibilidade da medida, que repercute tão-somente na esfera patrimonial das partes.

O perigo de dano irreparável ou de difícil reparação também está caracterizado no presente caso, uma vez que a situação vivenciada pelo agravado requer rápida solução.

Nesse contexto, presentes os requisitos autorizadores, impõe-se a manutenção da antecipação dos efeitos da tutela concedida em Primeiro Grau.

Com relação ao pedido de redução da multa fixada para o caso de descumprimento da obrigação, no importe de R$ 10.000,00 (dez mil reais) por dia, forçoso é considerar que se afigura exagerada.

É cediço que as *astreintes* têm por finalidade coagir o réu a cumprir a obrigação imposta, devendo, no entanto, observar a razoabilidade e a proporcionalidade no montante fixado.

Revelando-se exorbitante, hipótese retratada nos autos, permite-se a redução do valor da multa por descumprimento de decisão judicial, nos termos do artigo 461, parágrafo 6º, do Código de Processo Civil, de modo a evitar o enriquecimento ilícito.

Ante o exposto, dá-se parcial provimento ao recurso, apenas para reduzir

Acesso ao Sumário

a multa pelo descumprimento da ordem judicial, fixando-a em R$ 2.000,00 (dois mil reais), valor suficiente e razoável, que não caracteriza enriquecimento sem causa de uma parte em detrimento da outra.

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

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2013934-35.2016.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante M. V., é agravado S. W..

ACORDAM, em 1ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento em parte ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 34778)**

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

São Paulo, 17 de maio de 2016.

RUI CASCALDI, Relator

Ementa: ALIMENTOS - Pedido feito por ex-companheira nos autos de reconhecimento e dissolução de união estável - Caráter excepcional, com cabimento apenas no caso de efetiva necessidade - Entendimento pacificado pela jurisprudência - Fato verificado - Requerente que, embora seja pessoa jovem e com formação profissional, está sem emprego efetivo e com problemas de saúde diretamente vinculado ao fim da alegada união estável - Inexistência de indícios de que tenha outra fonte de recursos - Verba alimentar provisória fixada em 5 salários mínimos mensais, pelo prazo máximo de 24 meses, indeferido o pagamento da 13ª parcela - Falta de correspondência da verba alimentar com a salarial - Recurso provido em parte.

Acesso ao Sumário

VOTO

Cuida-se de agravo de instrumento tirado de decisão que manteve o indeferimento de tutela antecipada requerida em ação de reconhecimento e dissolução de união estável c.c. pedido de alimentos por meio do qual pretendia a agravante a fixação de alimentos provisórios a seu favor.

Insiste, a recorrente, na presença dos requisitos autorizadores da medida e que a decisão agravada não apreciou os fatos novos trazidos nos autos.

Deferida a tutela antecipada recursal, o recurso foi processado com resposta.

É o relatório.

Tratando-se de pensão alimentícia entre ex-companheiros, por ser estabelecida entre pessoas maiores e capazes, possui esta, evidentemente, caráter excepcional, só tendo cabimento e podendo persistir enquanto haja efetiva necessidade de sua prestação. Este, com efeito, é o entendimento que tem sido aplicado pela jurisprudência, como se vê do seguinte julgado do STJ:

> *"- Sob a perspectiva do ordenamento jurídico brasileiro, o dever de prestar alimentos entre ex-cônjuges, reveste-se de caráter assistencial, não apresentando características indenizatórias, tampouco fundando-se em qualquer traço de dependência econômica havida na constância do casamento. (...)*
>
> *- Dessa forma, em paralelo ao raciocínio de que a decretação do divórcio cortaria toda e qualquer possibilidade de se postular alimentos, admite-se a possibilidade de prestação do encargo sob as diretrizes consignadas nos arts. 1.694 e ss. do CC/02, o que implica na decomposição do conceito de necessidade, à luz do disposto no art. 1.695 do CC/02, do qual é possível colher os seguintes requisitos caracterizadores: (i) a ausência de bens suficientes para a manutenção daquele que pretende alimentos; e (ii) a incapacidade do pretenso alimentando de prover, pelo seu trabalho, a própria mantença.*
>
> *- Partindo-se para uma análise sócio-econômica, cumpre circunscrever o debate relativo à necessidade a apenas um de seus aspectos: a existência de capacidade para o trabalho e a sua efetividade na mantença daquele que reclama alimentos, porquanto a primeira possibilidade legal que afasta a necessidade - existência de patrimônio suficiente à manutenção do ex-cônjuge -, agrega alto grau de objetividade, sofrendo poucas variações conjunturais, as quais mesmo quando ocorrem, são facilmente identificadas e sopesadas.*
>
> (REsp 933.355/SP, 3ª Turma, rel. Min. Nancy Andrighi, j. em 25.03.2008).

Acesso ao Sumário

No caso em questão, os inúmeros documentos juntados pela agravante, indicam que ainda que seja pessoa jovem e com formação profissional, está sem emprego efetivo e com problemas de saúde, não apresentando "*estabilidade cognitiva que permita o exercício de atividade laborativa*", segundo relatório médico copiado às fls. 1762, fatos que, ao que consta, estão diretamente vinculados ao fim da alegada união estável, não havendo, ademais, indícios de que esta tenha outra fonte de recursos.

Desse modo, em princípio, entende-se pela necessidade momentânea da autora, ora agravante, quanto ao auxílio financeiro do réu, agravado.

Quanto a este, ainda que se reconheça que ostente condição de adimplir a pensão alimentícia pleiteada pela autora, agravante, o que parece evidente apenas diante do padrão dos imóveis de sua propriedade, não se justifica a fixação de elevada obrigação, cabendo a esta, "*prima facie*", adequar-se à sua atual realidade.

Ressalta-se que os alimentos devidos ao ex-cônjuge são prestações assistenciais, que tem como objetivo satisfazer as necessidades de quem não pode provê-las por si só, como alimentação, vestuário, habitação, tratamento médico, etc., não possuindo qualquer característica indenizatória, tampouco devam servir para a manutenção do "*status social*" de que anteriormente gozava a autora, ou alavancá-lo a patamares superiores, uma vez que a genérica disposição legal contida no art. 1.694, *caput*, do CC/02, referente à compatibilidade dos alimentos prestados com a condição social do alimentado, apenas visa garantir "*o atendimento das peculiaridades de cada pessoa, mas sem distanciar-se de suas necessidades, o que significa exclusão de dispêndios tidos como excessivos ou meramente voluptuários (Oliveira, Euclides Benedito de, 'Direito de Família no Novo Código Civil',* in *Cadernos Jurídicos n. 123, São Paulo, Imprensa Oficial, jan/fev de 2013, p. 97 - 112)*" (*in* "Código Civil Comentado", organizado pelo Ministro Cézar Peluzo).

Tanto que a jurisprudência já pacificou o entendimento que, salvo exceções de total e irreversível dependência econômica, os alimentos devidos entre ex-cônjuges serão fixados por tempo certo.

Portanto, diante dos elementos presentes, fixo a verba alimentar provisória devida pelo agravado à agravante em 5 salários mínimos, a serem pagos mensalmente, apenas nos 12 meses do ano, indeferido o pagamento da 13ª parcela pleiteada, diante da falta de correspondência dessa verba com aquela salarial. Diante de sua natureza transitória, ficam os alimentos fixados pelo prazo máximo de 24 meses, conforme pleiteado, nada impedindo que, posteriormente, seja a verba em questão objeto de nova apreciação, conforme possibilita o art. 273, § 4º, do Código de Processo Civil.

Diante do exposto, DÁ-SE PARCIAL PROVIMENTO ao recurso,

Acesso ao Sumário

para deferir à agravante os alimentos provisórios pleiteados, a serem pagos mensalmente pelo agravado, no 1º dia de cada mês, pelo prazo máximo de 24 meses, no valor de 5 salários mínimos, indeferida a 13ª parcela pleiteada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2011333-56.2016.8.26.0000, da Comarca de Jacareí, em que é agravante DIDOL'S EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS e agravado SEBASTIÃO DURVAL LEITE FONSECA.

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 25148)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores SILVÉRIO DA SILVA (Presidente sem voto), SALLES ROSSI e PEDRO DE ALCÂNTARA DA SILVA LEME FILHO.

São Paulo, 2 de maio de 2016.

GRAVA BRAZIL, Relator

Ementa: Ação de rescisão de contratação imobiliária c.c. indenizatória, em fase de cumprimento do título judicial - Decisão que desconsiderou a personalidade jurídica da devedora e determinou a pesquisa eletrônica de valores, em nome dos sócios - Inconformismo - Não acolhimento - Obrigação decorrente de relação de consumo - A par do art. 50, do CC, o art. 28, § 5º, do CDC, também ampara o requerimento, à luz da teoria menor da desconsideração da personalidade jurídica - A não satisfação da dívida permite a extensão da responsabilidade aos sócios de quaisquer dos codevedores - Decisão mantida - Recurso desprovido.

VOTO

1 - Trata-se de agravo de instrumento tirado de decisão que, em ação de rescisão de contratação imobiliária c.c. indenizatória, em fase de cumprimento do título judicial, desconsiderou a personalidade jurídica da devedora e determinou a pesquisa eletrônica de valores, em nome dos sócios.

Acesso ao Sumário

Inconformada, a devedora argumenta que não se verificam os requisitos do art. 50, do CC. Alega que tão somente a ausência de bens passíveis de penhora não caracteriza obstrução à pretensão do credor. Diz que deve ser observado o meio menos gravoso para o devedor (art. 620, do CPC/73), sendo que há outros devedores com bens já ofertados à constrição. Ainda, aponta que foi incluído sócio retirante e foi efetivado bloqueio de valores em sua conta bancária. Fala em ilegitimidade, pois "quando o contrato de compra e venda foi celebrado ele não respondia mais pelas obrigações contraídas pelo agravante.". Subsidiariamente, aduz que o bloqueio de valores alcançou ganhos de profissional autônomo (corretor de imóveis) e recursos destinados à conta poupança, com natureza impenhorável (art. 649, IV e X, do CPC/73). Pede efeito suspensivo.

O recurso foi processado sem o efeito pretendido (fls. 40/41), dispensando-se as informações do juízo *a quo*, por desnecessárias. A contraminuta foi juntada a fls. 55/60.

A r. decisão agravada, a prova da intimação e as procurações encontram-se a fls. 20, 21/22, 18 e 19. O preparo foi recolhido (fls. 23/24).

É o relatório do necessário.

2 - O agravado obteve êxito substancial na fase de conhecimento, conforme materializado no título judicial, o qual decretou a rescisão de contratos imobiliários, com condenação solidária entre a agravante e litisconsortes passivos, na restituição de valores pagos e quitação de juros bancários (fls. 77/87 e 88/98).

O agravado deu impulso à execução (fls. 116/120) e requereu a desconsideração da personalidade jurídica da agravante (fls. 99/101), o que assim foi acolhido pelo *decisum* ora agravado: "Considerando que não foram encontrados bens suficientes para garantir a execução, defiro o pedido de desconsideração da personalidade jurídica da empresa Didol´s Empreendimentos Imobiliários Ltda. Anote-se. Proceda-se à pesquisa de valores em nome dos sócios da executada (fls. 448) pelo BacenJud.".

Acesso ao Sumário

Por primeiro, quanto ao questionamento da inclusão de sócio retirante, a par da aparente ausência de interesse recursal, pois a pessoa jurídica não tem legitimidade para defender interesse alheio, a irresignação está prejudicada, diante da notícia de desbloqueio de valores pertencentes ao ex-sócio (fls. 126).

Na questão central, forçoso reconhecer que o litígio se embasou na inexecução de contratos imobiliários (aquisição de 2 lotes de terrenos) firmados entre o adquirente (agravado) e a empreendedora e seus parceiros comerciais (um deles a agravante), no âmbito de típica relação de consumo (cf. petição inicial, fls. 61/76).

A despeito da extremada concisão da decisão que desconsiderou a

personalidade jurídica de um dos devedores, é certo que, a par do art. 50, do CC, o art. 28, § 5º, do CDC, também ampara o requerimento, à luz da teoria menor da desconsideração da personalidade jurídica "sempre que sua personalidade for, de alguma forma, obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores.".

Na hipótese, nada obstante a menção à existência de bens em nome dos litisconsortes da agravante (fls. 51/52 e 53/54), a ausência de satisfação da obrigação permite a extensão da responsabilidade aos sócios de quaisquer dos codevedores.

Com efeito, não prevalece a sugestão que a desconsideração da personalidade afronta a garantia de menor onerosidade ao devedor (art. 620, do CPC/73, e art. 805, *caput*, do NCPC), visto que o reiterado descumprimento do título judicial caracteriza conduta que impede o ressarcimento dos prejuízos causados ao agravado.

Nesse sentido:

"É possível a desconsideração da personalidade jurídica da sociedade empresária - acolhida em nosso ordenamento jurídico, excepcionalmente, no Direito do Consumidor - bastando, para tanto, a mera prova de insolvência da pessoa jurídica para o pagamento de suas obrigações, independentemente da existência de desvio de finalidade ou de confusão patrimonial, é o suficiente para se 'levantar o véu' da personalidade jurídica da sociedade empresária." (STJ, AgRg no REsp 1106072/MS, 4ª T., Rel. Min. Marco Buzzi, j. em 02.09.2014)

Em suma, por fundamentação diversa, no caso, a mera impontualidade no pagamento do débito judicial autoriza a desconsideração, razão pela qual se impõe a manutenção da r. decisão agravada.

3 - Ante o exposto, nega-se provimento ao recurso. É o voto.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2200061-18.2015.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante ROGÉRIO MARTINS LIÃO CARNEIRO, é agravada CATIA PIMENTEL CAMPANHA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 6ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 9742)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores PAULO ALCIDES

Acesso ao Sumário

(Presidente sem voto), VITO GUGLIELMI e PERCIVAL NOGUEIRA.

São Paulo, 25 de maio de 2016.

JOSÉ ROBERTO FURQUIM CABELLA, Relator

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO - Justiça gratuita - Para concessão da gratuidade da justiça a singela declaração deve ser confrontada com outros elementos dos autos, como, por exemplo, a natureza da demanda e a qualificação profissional do beneficiário - Presunção de veracidade da declaração que cede diante de elementos objetivos contrários - Insuficiência da simples declaração de pobreza - Sinais exteriores de riqueza incompatíveis com a alegada situação de pobreza - Benefício indeferido - Recurso desprovido.

VOTO

Vistos etc.

Trata-se de agravo de instrumento interposto por Rogério Martins Lião Carneiro, contra a decisão copiada às fls. 38/39 que, nos autos de ação de indenização ajuizada em face de Cátia Pimentel Campanha, revogou o benefício da justiça gratuita a ele anteriormente concedido e determinou o recolhimento das custas devidas, no prazo de 30 dias, sob pena de extinção do feito e inscrição de débito na dívida ativa.

Alega o agravante, em síntese, que para fazer jus à benesse pleiteada não se faz necessária a juntada de qualquer documento comprovando a condição de miserável, bastando, para tanto, simples afirmação de próprio punho no sentido de que não possui condições de arcar com as custas do processo sem prejuízo de sua própria subsistência e de sua família.

Acesso ao Sumário

O efeito suspensivo pleiteado foi deferido fls. 117/118.

O juízo *a quo* prestou informações a fls. 122/123.

É, em síntese, o relatório.

Sabe-se que, por expressa disposição legal, o deferimento do pedido de gratuidade da justiça leva em conta, primordialmente, as condições pessoais do requerente, devendo esta benesse ser concedida àquele que não pode pagar as custas processuais e os honorários advocatícios, sem prejuízo do sustento próprio ou da família (artigo 2º, parágrafo único, da Lei no 1.060/50).

Tanto isso é verdade que o artigo 10 da Lei de Assistência Judiciária dispõe que "*são individuais e concedidos em cada caso ocorrente os benefícios*

de assistência judiciária, que se não transmitem ao cessionário de direito e se extinguem pela morte do beneficiário, podendo, entretanto, ser concedidos aos herdeiros que continuarem a demanda e que necessitarem de tais favores, na forma estabelecida nesta lei".

Como se sabe, para a concessão da gratuidade da justiça não basta a apresentação de singela declaração, sendo certo que a presunção de veracidade que dela emana pode ceder diante de elementos objetivos diversos em sentido contrário, como a qualificação profissional da parte, a natureza e o vulto da demanda, ou, mesmo, os fatos relatados na causa de pedir (neste sentido: STJ, AgRg nos EDcl na MC 5942 / SP).

Em outras palavras: a presunção de veracidade da declaração de pobreza não é ampla e absoluta, mas relativa, podendo o juiz afastá-la, desde que justifique, de modo objetivo, as suas razões.

No caso em tela, pelo que se extrai dos autos, diversos elementos objetivos recomendam a não concessão do benefício ao agravante. Ressalte-se, neste sentido, que conforme bem asseverou a julgadora *a quo* na decisão agravada, o recorrente é titular de empresa de porte significativo (conforme documentos de fls. 41/43), sendo certo que, o fato de referida pessoa jurídica, eventualmente, passar por dificuldades financeiras, não significa que o agravante seja "pobre na acepção jurídica do termo", mormente porque, conforme se verifica em suas declarações de imposto de renda, sua renda líquida como pessoa física, mesmo que seja inferior a dez salários mínimos, ainda assim é superior à da grande maioria da população.

Caberia ao agravante, portanto, trazer aos autos elementos que comprovassem a sua incapacidade de litigar sem o benefício da justiça gratuita, o que, no entanto, não foi feito.

Diante destes fatos considerados conjuntamente, a declaração de pobreza firmada pelo agravante é insatisfatória para a concessão dos benefícios da gratuidade processual, eis que restou demonstrada situação econômica incompatível com a hipossuficiência prevista em lei.

Evidente, ademais, que a mera alegação do autor de que seus rendimentos são insuficientes ao custeio das despesas processuais, à mingua de qualquer demonstração concreta neste sentido, também não serve para sustentar o benefício da gratuidade processual.

Assim, considerando que o conjunto probatório produzido nos autos é todo no sentido de que o recorrente não é pobre na acepção jurídica do termo, forçoso concluir pela manutenção da decisão recorrida, que revogou os benefícios da gratuidade processual, anteriormente deferidos.

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

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2020074-85.2016.8.26.0000, da Comarca de Matão, em que é agravante CONSTANTINI RODRIGUES COBRANÇAS LTDA., são agravados ANTÔNIO LEÃO DA ROCHA FILHO e ROSANA MARIA BERNICHI DA ROCHA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 17ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso, V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 21399)**

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

São Paulo, 11 de abril de 2016.

PAULO PASTORE FILHO, Relator

Ementa: MONITÓRIA - Penhora - Plano de Previdência Privada - Impossibilidade - Valor inferior a 50 salários mínimos - Inteligência do artigo art. 833, IV, § 2º do novo CPC - Observância de que o plano de previdência privada não tem a mesma natureza jurídica do salário, porém, destina-se à complementação da renda, ou seja, ao sustento do devedor e de sua família - Decisão mantida - Recurso não provido.

VOTO

A agravante pretende a reforma do r. despacho copiado a fls. 16, proferido nos autos da ação monitória que move em face dos agravados, que rejeitou sua pretensão de penhora sobre valores decorrente de plano de previdência privada, nos seguintes termos:

"Vistos. Depreende-se dos autos que os executados não possuem valores depositados em contas bancárias, o que demonstra que as quantias vertidas ao plano de previdência são os únicos valores poupados pelos mesmos. Assim, não obstante a possibilidade de resgate dos valores (art. 14, III, da LC 109/2001), tenho que a proteção estabelecida no artigo 649, inciso X, do Código de Processo Civil engloba toda a quantia poupada, até o limite de quarenta salários mínimos, seja em conta poupança ou fundo de

investimento. Nesse sentido: AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. VALORES BLOQUEADOS EM CONTA-POUPANÇA VINCULADA À CONTA CORRENTE. IMPENHORABILIDADE. ART. 649, INCISO X, DO CPC. ALCANCE. LIMITE DE IMPENHORABILIDADE DO VALOR CORRESPONDENTE A 40 (QUARENTA) SALÁRIOS MÍNIMOS. MÁ-FÉ NÃO ANALISADA PELO TRIBUNAL LOCAL. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 83/STJ. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL NÃO DEMONSTRADA. 1. 'É possível ao devedor, para viabilizar seu sustento digno e de sua família, poupar valores sob a regra da impenhorabilidade no patamar de até quarenta salários mínimos, não apenas aqueles depositados em cadernetas de poupança, mas também em conta-corrente ou em fundos de investimento, ou guardados em papel-moeda.' (REsp 1340120/SP, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 18/11/2014, DJe 19/12/2014). 2. 'Reveste-se, todavia, de impenhorabilidade a quantia de até quarenta salários mínimos poupada, seja ela mantida em papel moeda, conta corrente ou aplicada em caderneta de poupança propriamente dita, CDB, RDB ou em fundo de investimentos, desde que a única reserva monetária em nome do recorrente, e ressalvado eventual abuso, má-fé ou fraude, a ser verificado caso a caso, de acordo com as circunstâncias do caso concreto (inciso X).' (REsp 1230060/PR, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 13/08/2014, DJe 29/08/2014). 3. A ressalva para aplicação do entendimento mencionado somente ocorre quando comprovado no caso concreto o abuso, a má-fé ou a fraude da cobrança, hipótese sequer examinada nos autos pelo Colegiado a quo, visto que não aventada pela parte. 4. A parte recorrente não cumpriu o disposto no § 2º do art. 255 do RISTJ, pois a demonstração da divergência não se satisfaz com a simples transcrição de ementas, mas com o confronto entre trechos do acórdão recorrido e das decisões apontadas como divergentes, mencionando-se as circunstâncias que identifiquem ou assemelhem os casos confrontados, providências não tomadas. 5. Agravo regimental não provido. (AgRg no AREsp 760.181/DF, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 27/10/2015, DJe 05/11/2015). Pelo exposto, reconheço a impenhorabilidade do numerário depositado a fls. 146. Esvaído o prazo recursal, expeça-se mandado de levantamento judicial em favor dos executados. Intime- se."

Afirma que a decisão não pode prevalecer, haja vista que não há outra forma de recebimento do valor devido, pois inexistem outros bens dos executados para garantir a satisfação do crédito, sendo certo que os saldos de previdência privada não constituem verba de caráter alimentar, já que não servem para atender as necessidades imediatas do devedor.

Ressalta que os recursos são aplicados em fundos de investimento e visam logicamente à remuneração do capital, razão pela qual constituem aplicação

Acesso ao Sumário

financeira como qualquer outra, com a possibilidade de resgate dos valores investidos a qualquer momento, como expressamente prevê a LC 109/01.

Requer, desta forma, a reforma da decisão agravada que determinou o desbloqueio dos valores penhorados, a fim de se manter a constrição realizada e de se liberar o crédito em seu favor.

O agravo foi regularmente instruído e processado no efeito suspensivo.

Os agravados ofereceram contrariedade (fls. 104/107).

É o relatório.

O recurso não merece provimento.

O art. 649 do CPC/73 qualifica como absolutamente impenhoráveis os vencimentos, subsídios, soldos, salários, remunerações, proventos de aposentadoria, pensões, pecúlios e montepios.

Já o Novo Código de Processo Civil, embora mantenha a regra da impenhorabilidade dos vencimentos, salários e similares, estabelece o limite de 50 salários mínimos mensais para a proteção (art. 833, IV, § 2º). Assim, torna-se penhorável o rendimento mensal superior a 50 salários mínimos, ainda que o crédito executado possua natureza alimentar.

Pois bem.

In casu, os agravados são participantes de previdência complementar privada, tendo acumulado em fundo de sua titularidade a quantia de R$ 4.833,25, ou seja, valor bem inferior àquele de 50 salários mínimos previsto em lei cuja impenhorabilidade não seria oponível.

Os agravados aduzem que o valor bloqueado é decorrente de salário e tem natureza de aposentadoria como complemento futuro ao benefício previdenciário ou para resgate em situação de necessidade, para subsistência da família.

E, conforme as regras ordinárias de experiência, tais alegações são verossímeis e permitem a conclusão de que a constrição prejudica a subsistência dos agravados e de sua família.

Não há nenhuma referência comprovada nos autos quanto à existência de abuso, má-fé ou fraude por parte dos agravados.

É certo que o plano de previdência privada não tem a mesma natureza jurídica do salário, porém, destina-se a complementação da renda, o que vale dizer, destina-se ao sustento do devedor e de sua família.

Dentre desse contexto, não há possibilidade de penhora dos valores constantes no fundo de previdência complementar privada, conforme bem dispôs o MM. Juiz da causa.

Nesse sentido, há orientações do STJ:

"PROCESSO CIVIL. PENHORA. DEPÓSITO BANCÁRIO DECORRENTE DE PENSÃO. IMPOSSIBILIDADE. Os depósitos bancários

Acesso ao Sumário

provenientes exclusivamente da pensão paga pelo INSS e da respectiva complementação pela entidade de previdência privada são a própria pensão, por isso mesmo que absolutamente impenhoráveis quando destinados ao sustento do devedor ou da sua família. Recurso conhecido e provido." (REsp 536.760/SP, Rel. Ministro CESAR ASFOR ROCHA, QUARTA TURMA, julgado em 07/10/2003, DJ 15/12/2003, p. 318)

"PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. INDISPONIBILIDADE DE BENS DETERMINADA À LUZ DO ART. 36 DA LEI 6.024/74. SALDO EM FUNDO DE PREVIDÊNCIA PRIVADA COMPLEMENTAR. PGBL. NATUREZA ALIMENTAR CARATERIZADA NA ESPÉCIE. IMPENHORABILIDADE RECONHECIDA. CONFIGURADA DESPROPORCIONALIDADE DA MEDIDA IMPOSTA. 1. Ação civil pública distribuída em 06/09/2005, da qual foi extraído o presente recurso especial. 2. O regime de previdência privada complementar é, nos termos do art. 1º da LC109/2001, 'baseado na constituição de reservas que garantam o benefício, nos termos do caput do art. 202 da Constituição Federal', que, por sua vez, está inserido na seção que dispõe sobre a Previdência Social. 3. Embora não se negue que o PGBL permite o 'resgate da totalidade das contribuições vertidas ao plano pelo participante' (art. 14, III, da LC 109/2001), essa faculdade concedida ao participante de fundo de previdência privada complementar não tem o condão de afastar, de forma inexorável, a natureza essencialmente previdenciária e, portanto, alimentar, do saldo existente. 4. Por isso, a impenhorabilidade dos valores depositados em fundo de previdência privada complementar deve ser aferida pelo Juiz casuisticamente, de modo que, se as provas dos autos revelarem a necessidade de utilização do saldo para a subsistência do participante e de sua família, caracterizada estará a sua natureza alimentar, na forma do art. 649, IV, do CPC. 5. Outrossim, ante as peculiaridades da espécie (curto período em que o recorrente esteve à frente da instituição financeira, sem qualquer participação no respectivo capital social), não se mostra razoável impor ao recorrente tão grave medida, de ter decretada a indisponibilidade de todos os seus bens, inclusive do saldo existente em fundo de previdência privada complementar - PGBL. 6. Recurso especial conhecido e provido" (Recurso Especial nº 1.121.426/SP. Relatora para Acórdão ministra Andrighi [relator sorteado ministro Sidnei Beneti]. Data do Julgamento: 11.3.2014. DJe 20.3.2014).

"RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. IMPENHORABILIDADE. ARTIGO 649, IV e X, DO CPC. FUNDO DE INVESTIMENTO. POUPANÇA. LIMITAÇÃO. QUARENTA SALÁRIOS MÍNIMOS. PARCIAL PROVIMENTO. 1. A remuneração a que se refere o inciso IV do art. 649 do CPC é a última percebida, no limite do teto constitucional de remuneração (CF, art. 37, XI e XII), perdendo esta natureza a sobra respectiva, após o recebimento do salário ou vencimento seguinte. Precedente. 2. O valor obtido a título de indenização

Acesso ao Sumário

trabalhista, após longo período depositado em fundo de investimento, perde a característica de verba salarial impenhorável (inciso IV do art. 649). Reveste-se, todavia, de impenhorabilidade a quantia de até quarenta salários mínimos poupada, seja ela mantida em papel-moeda; em conta-corrente; aplicada em caderneta de poupança propriamente dita ou em fundo de investimentos, e ressalvado eventual abuso, má-fé, ou fraude, a ser verificado caso a caso, de acordo com as circunstâncias da situação concreta em julgamento (inciso X do art. 649). 3. Recurso especial parcialmente provido." (REsp 1230060/PR, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 13/08/2014, DJe 29/08/2014).

Ante o exposto, nega-se provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2030957-91.2016.8.26.0000, da Comarca de Campinas, em que são agravantes OLIVEIRA LIMA EMPREENDIMENTOS E CONSTRUÇÕES LTDA., JOSÉ CARLOS DE OLIVEIRA LIMA e SISTEBRAS SISTEMAS CONSTRUTIVOS LTDA., é agravado FRANCISCO DE OLIVEIRA LIMA FILHO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "por votação unânime, é que negaram provimento ao recurso", em conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 36.397)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores MAIA DA CUNHA (Presidente), FRANCISCO LOUREIRO e HAMID BDINE.

São Paulo, 12 de abril de 2016.

MAIA DA CUNHA, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: Dissolução parcial de sociedade. Exclusão de sócio em antecipação de tutela. Despacho que corretamente deixa para apreciação após o contraditório, momento em que os fatos controversos se firmam e melhores condições se têm para a apreciação da tutela que visa excluir antecipadamente um dos sócios. Além disso, o certo é que os elementos de convicção são insuficientes para a pretensão deduzida. Recurso improvido.

VOTO

Insurgem-se os agravantes contra a r. decisão que, na ação de dissolução parcial de sociedade empresária, protraiu a apreciação do pedido de antecipação de tutela para momento posterior à resposta do réu, sustentando, em suma, que estão presentes os requisitos para a concessão da liminar, pois os documentos demonstram a prática de administração temerária pelo agravado, o que causou dano ao patrimônio da sociedade, sobretudo a sua comarca, criando uma reputação desacreditada.

Este é o relatório.

O recurso não merece provimento.

Destaque-se que cabe aqui verificar tão somente a presença da verossimilhança das alegações e do risco de dano irreparável ou de difícil reparação para a manutenção ou revogação da tutela antecipada concedida em primeiro grau. Afigura-se inviável, assim, a análise das questões na extensão e profundidade pretendida pelo agravante, sob pena de ingresso prematuro e indevido no mérito da demanda.

E é pacífica a jurisprudência deste Egrégio Tribunal de Justiça e do Colendo Superior Tribunal de Justiça no sentido de que a antecipação de tutela de que cogita o art. 273 do Código de Processo Civil somente pode ser concedida diante da prova inequívoca da verossimilhança das alegações e do risco de dano irreparável, verificados os requisitos *simultaneamente*, nos termos expressos da lei.

Exige-se, portanto, que o juiz esteja firmemente convencido da verossimilhança da situação jurídica apresentada e também da juridicidade da solução pleiteada (cf. ARRUDA ALVIM, Tutela Antecipatória - Algumas Noções - Contrastes e Coincidências em Relação às Medidas Cautelares Satisfativas, *in* ob. cit., p. 111). Ainda, ensina JOSÉ ROBERTO DOS SANTOS BEDAQUE: "*A exigência de prova inequívoca da verossimilhança, aparentemente paradoxal, visa a chamar a atenção para a necessidade de forte probabilidade de que os fatos sejam verdadeiros e o requerente tenha razão.*" (Código de Processo Civil Interpretado/Antonio Carlos Marcato, coordenador - São Paulo: Atlas, 2004, pág. 797).

Pois bem.

Decidiu corretamente o digno Magistrado prolator da r. decisão agravada ao deixar para apreciar a tutela antecipada depois da contestação, quando a lide se completa e todos os fatos envolvendo a controvérsia podem ser melhor analisados no que se refere à legalidade da antecipação do resultado final para a liminar exclusão do sócio agravado.

Até porque, é bom que se avance um pouco, para que não haja crítica em relação à falta de decisão a respeito, os elementos de convicção não são

Acesso ao Sumário

suficientes para o afastamento do sócio agravado em antecipação de tutela. Basta, para tanto, neste momento inicial, assentar que não há prova inequívoca da verossimilhança quanto à incapacidade de o agravado continuar participando da sociedade, cuja exclusão, em princípio, não mais se dá apenas pela perda da *affectio societatis*, embora possa esta decorrer de atos de inegável gravidade que justifiquem a exclusão.

É preciso que se firme a controvérsia com a versão dos fatos que serão narrados na contestação, quando então melhores condições poderá ter o Magistrado para conceder ou não a antecipação de tutela destinada à exclusão inicial do sócio. Neste momento, efetivamente, não há elementos suficientes para a afirmação da prova da verossimilhança e do risco de dano irreparável.

Pelo exposto é que se nega provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2052317-82.2016.8.26.0000, da Comarca de Bauru, em que é agravante PEDRO ROBERTO DE MATOS (JUSTIÇA GRATUITA), é agravado BANCO SANTANDER BRASIL S/A.

ACORDAM, em 18ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 16641)**

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

São Paulo, 13 de abril de 2016.

EDSON LUIZ DE QUEIROZ, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: Agravo de instrumento. Cautelar de exibição de documentos. Insurgência contra decisão que não recebeu recurso de apelação interposto pelo autor, por deserção. Legitimação concorrente entre a parte e o advogado para interposição do recurso de apelação, mesmo que o objeto do recurso seja a distribuição do ônus da sucumbência, de forma exclusiva. Apelação interposta pela parte beneficiária da gratuidade processual, e não em nome próprio do advogado.

Descaracterização da deserção. Entendimento jurisprudencial majoritário. Recurso provido.

VOTO

Vistos.

Trata-se de agravo de instrumento interposto contra decisão (fls. 36) que, nos autos da cautelar de exibição de documentos, já sentenciada (fls. 31), deixou de receber o recurso de apelação interposto a fls. 78/125 dos autos principais.

Eis o teor da decisão:

"Vistos.

O advogado da parte autora interpôs recurso de apelação visando a majoração dos honorários sucumbências. Entretanto, o recurso não veio acompanhado das custas de preparo.

Embora a parte autora seja beneficiária da Assistência Judiciária, o benefício não se estende ao seu advogado quando o recurso tenha unicamente o escopo de majorar a verba honorária sucumbêncial.

Desta forma, as custas recursais são devidas.

Diante do não recolhimento por parte da recorrente (fls. 142), das custas de preparo, declaro deserto o recurso interposto (fls. 78/125).

No mais, recebo a apelação interposta pelo requerido (fls. 126/140) no seu efeito devolutivo (art. 520, IV, do CPC) apenas no que se refere ao documento que pretende/pretendia ver apresentado.

Às contrarrazões.

Após, subam os autos ao Egrégio Tribunal de Justiça, Seção de Direito Privado, 11ª a 24ª Câmaras, procedidas às anotações pertinentes."

O autor/agravante levanta-se contra o decidido, argumentando pela possibilidade do recebimento da apelação interposta. Invoca legitimidade concorrente entre autor e seu advogado, para fins de pleitear a condenação do réu nos ônus da sucumbência e pagamento de honorários de advogado. No caso, pugna pela majoração dos honorários fixados. Requer a concessão de efeito suspensivo e a reforma da decisão.

Dispensada as informações, posto que o D. Juízo de Primeiro Grau já externou seu fundamentado posicionamento e a contraminuta, por se tratar de matéria de direito.

É o relatório do essencial.

Na cautelar de exibição de documentos, ajuizada pelo agravante, foi proferida sentença de procedência (fls. 31/35 do instrumento), com condenação do réu aos ônus da sucumbência.

Como constou da decisão agravada, ao autor foi concedida a assistência judiciária, do que faz prova o documento de fls. 69/70 (decisão concedendo a

Acesso ao Sumário

gratuidade processual ao requerente).

O recurso de apelação interposto pelo autor não foi recebido, por ter sido considerado deserto. Isso porque o pedido recursal é exclusivo quanto à distribuição do ônus da sucumbência, com majoração da verba honorário arbitrado, tratando-se de interesse do advogado da parte, que não pode se valer da assistência judiciária concedida ao autor para interposição da apelação, sem preparo.

Feitas essas considerações, respeitado o posicionamento adotado pelo *D. Juízo*, assiste razão ao autor/agravante.

Conforme entendimento jurisprudencial majoritário, há legitimação concorrente da parte e do advogado para interposição de recurso de apelação, ainda que se refira apenas à questão da sucumbência.

Pertinente ao tema, confira-se:

AGRAVO DE INSTRUMENTO - INTERPOSIÇÃO DE RECURSO DE APELAÇÃO - PEDIDO EXCLUSIVO DE MAJORAÇÃO DOS HONORÁRIOS - RECURSO EM NOME DA PARTE. Recurso de apelação interposto em nome da parte apenas para fins de majoração dos honorários advocatícios decorrentes da sucumbência. Recurso que deve ser processado independentemente do recolhimento do preparo, diante da gratuidade concedida à recorrente. RECURSO PROVIDO. (Agravo de Instrumento n. 2134156-66.2015.8.26.0000, Rel. Maria Lúcia Pizzotti, 30ª Câmara de Direito Privado, j. em 9.09.2015).

AGRAVO DE INSTRUMENTO - APELAÇÃO - PRETENSÃO À FIXAÇÃO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS – Legitimação concorrente da parte e do advogado - Justiça gratuita daquela - Indevida declaração de deserção de apelação, que visa fixação de honorários de sucumbência - Processamento admitido - Agravo provido (art. 557, parágrafo 1° - A, CPC). (Agravo de Instrumento n. 2050838-88.2015.8.26.0000, Rel. Vicentini Barroso, 15ª Câmara de Direito Privado, j. em 28.03.2015).

No mesmo sentido: STJ - 3ª T., REsp 457.753, Min. Ari Pargendler, j. 29.11.02, DJU 24.3.03; STJ - 2ª T., REsp 763.030, Min. Peçanha Martins, j. 08.11.05, DJU 19.12.05.

No caso, o recurso foi interposto pela parte beneficiária da gratuidade processual e não pelo seu procurador, em nome próprio. Assim sendo, considera-se descaracterizado a deserção. O processamento do recurso merece ter continuidade.

Por fim, não houve violação direta e frontal a dispositivos legais e constitucionais. Considera-se prequestionada toda a matéria debatida.

Diante do exposto, DÁ-SE PROVIMENTO ao agravo de instrumento.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2038989-85.2016.8.26.0000, da Comarca de Piracicaba, em que é agravante VOAL LOGÍSTICA LTDA., é agravado TOKIO MARINE SEGURADORA S.A.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 13ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 35844)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores ANA DE LOURDES COUTINHO SILVA DA FONSECA (Presidente sem voto), FRANCISCO GIAQUINTO e NELSON JORGE JÚNIOR.

São Paulo, 19 de abril de 2016.

HERALDO DE OLIVEIRA, Relator

Ementa: Ação regressiva de indenização - Sinistro ocorrido no transporte de mercadorias - Indenização efetivada em favor do segurado - Chamamento ao processo - Incabível - Responsabilidade objetiva da empresa contratada para o transporte - Afastada a intervenção de terceiros, pois não há discussão de eventual responsabilidade subjetiva de empresa terceirizada - Decisão mantida - Recurso não provido.

VOTO

Trata-se de agravo de instrumento tirado contra a r. decisão de fls. 18 (**Vistos. I - Indefiro o chamamento ao processo da empresa GV visto que o contrato de gerenciamento de risco não envolve danos na carga decorrentes do mau tempo. E a questão é de nomeação à autora, nos termos do art. 63 do CPC. E em relação à empresa Brasiltec fica sem efeito o pedido, ante a recusa da autora (art. 65, do CPC). II - Especifiquem provas justificando detalhadamente a pertinência, sob pena de julgamento no estado. Intime-se.**), que indeferiu o chamamento ao processo da empresa GV, por entender ser caso de nomeação à autoria, nos termos do art.63 do Código de Processo Civil.

Inconformado, o agravante alega que houve equívoco na decisão proferida, uma vez que há farta prova documental que comprova que o enlonamento dos caminhões não foi feito pelo agravante. Sustenta que a responsabilidade da empresa Brasiltec decorre de contrato firmado entre eles,

Acesso ao Sumário

onde restou incontroversa a obrigação da empresa em relação ao enlonamento dos caminhões, sendo necessária a sua presença no polo passivo, para que sua responsabilidade seja apurada. Afirma que tal responsabilidade está prevista na Lei 11442/2007, que rege os contratos de transportes rodoviários. Aduz ainda, que a empresa GV deve constar do polo passivo, pois fez o "check list" dos caminhões, com a verificação das lonas e demais condições do veículo. Por fim, alega ser incabível a aplicação do art.63 do Código de Processo Civil. Requer provimento ao recurso.

Recurso tempestivo, preparado e respondido.

É o relatório.

O agravado propôs ação regressiva de indenização, alegando que em face de sinistro ocorrido no transporte de mercadorias realizadas pelo requerido e pertencentes à empresa segurada Arcelormittal Brasil Ltda., teve que honrar com o contrato de seguro firmado em 10.03.2015 (fls.60/78) e efetuou o pagamento de indenização à segurada no valor de R$ 20.749,05 e posteriormente novo pagamento de R$ 95,62 (fls.148/149).

Sustenta que há sub-rogação legal em favor da seguradora após o pagamento da indenização securitária, em face da imprudência da empresa ré no transporte das mercadorias (fls.79/111), afirmando ainda, que a responsabilidade civil do transportador é contratual e objetiva.

Devidamente citado, o requerido apresentou sua defesa às fls.150/172, pleiteando no mérito o chamamento ao processo das empresas GV Gerenciamento de Riscos Ltda. e Brasiltec Administração e Serviços Técnicos Ltda., ante a existência de contratos entre as partes para a verificação das condições do caminhão e das lonas para o transporte das mercadorias danificadas (fls.194/199).

O magistrado em decisão concisa, indeferiu o chamamento ao processo da empresa GV, visto que o contrato de gerenciamento de risco não envolve danos na carga decorrentes do mau tempo, entendo ser caso de nomeação à autoria.

Acesso ao Sumário

É contra essa r. decisão que se insurge o agravante e, em que pese seus argumentos, a decisão merece ser mantida.

A ação indenizatória proposta envolve a responsabilidade objetiva da empresa de transporte rodoviário, tanto pela aplicação do art.37, § 6º, da Constituição Federal, quanto pela caracterização da relação de consumo derivado do contrato de transporte estabelecidos pelas partes.

Assim, fica afastada a intervenção de terceiros, estranhos à lide, pois haveria discussão de eventual responsabilidade subjetiva da empresa terceirizada, o que não se admite na lide principal.

Nesse sentido:

"**Tratando-se de responsabilidade objetiva, não tem lugar introdução de demanda nova, pela chamada litisdenunciação, para apurar responsabilidade subjetiva, com produção de provas que só interessam ao litisdenunciante e litisdenunciado, sem prejuízo de eventual direito de regresso**". (Apel. 792465-3, Rel. Des. Vanderci Alvares, j.14/08/2007).

"**Denunciação da Lide e Chamamento ao Processo - Inadmissibilidade - Hipótese em que a postulação indenizatória está fundada na responsabilidade objetiva da empresa concessionária do serviço público de transporte ferroviário, nos termos do artigo 37, § 6º, da Constituição Federal - Relação de consumo caracterizada, a obstar a intervenção de terceiros no feito - Vedação à introdução na demanda de fundamento jurídico que não é objeto da lide principal - Intervenção de terceiros corretamente rejeitada - decisão mantida - Recurso improvido**". (Agravo de Instrumento 7.333.866-2, Rel. Des. João Camillo de Almeida Prado Costa, j.30.03.2009).

Nesse mesmo entendimento, vale mencionar o comentário de Nelson Nery Junior:

"o sistema do CDC veda a utilização da denunciação da lide e do chamamento ao processo, em ações condenatórias, porque o direito de indenização do consumidor é fundado na responsabilidade objetiva. Embora esteja mencionada como vedada apenas a denunciação da lide na hipótese do CDC 13 par.ún, na verdade o sistema do CDC não admite a denunciação da lide nas ações versando lides de consumo. Seria injusto discutir-se, por denunciação da lide ou chamamento ao processo, a conduta do fornecedor ou de terceiro (dolo ou culpa), que é elemento da responsabilidade subjetiva, em detrimento do consumidor que tem o direito de ser ressarcido em face da responsabilidade objetiva do fornecedor, isto é, sem que se discuta dolo ou culpa." (Leis Civis Comentadas, Editora Revista dos Tribunais, 2006, 2ª tiragem, pág.254).

Assim sendo, tem-se que a questão foi corretamente abordada pelo magistrado, devendo ser mantida por seus próprios fundamentos.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2060839- 98.2016.8.26.0000, da Comarca de Mogi das Cruzes, em que é agravante KAYSSERLIAN E COMERCIAL VILLELA REIS LTDA. ME., é agravado ERICA CRISTINA DA SILVA DE OLIVEIRA 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 29.292)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores ENIO ZULIANI (Presidente) e HAMID BDINE.

São Paulo, 4 de maio de 2016.

FRANCISCO LOUREIRO, Relator

Ementa: PROPRIEDADE INDUSTRIAL. Deferimento de tutela antecipada para garantir à autora a continuidade do uso da marca VACALOCA. Desacerto. Cenário de aparente violação ao direito marcário da ré, ora agravante, titular de registro da marca FESTA VACA LÔCA junto ao INPI. Partes que exploram o mesmo ramo de atividade, no mesmo Estado da Federação. Expressão "VACALOCA" que tem potencial de gerar violação ao direito de marca e desvio de clientela. Perigo de dano inverso. Tutela antecipada revogada. Recurso provido.

VOTO

Cuida-se de agravo de instrumento, com pedido de liminar, tirado de decisão (fls. 30/31 dos autos principais) proferida nos autos da ação cominatória de obrigação de fazer ajuizada por RANCHO VACALOCA em face da agravante KAYSSERLIAN E COMERCIAL VILLELA REIS LTDA. ME.

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

"Vistos.

1- Recolha as custas iniciais e as custas para citação em 10 dias.

2- A briga é pela marca/nome 'VacaLoca' ou expressão semelhante.

Ao que parece, ambas exercem semelhante ramo de atividade: entretenimento com música de peculiar gosto (sertanejo universitário, eletrônica... coisas assim).

Pois bem. Como se sabe, o direito ao uso exclusivo da marca se dá com o certificado de registro concedido pelo INPI, que é constitutivo de direito. Aquele direito é titularizado por quem requer, em primeiro lugar (principio da anterioridade), o registro, salvo nos casos específicos em que se verifica presente a função social da marca.

Na espécie, ao que consta, a ré é quem detém o direito de uso da marca Festa Vaca Loca.

No caso, no entanto, ao menos em cognição sumária, deve ser

Acesso ao Sumário

relativizado o rigor no que tange à possibilidade de a ré inibir o uso da marca 'vacaloca' pela requerente.

De fato, autora é localizada na cidade de Mogi das Cruzes e a ré na cidade de Araçatuba.

De outro lado, essa expressão 'vacaloca' é fraca, porque pobre em conteúdo inventivo, tanto é que já de domínio público para se referir à doença encefalopatia espongiforme bovina (vulgarmente conhecida como doença da vaca louca).

Portanto, ao menos em sede de cognição sumária, possível a coexistência das marcas, a fim de se evitar, inclusive, prejuízos iminentes à atividade empresarial e econômica da requerente.

Nesse sentido:

COMERCIAL. PROPRIEDADE INDUSTRIAL. MARCA EVOCATIVA. REGISTRO NO INPI. EXCLUSIVIDADE. MITIGAÇÃO. POSSIBILIDADE. 1. Marcas fracas ou evocativas, que constituem expressão de uso comum, de pouca originalidade, atraem a mitigação da regra de exclusividade decorrente do registro, admitindo-se a sua utilização por terceiros de boa-fé. 2. O monopólio de um nome ou sinal genérico em benefício de um comerciante implicaria uma exclusividade inadmissível, a favorecer a detenção e o exercício do comércio de forma única, com prejuízo não apenas à concorrência empresarial (...) (STJ - Resp 1315621/SP, da relatoria da Ministra Nancy Andrighi)

Desse modo, em razão dessa pobreza de nome, pelo fato de que, em qualquer lugar desse País, se reproduzem ou se apresentam artistas com aquele tipo de repertório (música eletrônica, funk, sertanejo universitário entre outras de gosto extremamente popular), pelo fato de que os estabelecimentos estão situados em cidades distintas, bem como pela circunstância de que ambas casas conviveram até aqui sem qualquer prejuízo, não se vislumbrando, pois, existência de má-fé, vejo por bem conceder parcialmente os efeitos da tutela para permitir à requerente a continuidade do uso da marca 'Vacaloca', inibindo a requerida de constrangê-la por qualquer modo que seja, salvo o direito constitucional de ação, sob pena de, o fazendo, multa diária de R$500,00.

3- Cumprido item 1, cite-se com as advertências legais.

4- Intime(m)-se."

Aduz a ré recorrente, em resumo, que atua no ramo de atividade de promoção de festas desde 1997, ano em que ocorreu o primeiro "Churrasco da Vaca Loca" na região de Araçatuba.

Destaca que a festa da VALA LOCA cresceu, de modo que a marca tornou-se reconhecida e notória em todo o país. Assim, seria "*patente a intenção da Agravada em obter vantagem indevida com a utilização da marca da Agravante*" (fl. 04). Isso porque a agravante se diz ser "*a legítima e única proprietária da marca VACA LOCA*" (fl. 04), com comprovação de depósito da

Acesso ao Sumário

marca junto ao INPI em 10/02/2005 e registro definitivo em 06/11/2007, com vigência até 06/11/2017.

Pontua que a autora agravada depositou no INPI o pedido de registro da marca RANCHO VACALOCA em 05/07/2006, negado no dia 30/12/2008. Assim, "*o pedido de registro da marca RANCHO VACA LOCA, realizado pela Agravada junto ao INPI, fora NEGADO, em razão do registro da marca VACA LOCA anteriormente obtido pela Agravante*" (fl. 10).

Indica que a autora agravada tem consciência de que a recorrente é quem explora a marca VACALOCA, tanto assim que propôs à recorrente determinada remuneração pelo uso da marca.

Pugna pela revogação da tutela antecipada concedida *inaudita altera parte*.

Em razão do exposto, e pelo que mais argumenta às fls. 01/29, pede, ao final, o provimento do recurso.

Concedida a liminar de efeito ativo e dispensadas as informações do Juízo *a quo*, porque clara a questão colocada em debate (fls. 211/219).

Manifestação da agravante às fls. 222/227.

O recurso foi contrariado (fls. 242/248).

Não houve oposição ao julgamento virtual (fl. 340). É o relatório.

1. Inicialmente, cumpre destacar que muito embora os autos digitais só tenham sido recebidos no gabinete no dia 23/03/2016, às 17 horas e 54 minutos, a decisão atacada é datada de 04 de fevereiro de 2016 e o AR positivo foi acostado aos autos no dia 09/03/2016.

O recurso foi interposto no dia 21/03/2016.

Diante de tal quadro, fica claro que apesar de o recurso ter sido interposto e recebido por este Relator já na vigência do novo Código de Processo Civil, a publicação da decisão e a ciência do réu quanto ao teor do decisum ocorreram ainda na vigência do Código de Processo Civil de 1973.

É o caso, portanto, de aplicar a legislação processual antiga.

2. No mérito, o recurso comporta provimento.

Conforme ficou estabelecido em sede de análise liminar, cujo entendimento ratifico integralmente, deve ser revogada a tutela antecipada concedida na origem, que permitiu à autora a continuidade do uso da marca VACALOCA para a atividade de promoção de festas.

Com razão a ré agravante, à vista das circunstâncias do caso concreto.

Como é sabido, a tutela antecipada tem como pressupostos a existência de prova inequívoca dos fatos, suficiente para convencer o juiz da verossimilhança da alegação.

Na lição de **José Roberto dos Santos Bedaque**, "*existirá prova*

Acesso ao Sumário

inequívoca toda vez que houver prova consistente, capaz de formar a convicção do juiz e respeito da verossimilhança do direito" **(CPC Interpretado, diversos autores coordenados por Antonio Carlos Marcato, Atlas, p. 796).**

Arremata o hoje Ministro **Teori Albino Zavascki** que a tutela antecipada exige mais do que o *fumus boni iuris*. Ao contrário do processo cautelar, onde há plausibilidade quanto ao direito e probabilidade quanto aos fatos alegados, na tutela antecipada "exige-se que os fatos, examinados com base na prova já carreada, possam ser tidos como fatos certos". Isso porque, segundo o autor, a verossimilhança quanto ao fundamento de direito decorre da certeza (relativa) quanto à verdade dos fatos **(Antecipação da tutela, 3ª Edição, São Paulo: Saraiva, p. 73)**.

Acrescenta **Michele Tarufo** que a verossimilhança serve para designar aquele aspecto da asserção sobre um fato do qual se pode dizer que corresponde a uma hipótese plausível segundo a ordem normal das coisas, numa situação na qual a asserção não foi ainda submetida a demonstração ou prova **(La prova dei fatti giuridice, in Trattato Di Dirito Civile e Commerciale, a cura di Antonio Cicu e Francesco Messineo, v. III, t. 2, p. 164).**

No caso concreto a ora agravada RANCHO VACALOCA ajuizou ação cominatória de obrigação de fazer em face da ré recorrente (petição inicial às fls. 54/75). Em síntese, sustentou que explorava a marca RANCHO VACALOCA e pediu a concessão da antecipação dos efeitos da tutela para que pudesse continuar explorando sua marca.

Por meio da decisão atacada, o Juízo *a quo* deferiu a antecipação dos efeitos da tutela.

A recorrente sustenta que possui registro, junto ao INPI, da marca VACALOCA e que a agravada age de má-fé.

Pois bem.

Não se tolera o uso de marca nominativa alheia para o fim de, utilizando do prestígio conquistado por concorrente, desviar-lhe a clientela.

Preservado o entendimento do Magistrado de primeiro grau, as circunstâncias do caso apresentam, ao menos em princípio, um cenário de aparente violação ao direito marcário da ré agravante.

O documento de fl. 157 deixa claro que a recorrente é a titular da marca FESTA VACA LÔCA, registrada junto ao INPI em 06/11/2007, com possibilidade de explorá-lo até novembro de 2017.

Muito embora a agravante atue em Araçatuba e a agravada na cidade de Mogi das Cruzes, o fato é que ambas exploram o mesmo ramo de atividade, de promoção de festas.

Conforme preleciona o art. 130 da Lei n. 9.279/96, a ré faz jus à proteção

Acesso ao Sumário

da referida marca, assistindo-lhe o direito de zelar pela sua integridade material ou reputação.

Em decorrência, a recorrente faz jus à proteção legal que lhe é conferida por ter registrada sua marca junto ao INPI, devendo a autora agravada se abster de usar tais elementos semelhantes.

Neste momento é prematuro discutir se a marca registrada é forte ou fraca., ou se os sinais são idênticos, ou se a reprodução é apenas parcial.

A realidade é que o núcleo da marca (VACALOCA) é reproduzido pela autora, em detrimento do regular registro de que é titular a ré recorrente, para o mesmo ramo de atividade, no mesmo Estado da Federação.

Não há necessidade da integral reprodução das partes de marca composta, para configurar a colidência. Basta a reprodução da parte essencial, que serve de elemento distintivo da marca, em relação aos concorrentes.

Na lição clássica de **Gama Cerqueira**, "*no caso de marcas compostas de vários elementos, a questão pode oferecer dificuldade, quando apenas uma parte da marca é reproduzida. Tratando-se da parte essencial ou característica da marca, isso é suficiente para impedir outro registro, pois a lei proíbe expressamente tanto a reprodução integral quanto parcial*" **(Tratado da Propriedade Industrial, 2ª. Edição RT, p. 918).**

A utilização da expressão "VACALOCA" por ambas, ainda mais no mesmo segmento, tem o potencial de gerar não apenas violação ao direito marcário da recorrente, mas também desvio de clientela.

Em casos semelhantes ao ora em comento, ficou assentado que "*registrada uma marca, não pode outra empresa industrial, comercial ou de serviços utilizá-la na composição de seu nome comercial, em havendo similitude de atividades*" **(REsp 210.076/RJ, Ministro BARROS MONTEIRO)**.

A similitude das expressões, no mesmo ramo de exploração de serviços de entretenimento, evidencia, outrossim, o perigo de dano inverso na medida, porquanto evidente o risco de diluição da marca de propriedade da recorrente.

Acesso ao Sumário

Por fim, não vislumbro a ocorrência de dano irreparável e a urgência da medida antecipatória concedida em primeiro grau.

Por outro lado, caso fique, ao final, comprovada a violação ao direito da marca, a questão poderá ser resolvida em perdas e danos.

Nada impede, porém, que caso sobrevenham melhores elementos de cognição aos autos, o Juiz possa reanalisar a questão, inclusive restaurando a tutela antecipada, ora revogada, se entender cabível o deferimento do pedido, assegurada a via recursal.

Em suma, não se vislumbram presentes os requisitos legais autorizadores à concessão da antecipação dos efeitos da tutela concedida na origem, razão por

que fica revogada a tutela antecipada.

Por fim, ressalvo que não cabe, nesta sede, acolher a pretensão da parte agravante no sentido de impor à recorrida uma obrigação de não fazer. Isso porque a ação ajuizada pela agravada não possui natureza dúplice.

Se a agravante vislumbra um cenário de violação ao seu direito marcário, deverá ajuizar ação inibitória para exercer sua pretensão.

Dou provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2008235-63.2016.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante REINALDO JODAT IUNES, é agravado ALVORADA CARTÕES, CRÉD., FIN. E INV. S/A.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 16ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 28.205)**

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

São Paulo, 6 de maio de 2016.

COUTINHO DE ARRUDA, Relator

Ementa: Agravo de instrumento - Expurgos inflacionários - Liquidação individual de sentença proferida em ação civil pública - Suspensão do andamento do processo em razão de decisão proferida pela Corte Superior - Descabimento - Decisão que suspende tão somente os recursos especiais que versam sobre a matéria afetada à Corte Especial - Recurso provido.

VOTO

Vistos, etc..

Trata-se de agravo de instrumento buscando a reforma de decisão que, em liquidação individual de sentença proferida em ação civil pública, determinou o

Acesso ao Sumário

sobrestamento do andamento do processo.

É o ***RELATÓRIO***.

Inicialmente, destaque-se que o presente refere-se ao cumprimento individual de sentença coletiva proferida nos autos da Ação Civil Pública proposta pelo IDEC em face do antigo Banco de Crédito Nacional - BCN.

In casu, após a apresentação da impugnação, em cumprimento de sentença, pelo ora agravado, foi determinada a suspensão do feito, até o julgamento do RE nº 591.797 e do RE nº 744.311.

No entanto, a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, que reconheceu repercussão geral na discussão relacionada com expurgos inflacionários advindos dos Planos Econômicos Bresser e Verão, e determinou o sobrestamento do julgamento dos recursos interpostos perante os órgãos do Poder Judiciário, expressamente ressalvou que deveriam prosseguir as execuções com trânsito em julgado, as transações e os processos de conhecimento em fase de instrução probatória (Recurso Extraordinário nº 591.797, Min. Rel. Dias Toffoli, j. 26.08.2010).

Nesse trilho, as demandas em fase de cumprimento de sentença não são atingidas pela repercussão geral.

Assim, improcede a decisão ora agravada que determinou a suspensão do presente feito até o julgamento final da controvérsia pelo Supremo Tribunal Federal.

Destarte, é de rigor o decreto de acolhida das razões recursais.

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

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2209753-75.2014.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante BANCO INDUSTRIAL DO BRASIL S/A, é agravado CONDUPASQUA CONDUTORES ELÉTRICOS LTDA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 16ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 28200)**

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

São Paulo, 6 de maio de 2016.

Acesso ao Sumário

JOVINO DE SYLOS, Relator

Ementa: Agravo de instrumento - Execução apoiada em cédula de crédito bancário - Decisão que, acolhendo a cota ministerial amparada nas razões do administrador da recuperação judicial da empresa coexecutada, suspendeu o andamento do executivo - Inadmissibilidade do "decisum" - Pena de ofensa à decisão paradigmática proferida pelo C. STJ no julgamento do REsp. 1333349/SP pelo rito dos recursos repetitivos (art. 543-C do CPC) - Agravo provido.

VOTO

1. Através do V. Acórdão de fls. 564/568, j. 07.04.2015, declarado a fls. 599/604, esta C. 16ª Câmara de Direito Privado negou provimento ao agravo do exequente Banco Industrial do Brasil S/A, por conseguinte mantendo o decisório singular que, em execução apoiada na cédula de crédito bancário nº 01-1224/09, exigindo pagamento da importância de R$1.117.318,46 atualizada para ago/2012 (fls. 87), suspendeu o andamento do executivo com preponderante apoio na cota ministerial amparada nas razões do administrador da recuperação judicial da empresa coexecutada CONDUPASQUA CONDUTORES ELÉTRICOS LTDA. (fls. 444).

2. O agravante interpôs Recurso Especial, tendo a Douta Procuradoria de Justiça opinado pela negativa do seu seguimento (fls. 715/717), ao passo que a Egrégia Presidência da Seção de Direito Privado, por força do julgamento pelo STJ do REsp. nº 1333349/SP, V. Acórdão transitado em julgado em 11.03.2015, devolveu os autos a este Relator, na forma dos arts. 108, IV, e 109, "caput", do RITSP, 543-C, § 7º, inc. II, do CPC/73 (fls. 718/719).

É o relatório.

3. Reexaminando-se a matéria com apoio em permissivo legal (art. 543-C, § 7º, inc. II, do CPC/73), resolve-se pelo acolhimento do agravo de instrumento, que busca o prosseguimento do feito executório em virtude do crédito exequendo ser extraconcursal em razão da garantia outorgada nos termos do § 3º, do art. 49, da Lei 11.101/2005, bem como em razão da recuperação judicial não alcançar os avalistas nos termos do § 1º, da mesma lei.

4. De fato, o C. STJ consolidou o entendimento sobre a novação e possibilidade do prosseguimento de ações de cobrança ou execuções ajuizadas em face de devedores solidários coobrigados em geral, depois de deferida a recuperação judicial ou mesmo depois de aprovado o plano de recuperação

Acesso ao Sumário

do devedor principal, nos seguintes termos: "Recurso Especial representativo de controvérsia - Art. 543-C do CPC e Resolução STJ nº 8/2008 - Direito empresarial e civil - Recuperação judicial - Processamento e concessão - Garantias prestadas por terceiros - Manutenção - Suspensão ou extinção de ações ajuizadas contra devedores solidários e coobrigados em geral - Impossibilidade - Interpretação dos arts. 6º, 'caput', 49, § 1º, 52, inciso III, e 59, 'caput', da Lei nº 11.101/2005. 1. Para efeitos do art. 543-C do CPC: 'A recuperação judicial do devedor principal não impede o prosseguimento das execuções nem induz suspensão ou extinção de ações ajuizadas contra terceiros devedores solidários ou coobrigados em geral, por garantia cambial, real ou fidejussória, pois não se lhes aplicam a suspensão prevista nos arts. 6º, 'caput', e 52, inciso III, ou a novação a que se refere o art. 59, 'caput', por força do que dispõe o art. 49, § 1º, todos da Lei nº 11.101/2005'. 2. Recurso Especial não provido" (STJ, REsp. nº 1333349/SP, REL. MIN. LUIS FELIPE SALOMÃO, Acórdão transitado em julgado em 11.03.2015).

5. Assim, modifica-se o "decisum" combatido, pelas razões acima expostas, sem nenhuma afronta à normatização constitucional e/ou infraconstitucional elencada no recurso.

6. Com esses fundamentos, dá-se provimento ao agravo.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2067062-67.2016.8.26.0000, da Comarca de Sertãozinho, em que são agravantes MARIO JOSÉ LOPES e ANETE APARECIDA PINHATA LOPES, é agravado BANCO BRADESCO S/A.

ACORDAM, em 24ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 12767)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PLINIO NOVAES DE ANDRADE JÚNIOR (Presidente sem voto), JONIZE SACCHI DE OLIVEIRA E SALLES VIEIRA.

São Paulo, 12 de maio de 2016.

WALTER BARONE, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO. Execução de título extrajudicial. Impugnação à penhora

rejeitada. Irresignação do executado. Descabimento. Imóvel dado em garantia hipotecária em cédula de crédito. Exceção à impenhorabilidade do bem de família. Art. 3º, V, da Lei nº 8.009/90. Decisão mantida. Recurso não provido.

VOTO

Trata-se de agravo de instrumento interposto contra a r. decisão que, em ação de execução, manteve a penhora sobre o imóvel do executado, ao fundamento de que "*... não se pode acolher a pretensão dos executados na medida em que o disposto no artigo 3º, inciso V, da Lei 8.009, exclui expressamente o benefício da impenhorabilidade do bem dado em hipoteca*".

Sustentam os executados, ora agravantes, em síntese, que a decisão agravada afronta o artigo 1º da Lei nº 8.009/90, que estipula a impenhorabilidade obrigatória da moradia, assegurando a dignidade dos executados. Alegam que o imóvel foi dado em garantia há muito tempo, quando eles ainda possuíam outros imóveis.

Dispensadas as informações do D. Juízo, bem como a apresentação de contrarrazões da parte contrária.

Recurso processado com efeito devolutivo.

É o relatório.

O recurso não comporta provimento.

A retórica de que o imóvel seria impenhorável, por se tratar de bem de família, não convence, pois o bem em discussão foi dado como garantia hipotecária em cédula de crédito em favor do Banco credor, estando presente, pois, a hipótese excepcional do artigo 3º, V, da Lei nº 8.009/90.

Com efeito, esse é o entendimento consolidado pelo C. Superior Tribunal de Justiça:

"AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL. EMBARGOS DO DEVEDOR. EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL AJUIZADA CONTRA A PESSOA JURÍDICA E OS AVALISTAS DE CÉDULA DE CRÉDITO COMERCIAL. PENHORA DE BEM IMÓVEL DADO EM HIPOTECA PELA AVALISTA. ALEGAÇÃO DE BEM DE FAMÍLIA, LEI 8009/90. 1. (omissis). 2. (omissis). 3. (omissis). 4. O entendimento jurisprudencial dominante nesta Corte Superior, interpretando a regra do art. 3º, inciso V, da Lei 8009/90, é no sentido da impenhorabilidade do imóvel dado em hipoteca quando a dívida garantida seja de terceiro, que não o proprietário do bem. 5. Caso concreto em que a hipoteca foi constituída pela avalista de cédula de crédito comercial, sendo a dívida contraída em favor de empresa familiar. 6. Sendo sua a dívida derivada de obrigação autônoma decorrente do aval, presume-se que tenha vindo

Acesso ao Sumário

em favor da família. 7. Incidência da exceção prevista no art. 3º, V, da Lei N. 8.009/90. 8. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO" (AgRg no REsp nº 1.428.587-MT, Terceira Turma, rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, j. 12/02/2015).

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL - AÇÃO MONITÓRIA DECISÃO MONOCRÁTICA QUE NEGOU SEGUIMENTO AO RECURSO ESPECIAL. IRRESIGNAÇÃO DO RÉU. 1. A impenhorabilidade do bem de família não é oponível nos casos em que o empréstimo contratado foi revertido em proveito da entidade familiar. Acórdão recorrido se encontra em consonância com a jurisprudência desta Corte (Súmula 83/STJ). 2. Agravo regimental não provido" (AgRg no REsp nº 1.279.638- MG, Quarta Turma, rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 06/08/2013). "Execução. Bem de família. Aval. Penhorabilidade. Muito embora seja impenhorável o bem de família, se o executado fez cair o gravame sobre dito imóvel, perdeu, 'sponte sua', o benefício legal. Recurso especial não conhecido" (REsp nº 249.009-SP, Terceira Turma, rel. Min. Ari Pargendler, j. 16/08/2001).

E assim também entende esta C. Câmara:

2024232-86.2016.8.26.0000 Agravo de Instrumento/Nota Promissória

Relator(a): Salles Vieira

Comarca: Assis

Órgão julgador: 24ª Câmara de Direito Privado

Data do julgamento: 31/03/2016

Data de registro: 01/04/2016

Ementa: "AGRAVO DE INSTRUMENTO - AÇÃO DE EXECUÇÃO - IMPENHORABILIDADE DE BEM DE FAMÍLIA - Reconhecida a relevância do instituto da impenhorabilidade do imóvel residencial da entidade familiar - Caso concreto que apresenta peculiaridades - Imóvel dado em garantia hipotecária em cédula de crédito - Impenhorabilidade inoponível à vista da exceção contida no inciso V, do art. 3º, da Lei nº 8.009/90 - Penhora mantida - Decisão interlocutória suficientemente motivada - Aplicação do art. 252 do Regimento Interno do TJSP - Agravo improvido". "GARANTIA - IMPOSSIBILIDADE DE EXTENSÃO - TÍTULO RENOGOCIADO - Extensão da garantia que constou expressamente em cláusula contratual do termo de renegociação da dívida - Garantia mantida - Agravo improvido". LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ - Devida condenação dos executados ao pagamento de multa pela litigância de má-fé, pois alteraram a verdade dos fatos.

2100183-23.2015.8.26.0000 Agravo de Instrumento/Contratos Bancários

Relator(a): João Batista Vilhena

Comarca: São José do Rio Preto

Órgão julgador: 24ª Câmara de Direito Privado

Data do julgamento: 30/07/2015

Acesso ao Sumário

Data de registro: 06/08/2015

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO - EXECUÇÃO - Decisão que indeferiu o pedido de impenhorabilidade do imóvel constritado, porquanto tal bem refoge ao âmbito de proteção do art. 1º, da L. nº 8.009/90 - Agravada que se apresentou como avalista da dívida e, voluntariamente, ofereceu em hipoteca o bem imóvel, de sua propriedade, no qual habita - Dívida garantida que beneficiou a entidade familiar - Incidência da exceção da regra do inc. V, do art. 3º, da L. nº 8.009/90 - Inoponível, no caso, a impenhorabilidade do bem de família - Entendimento jurisprudencial do STJ. Agravo desprovido.

Merece, portanto, ser confirmada a decisão que rejeitou o pedido de impenhorabilidade do bem dos executados.

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

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2248703-22.2015.8.26.0000, da Comarca de Santa Fé do Sul, em que é agravante ADAUTO RAFAEL DE OLIVEIRA (JUSTIÇA GRATUITA), é agravado TAPECA TELEFONIA.

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 18198)**

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

São Paulo, 4 de abril de 2016.

EDUARDO SIQUEIRA, Relator

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO - AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE RELAÇÃO JURÍDICA C/C PEDIDO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E PEDIDO DE TUTELA ANTECIPADA - EXCLUSÃO DO NOME DO AGRAVANTE PERANTE OS ÓRGÃOS DE PROTEÇÃO AO CRÉDITO - POSSIBILIDADE. O Agravante alega desconhecer a origem da dívida que originou a negativação do seu nome, pois não contratou nem autorizou a contratação de serviços

Acesso ao Sumário

com a Agravada. *In casu*, os documentos de fls. 22/23 (Consulta Cadastral) fazem prova de que o Agravante teve seu nome negativado pela Agravada em 10/09/2013, no valor de R$ 229,99 (duzentos e vinte e nove e noventa e nove centavos). Ademais, tais documentos trazidos aos autos na inicial, datam de julho de 2015, ou seja, ano em que a ação foi proposta, o que denota, a princípio, que o Agravante promoveu a ação assim que tomou conhecimento da restrição do seu nome. Assim, não há que se exigir do Agravante a produção de prova de fato negativo, já que em sua exordial afirma que não contratou serviços com a Agravada. No caso sub judice, portanto, em sede perfunctória, estão presentes os requisitos autorizadores para a concessão dos efeitos da tutela antecipada pretendida pelo Agravante. - DECISÃO REFORMADA - RECURSO PROVIDO.

VOTO

Trata-se de recurso de agravo de instrumento, com pedido de antecipação dos efeitos da tutela recursal, interposto por ADAUTO RAFAEL DE OLIVEIRA, nos autos da "AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE RELAÇÃO JURÍDICA C/C PEDIDO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E PEDIDO DE TUTELA ANTECIPADA", que move em face de TAPECA TELEFONIA, contra a r. decisão de fl. 24, da lavra do Ilustre Magistrado LUCAS BORGES DIAS, que indeferiu o pedido de tutela antecipada, outrora pleiteada pelo Agravante, para fins de exclusão do nome junto ao cadastro do SCPC e demais órgãos de restrição ao crédito.

Inconformado, o Agravante recorre aduzindo, em síntese, que: a) seu nome foi negativado em 03/07/2014 por um débito que desconhece, no entanto só tomou conhecimento da restrição indevida em julho de 2015; b) estão presentes os requisitos necessários para a concessão da tutela antecipada (fls. 01/07).

O recurso não foi preparado por ser o Agravante beneficiário da gratuidade de justiça (fl. 24), e foi instruído com as peças obrigatórias e facultativas (fls. 08/25).

Às fls. 27/28, foi negada a tutela antecipada pleiteada. Na mesma oportunidade, foram requisitadas as informações ao Juízo de primeiro grau, dispensada a intimação da Agravada para apresentar resposta, uma vez que a mesma ainda não integra a relação processual e, facultada a manifestação das partes acerca do julgamento virtual do presente recurso.

Acesso ao Sumário

Anoto que as informações requisitadas foram prestadas às fls. 33/34.

Por fim, não houve oposição da parte quanto ao julgamento virtual do presente recurso.

É o relatório.

Respeitado o entendimento do Ilustre Magistrado *a quo*, a decisão guerreada merece reforma.

A antecipação dos efeitos da tutela somente é admitida caso os requisitos exigidos pela legislação pátria vigente sejam cumpridos. Vejamos o que dispõe o artigo 273 do Código de Processo Civil:

> Art. 273. "O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo **prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação** e:
>
> I - **haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação**; ou
>
> II - fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu". (Grifei)

Após análise detida dos autos, verifico estarem presentes todos os requisitos exigidos para a concessão da antecipação de tutela pleiteada pelo Agravante, quais sejam: ***a prova inequívoca** a convencer da **verossimilhança das alegações**, bem como, o **risco de dano irreparável ou de difícil reparação**.*

Com efeito, o Agravante alega desconhecer a origem da dívida que originou a negativação do seu nome, pois não contratou nem autorizou a contratação de serviços com a Agravada.

In casu, os documentos de fls. 22/23 (Consulta Cadastral) fazem provas de que o Agravante teve seu nome negativado pela Agravada em 10/09/2013, no valor de R$ 229,99 (duzentos e vinte e nove e noventa e nove centavos).

Ademais, tais documentos trazidos aos autos na inicial, datam de julho de 2015, ou seja, ano em que a ação foi proposta, o que denota, a princípio, que o Agravante promoveu a ação assim que tomou conhecimento da restrição do seu nome.

Assim, não há que se exigir do Agravante a produção de prova de fato negativo, já que em sua exordial afirma que não contratou serviços com a Agravada.

Destarte, **em sede perfunctória**, estão presentes os requisitos autorizadores para a concessão dos efeitos da tutela antecipada pretendida pelo Agravante, conforme se observa nos seguintes julgados deste Tribunal:

> **AGRAVO DE INSTRUMENTO - TUTELA ANTECIPADA. AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITO**. Operações constantes em cartão de crédito. **Exclusão ou não inclusão do nome em**

banco de dados de empresas de proteção ao crédito. Considerando ser possível proteger o direito aparente, bem ainda o fato de o ordenamento jurídico não exigir a demonstração de fato negativo e que a parte adversa não está impedida de exercer seu direito de acesso à justiça, é admissível antecipar tutela para determinar a exclusão ou a não inclusão do nome em bancos de dados de empresas de proteção ao crédito. Multa. Astreintes. Revogação ou redução do valor. A multa tem a finalidade de compelir à pratica de um ato ou sua abstenção e, por isso, não se justifica a revogação ou redução do seu valor, uma vez que o legislador não estipulou percentuais ou patamares que vinculasse o juiz. Recurso não provido. (TJSP; Agravo Regimental nº 0199495-79.2010.8.26.0000; 21ª Câmara de Direito Privado; Des. Rel. Itamar Gaino j. 30.6.2010) (Grifei)

AGRAVO DE INSTRUMENTO - TUTELA ANTECIPADA - REQUISITOS - AÇÃO DECLARATÓRIA INEXISTÊNCIA DE RELAÇÃO JURÍDICA E DE DÉBITO - Pedido de exclusão do nome do cadastro em órgãos de inadimplência - Deferimento, objeto do recurso - Admissibilidade - Danos irreparáveis e de difícil reparação - Presença dos requisitos necessários à concessão da tutela antecipada, especialmente a verossimilhança das alegações. MULTA DIÁRIA - Afastamento - Comando judicial que deve ser cumprido, sob pena de aplicação dos consectários cíveis e criminais. Recurso parcialmente provido. (TJSP; Agravo de Instrumento n. 0073045-57.2011.8.26.0000; 13ª Câmara de Direito Privado; Rel. Des. Heraldo de Oliveira; 13.07.2011) (Grifei)

Em suma, havendo verossimilhança quanto à alegação da inexistência da relação jurídica e do desconhecimento da origem da dívida, diante da prova carreada aos autos, **comporta acolhimento** o pedido de suspensão da inscrição dos dados cadastrais do Agravante perante os órgãos de proteção ao crédito com relação a dívida no valor de R$ 229,99 (duzentos e vinte e nove reais e noventa e nove centavos), diante do risco de dano irreparável ou de difícil reparação.

Some-se a isso o fato de que a pretensão antecipatória não é suscetível de causar a Agravada "lesão grave e de difícil reparação", pois a matéria aqui tratada está dotada, em tese, de reversibilidade até o encerramento da prestação jurisdicional.

Dizer mais seria acrescer folhas...

Ante o exposto, **dou provimento ao recurso, para conceder a antecipação de tutela pleiteada, determinando a suspensão da inscrição dos dados cadastrais do Agravante perante os órgãos de proteção ao crédito, com relação a dívida no valor de R$ 229,99 (duzentos e vinte e nove e noventa e nove centavos)**.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2016883-32.2016.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que são agravantes MÔNICA SMITH STRENGER e ADRIANA SMITH STRENGER, é agravada SIMONE GENGA PERES NAVEGA.

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 5210)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores DIMAS RUBENS FONSECA (Presidente sem voto), GILSON DELGADO MIRANDA e CELSO PIMENTEL.

São Paulo, 5 de abril de 2016.

CESAR LUIZ DE ALMEIDA, Relator

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO - EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL (LOCAÇÃO DE IMÓVEL) - INDEFERIMENTO DO PEDIDO DE DESCONSIDERAÇÃO INVERSA DA PERSONALIDADE JURÍDICA - MERO INADIMPLEMENTO E INEXISTÊNCIA DE BENS PENHORÁVEIS, POR SI SÓ, NÃO SÃO SUFICIENTES PARA O DEFERIMENTO DO PLEITO DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA - REQUISITOS DO ARTIGO 50, DO CC NÃO PREENCHIDOS - DECISÃO MANTIDA - RECURSO DESPROVIDO.

Acesso ao Sumário

VOTO

Cuida-se de recurso de agravo de instrumento interposto contra a decisão copiada a fls.19 que, nos autos da ação de execução de título extrajudicial (locação de imóvel), indeferiu o pedido de desconsideração inversa da personalidade jurídica da empresa Premiere Chocolates Indústria e Comércio Ltda., cuja sócia majoritária é a executada, ora agravada.

Os agravantes alegam que a agravada é sócia titular de 99% das cotas da empresa Premiere Chocolates Indústria e Comércio Ltda., regularmente estabelecida no mercado há mais de 12 anos e são claros os indícios de que

se utiliza da pessoa jurídica para prejudicar seus credores; que o sócio Michel Peres Navega é seu parente; que a sociedade em questão existe apenas no papel e sua criação mascara a unipessoalidade da referida empresa, constituindo um ente personalizado que limita sua responsabilidade como sócia.

Sustentam haver confusão patrimonial; que na condição de "dona" da sociedade a agravada deve movimentar as contas bancárias da empresa, onde certamente mantem todo o lucro advindo de seu negócio.

Requer o provimento do recurso para que seja desconsiderada a personalidade jurídica da empresa Premiere Chocolates Indústria e Comércio Ltda., a fim de que passe a integrar o polo passivo da demanda e seja deferida a constrição de seus bens.

Busca a reforma do "decisum".

Recurso regularmente processado sem pedido de efeito suspensivo (fls. 572).

Contraminuta fls.574/581.

Sem oposição ao julgamento virtual (fls.582).

É o relatório.

De início, deixo consignado que o recurso não comporta provimento.

Com efeito, a desconsideração da personalidade jurídica tem sido admitida, quando a sociedade for irregularmente encerrada com o objetivo de prejudicar credores, quando demonstrado o desvio de bens da pessoa jurídica para o patrimônio dos sócios ou de terceiros, a fim de que não sejam alcançados pela execução, ou ainda, quando a sociedade for utilizada pelos sócios como instrumento para a fraude e o abuso de direito.

Na hipótese, não se verifica a necessidade da desconsideração da pessoa jurídica, ao menos neste momento.

Não consta dos autos nenhum documento que permita constatar o preenchimento dos requisitos previstos no artigo 50, do Código Civil, como quer fazer crer os agravantes.

Como bem destacou o MM. Juízo "a quo" a fls. 19:

"(...) a alegação de que a pessoa física concentrou seus bens na sociedade (unipessoal de fato) se esvaiu com o resultado relativamente expressivo do bloqueio em conta pessoal. Portanto, que pese a argumentação da credora, não remanesce embasamento consistente para a medida". (*sic*)

O mero inadimplemento e a inexistência de bens penhoráveis, por si só, não são suficientes para o deferimento do pleito de desconsideração da personalidade jurídica.

Confira-se o entendimento do Superior Tribunal de Justiça acerca do tema:

Acesso ao Sumário

"PROCESSUAL CIVIL E CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE EXECUÇÃO DE TÍTULO JUDICIAL. INEXISTÊNCIA DE BENS DE PROPRIEDADE DA EMPRESA EXECUTADA. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. INVIABILIDADE. INCIDÊNCIA DO ART. 50 DO CC/02. APLICAÇÃO DA TEORIA MAIOR DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. - A mudança de endereço da empresa executada (inatividade) associada à inexistência de bens capazes de satisfazer o crédito pleiteado pelo exequente (insolvência) não constituem motivos suficientes para a desconsideração da sua personalidade jurídica. - A regra geral adotada no ordenamento jurídico brasileiro é aquela prevista no art. 50 do CC/02, que consagra a Teoria Maior da Desconsideração, tanto na sua vertente subjetiva quanto na objetiva. - Salvo em situações excepcionais previstas em leis especiais, somente é possível a desconsideração da personalidade jurídica quando verificado o desvio de finalidade (Teoria Maior Subjetiva da Desconsideração), caracterizado pelo ato intencional dos sócios de fraudar terceiros com o uso abusivo da personalidade jurídica, ou quando evidenciada a confusão patrimonial (Teoria Maior Objetiva da Desconsideração), demonstrada pela inexistência, no campo dos fatos, de separação entre o patrimônio da pessoa jurídica e os de seus sócios. Recurso especial provido para afastar a desconsideração da personalidade jurídica da recorrente" (REsp nº 970.635/SP, Minª. Relª. Nancy Andrighi, Terceira Turma, j. em 10.11.2009). (*sic)*

No mesmo sentido já decidiu esta C. 28ª Câmara de Direito Privado:

Apelação nº 0000529-28.2009.8.26.0091

Relator GILSON DELGADO MIRANDA

EMBARGOS DE TERCEIRO. Desconsideração da personalidade jurídica. Indenização decorrente de ilícito civil. Aplicação do artigo 50 do Código Civil. Ausência de bens penhoráveis é insuficiente para caracterização do desvio de finalidade ou confusão patrimonial. A desconsideração da personalidade jurídica só deve ocorrer quando identificada a prática de ato irregular e, limitadamente, aos administradores ou sócios que nela hajam incorrido, conforme Enunciado 7 da I Jornada de Direito Civil do CJF. Recurso provido. (j. 07/04/2015, v.u.) (*sic)*

Agravo de Instrumento nº 2160580-48.2015.8.26.0000

Relator: DIMAS RUBENS FONSECA

AÇÃO INDENIZATÓRIA. Pedido com julgamento de procedência.

Acesso ao Sumário

Fase de cumprimento de sentença. Diligências para a localização de bens em nome da agravada que não obtiveram êxito. Desconsideração da personalidade jurídica. Impossibilidade ante a ausência dos requisitos legais. Compreensão do art. 50 do CC. Recurso desprovido. (j. 25/08/2015 v.u.) ***(sic)***

Portanto, deve ser mantido o indeferimento da desconsideração da personalidade jurídica da empresa da executada, uma vez que não preenchidos os requisitos previstos no artigo 50, do Código Civil.

Ante o exposto, pelo meu voto, **NEGO PROVIMENTO** ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2017513-88.2016.8.26.0000, da Comarca de Santos, em que é agravante AMPEX BRASIL EMPREENDIMENTOS COMERCIAIS, INDUSTRIALIZAÇÃO E PARTICIPAÇÕES LTDA. (EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL), é agravado TICSA CARGO TRANSPORTE INTERNACIONAL CONSOLIDADE Y MARITIMO DE CARGA GONDRAND 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 8975)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores JOÃO PAZINE NETO (Presidente) e SERGIO GOMES.

São Paulo, 5 de abril de 2016

PEDRO KODAMA, Relator

EMENTA: Agravo de instrumento. Ação de cobrança em fase de cumprimento de sentença. Penhora *on line* das contas da executada/agravante. Admissibilidade. Crédito constituído posteriormente ao pedido de recuperação judicial. Decisão mantida. Recurso improvido.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de agravo de instrumento interposto contra a decisão copiada a fls. 91, que em ação de cobrança em fase de cumprimento de sentença, deferiu o pedido da exequente, ora agravada, formulado na petição de fls. 57/58 (dos autos

originários, fls. 75/77 destes autos), de penhora online das contas da executada, ora agravante, sob o fundamento de que a recuperação judicial da devedora, não noticiada por ela nos autos principais, foi decretada em 04.02.2014 e o crédito objeto dos autos foi constituído com a sentença prolatada nos autos principais em 05.08.2015.

Sustenta a agravante, em síntese, que foi condenada ao pagamento à agravada do valor de R$ 38.360,40, tendo recorrido desta decisão, estando pendente decisão em recurso especial. Menciona que a agravada promoveu o cumprimento provisório da sentença pelo valor atualizado de R$ 49.671,14. Diz que foi intimada a efetuar o pagamento no prazo de 15 dias, sob pena de penhora, porém, compareceu neste prazo perante o Juízo para informar que se encontra em processo de recuperação judicial em trâmite na Comarca de Itajaí, Estado de Santa Catarina. Informa que está cumprindo com as obrigações assumidas no Plano de recuperação aprovado pelos seus credores, de maneira que o crédito da agravada, representado na aludida sentença condenatória, bem assim qualquer questão que envolva a possibilidade de constrição do seu patrimônio, deve ser analisado pelo Juízo universal da recuperação judicial, sob pena de se inviabilizar a tentativa de soerguimento da empresa. Destaca que a decisão agravada determinou o bloqueio das suas contas bancárias, obtendo êxito na constrição da quantia de R$ 16.498,15. Enfatiza que de nada importa que o crédito detido pela agravada seja tido por extraconcursal, pois ainda que o seja, não está a empresa recorrida autorizada a causar a derrocada da empresa recuperanda, cabendo apenas ao Juízo da recuperação decidir, ao tempo do pedido, qual seria a possibilidade de destinação de bens para a satisfação do referido crédito. Requer a reforma da decisão interlocutória a fim de que se determine que o pagamento do crédito da agravada e quaisquer atos de constrição (inclusive o levantamento dos valores já penhorados nos autos originários) sejam submetidos ao crivo do Juízo responsável pela condução do processo de recuperação judicial. Pleiteia o efeito suspensivo ao recurso.

Recurso instruído com as peças obrigatórias e processado sem o efeito suspensivo.

A agravada ofereceu resposta (fls. 109/114).

É o relatório.

Versa a ação sobre cobrança em fase de cumprimento de sentença.

A r. decisão recorrida deve ser mantida por seus próprios e jurídicos fundamentos, os quais ficam adotados como razão de decidir pelo não provimento do recurso, nos termos do art. 252 do Regimento Interno deste Egrégio Tribunal de Justiça que dispõe: *"Nos recursos em geral, o relator poderá limitar-se a ratificar os fundamentos da decisão recorrida, quando, suficientemente motivada, houver de mantê-la"*.

Acesso ao Sumário

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

Cabe, contudo, acrescentar ao *decisum* algumas considerações.

O crédito objeto da execução provisória em fase de cumprimento da sentença nos autos originários foi constituído com a sentença proferida em 05.08.2015 (fls. 22/23) a qual foi mantida pelo acórdão proferido em 20.10.2015 (fls. 24/30), alvo de recurso especial ainda não julgado, consoante informado pela agravante.

O pedido de recuperação da empresa agravante ocorreu em 13.01.2014 (fls. 46), sendo homologado em 04.02.2014 (fls. 69).

Ocorre que o artigo 49 da Lei 11.101/05 (Lei de Falência) dispõe que:

"Estão sujeitos à recuperação judicial todos os créditos existentes na data do pedido, ainda que não vencidos".

Por conseguinte, verifica-se que o crédito executado é posterior ao pedido de recuperação judicial, não podendo, assim, ser a esta submetida. Neste sentido decide o E. Superior Tribunal de Justiça:

"AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO (ART. 544 DO CPC) - EMBARGOS À EXECUÇÃO - CRÉDITO CONSTITUÍDO APÓS O DEFERIMENTO DO PROCESSAMENTO DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL - NÃO SUBMISSÃO AO PLANO - RECURSO ESPECIAL NÃO ADMITIDO NA ORIGEM - DECISÃO MONOCRÁTICA QUE NEGOU PROVIMENTO AO RECLAMO. INSURGÊNCIA DA EXECUTADA.

1. De acordo com o art. 49 da Lei nº 11.101/2005, apenas os créditos existentes na data do pedido estão sujeitos à recuperação judicial. Assim, créditos posteriores ao pleito recuperacional não se submetem aos seus efeitos. Precedentes.

2. A agravante não impugnou, de forma específica e detalhada, os fundamentos da decisão agravada, limitando-se a repetir o teor do seu apelo nobre. Incide ao caso, pois, o enunciado nº 182 da Súmula do STJ: 'é inviável o agravo de art. 545 do CPC que deixa de atacar especificamente os fundamentos da decisão agravada'.

3. Agravo regimental desprovido. (AgRg no AREsp 468895/MG, 4ª Turma, Ministro MARCO BUZZI, j. em 06.11.2014)".

Acesso ao Sumário

E ainda este E. Tribunal de Justiça:

"Ação de cobrança. Exceção de incompetência visando deslocar o feito para o juízo da recuperação judicial. Indeferimento liminar. Créditos extraconcursais. Não existe juízo universal, com vis atractiva, na recuperação judicial para os créditos posteriores ao pedido de recuperação judicial. Tratando-se de ação de cobrança, não se há falar em suspensão do processo nem em prevenção do juízo da recuperação judicial. Nítida pretensão de provocar indevida suspensão do feito. Litigância de má-fé caracterizada. Imposição de multa. RECURSO DESPROVIDO. (Agravo de Instrumento nº 0152929-38.2011.8.26.0000, 23ª Câmara de Direito Privado, Relator SÉRGIO SHIMURA, j. em 14.03.2012)".

Desta forma, o crédito executado não guarda relação com os créditos sujeitos ao plano de recuperação judicial, não estando a agravante nas mesmas condições fáticas dos demais credores a ele sujeitos.

Destarte, a manutenção da r. decisão é medida de rigor.

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

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2231234-60.2015.8.26.0000, da Comarca de Santos, em que é agravante ELCIO MARTINS DA QUINTA, é agravado MARAMAR VEÍCULOS LTDA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 35ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso, por maioria, vencido o Relator Sorteado, que declara", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 12789)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores FLAVIO ABRAMOVICI, vencedor, MORAIS PUCCI, vencido, ARTUR MARQUES (Presidente).

São Paulo, 5 de abril de 2016.

FLAVIO ABRAMOVICI, Relator Designado

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO - PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS - DANOS MATERIAIS E MORAIS - Decisão agravada que sustou a inversão do ônus da prova, recaindo o ônus sobre o Autor - Ausência de verossimilhança dos fatos alegados e

Acesso ao Sumário

hipossuficiência para comprovação - Não infirmada a correção da decisão agravada - RECURSO DO AUTOR IMPROVIDO.

VOTO

Transcrevo o relatório do voto elaborado pelo Relator Sorteado Des. Morais Pucci:

"Versam estes autos sobre agravo de instrumento interposto contra a r. decisão de f. 25 que, nos autos de ação indenizatória por danos materiais e morais (f. 01/20), movida por ELCIO MARTINS DA QUINTA, agravante, em relação a MARAMAR VEÍCULOS LTDA., ora agravada, que reconsiderou o saneador para sustar a inversão do ônus da prova, a fim de que a incumbência de provar a quebra do motor durante sua desmontagem, recaia sobre o autor, e não a ré.

Alegou o autor, agravante, em síntese, que a decisão agravada é equivocada porque estão presentes os requisitos autorizadores da inversão do ônus da prova, por se tratar de relação de consumo na qual é hipossuficiente e há verossimilhança em suas alegações de que foi a ré quem danificou o motor do seu veículo.

Requereu a concessão de efeito suspensivo e ativo ao agravo e, no mérito, a reforma da decisão agravada.

O agravo é tempestivo ante (f. 25/26 e 31) e foi preparado (f. 33).

Concedi efeito suspensivo ao recurso (f. 124). Ausente a contraminuta (f. 126)."

É o relatório.

As alegações do Autor não são verossímeis e não há hipossuficiência para a comprovação dos fatos que alega (o desconhecimento acerca da forma de funcionamento do motor não implica na hipossuficiência descrita no artigo 5º, inciso VIII, da Lei número 8.078/90), notando-se, por oportuno, que o Autor já retirou o veículo da concessionária, o que pode indicar que já utilizou o bem ou efetuou reparos em oficina diversa.

Dessa forma, não infirmada a correção da decisão agravada, que é mantida.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso.

DECLARAÇÃO DE VOTO VENCIDO

(Voto nº 13334)

Acesso ao Sumário

Ementa: Agravo de instrumento. Ação indenizatória por danos materiais e morais. Decisão agravada que reconsiderou o saneador para sustar a inversão do ônus da prova, a fim de que a incumbência de provar a quebra do motor durante sua desmontagem, recaísse sobre o autor, e não a ré. Insurgência.

Verificação da presença dos requisitos autorizadores da manutenção da inversão do ônus da prova, quais sejam, a verossimilhança da alegação do consumidor e sua hipossuficiência (art. 6°, inc. VIII, do CDC). Decisão agravada reformada a fim de ser mantida a inversão do ônus da prova.

Agravo provido.

Versam estes autos sobre agravo de instrumento interposto contra a r. decisão de f. 25 que, nos autos de ação indenizatória por danos materiais e morais (f. 01/20), movida por **ELCIO MARTINS DA QUINTA**, agravante, em relação a **MARAMAR VEÍCULOS LTDA.**, ora agravada, que reconsiderou o saneador para sustar a inversão do ônus da prova, a fim de que a incumbência de provar a quebra do motor durante sua desmontagem, recaia sobre o autor, e não a ré.

Alegou o autor, agravante, em síntese, que a decisão agravada é equivocada porque estão presentes os requisitos autorizadores da inversão do ônus da prova, por se tratar de relação de consumo na qual é hipossuficiente e há verossimilhança em suas alegações de que foi a ré quem danificou o motor do seu veículo.

Requereu a concessão de efeito suspensivo e ativo ao agravo e, no mérito, a reforma da decisão agravada.

O agravo é tempestivo ante (f. 25/26 e 31) e foi preparado (f. 33).

Concedi efeito suspensivo ao recurso (f. 124).

Ausente a contraminuta (f. 126).

É o relatório.

Alegou o agravante, em resumo, que: (a) em 15 de junho de 2006, adquiriu o veículo Honda Fit, placa DTZ2252, ano 2006, em perfeito estado, o que, aliás, está comprovado pelo laudo de vistoria feita junto à seguradora, para fins de contratação; (b) sempre fez as manutenções preventivas do veículo na concessionária ré; (c) em 17 de outubro de 2012, deixou o veículo na filial da concessionária ré, no Guarujá, em razão de uma trepidação do cambio automático e, em inspeção preliminar, o mecânico da ré lhe afirmou que se trataria de problema na transmissão do câmbio e boia da gasolina; (c) ao comparecer à

Acesso ao Sumário

concessionária ré, no Guarujá, para retirar o veículo foi surpreendido com a notícia de que ele tinha sido levado, de guincho, à concessionária de Santos, pois seu motor tinha fundido, o que, segundo o funcionário da ré, Robson, teria ocorrido em razão de algum reparo feito em outra concessionária, com serviços de qualidade duvidosa, que teria utilizado cola extremamente corrosiva e não ajustado corretamente o parafuso da biela; (d) esteve diversas vezes na loja de Santos para vistoriar e retirar o veículo, o que lhe foi negado, sob o argumento de serem necessárias a realização de algumas análises; (e) em 23 de outubro de 2012, sua esposa esteve na concessionária ré, acompanhada da sua corretora de seguros, e a concessionária ré lhes informou que os danos no veículo provavelmente foram ocasionados por algum reparo mal feito e que concederia um bom desconto para reparar o veículo; (f) em 30 de outubro de 2012, sua esposa esteve na concessionária acompanhada de outro mecânico, e se deparou com o motor do automóvel aberto e fora do veículo e, diante disso, no dia seguinte, 31 de outubro de 2012, retirou o veículo da concessionária ré; (g) soube que a ré encaminhou o motor, desmontado, de seu veículo a uma retífica, tendo, pois, gasto R$ 7.795,00, nos reparos providenciados pela ré e R$ 3.404,00, pelas peças compradas na retífica; (f) ficou privado do uso do automóvel por quase dois meses (f. 34/48).

Persegue, por isso, a condenação da concessionária ré no pagamento de indenização por danos materiais, no valor de R$ 18.464,75, e morais.

No saneador, a juíza de primeiro grau, afastou as preliminares, fixou os pontos controvertidos nomeou perito e, ante aplicação do CDC e a presença da hipossuficiência e verossimilhança das alegações do autor, determinou a inversão do ônus da prova e do custeio da produção da perícia (f. 109 e 49/51).

Na sequência, sobreveio a decisão agravada, na qual o juízo "a quo", entendendo que a conduta imputada pelo autor à concessionária ré refugia à previsibilidade e do risco do negócio abrangido pela responsabilidade objetiva a ela imposta pelo CDC, revisou a decisão anterior e sustou a inversão do ônus da prova, a fim de que o autor provasse que foi a ré quem quebrou o motor do seu carro durante sua desmontagem (f. 25).

Sustenta o agravante que a inversão do ônus da prova, determinada no saneador, não poderia ter sido sustada, a fim de que recaísse sobre si a incumbência de provar que a fundição do motor ocorreu por responsabilidade da ré, pois é hipossuficiente e suas alegações são verossímeis.

Com razão o autor.

O art. 6°, inc. VIII, do CDC, permite a inversão do ônus da prova quando a alegação, a critério do juiz, for verossímil ou for o consumidor hipossuficiente, sendo tais requisitos alternativos e não cumulativos, conforme demonstram os seguintes julgados:

Acesso ao Sumário

PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS (segurança e medicina ocupacional) - AÇÃO DECLARATÓRIA DE NULIDADE DE TÍTULO - Apelação bem preparada - Motivação suficiente para fundar a sentença - Saque de duplicata amparada em efetiva prestação de serviços - Distrato não demonstrado, mercê da regra de julgamento do ônus da prova (CPC, art. 333, inc. I) - A inversão do ônus da prova, à luz do Código de Defesa do Consumidor, não é automática, dependendo da configuração de um dos requisitos alternativos - Agravo retido não conhecido, preliminares rejeitadas e apelo não provido. (Apelação n° 0332212-89.2009.8.26.0000, Comarca: Guariba, Órgão julgador: 25ª Câmara de Direito Privado, Relator(a): Antônio Benedito Ribeiro Pinto, Data do julgamento: 25/05/2011).

DANO MORAL - Hipótese em que a autora alega não ter sido responsável por diversos saques realizados em sua caderneta de poupança - Caracterizada pelo menos a hipossuficiência, que é técnica e não econômica, o ônus da prova deve ser invertido, a teor do artigo 6°, VIII, do CDC - Os requisitos da inversão são alternativos, não cumulativos - Recurso provido em parte, para anular a sentença de improcedência, determinando-se a inversão do ônus da prova. (Apelação n° 0014139-23.2007.8.26.0127, Comarca: Carapicuíba, Órgão julgador: 18ª Câmara de Direito Privado, Relator(a): Rubens Cury, Data do julgamento: 18/01/2011).

AGRAVO DE INSTRUMENTO - AÇÃO REVISIONAL DE CLÁUSULAS CONTRATUAIS COM PEDIDO LIMINAR - EXCLUSÃO DOS DADOS CADASTRAIS DO AGRAVANTE DOS ÓRGÃOS DE PROTEÇÃO AO CRÉDITO - PRESTAÇÃO DE CAUÇÃO - ADMISSIBILIDADE. No presente caso foram atendidos os critérios legais e os requisitos firmados pela jurisprudência. Presença de plausibilidade do direito invocado e da verossimilhança das alegações (Art. 273, do Código de Processo Civil). - Precedentes do STJ. - DECISÃO REFORMADA - RECURSO PROVIDO. AGRAVO DE INSTRUMENTO - AÇÃO REVISIONAL DE CLÁUSULAS CONTRATUAIS COM PEDIDO LIMINAR - INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. O artigo 6º, inciso VIII do Código de Defesa do Consumidor prevê como requisitos para a inversão do ônus da prova a verossimilhança da alegação ou a hipossuficiência do consumidor. Mesmo sendo requisitos alternativos, verifico que no caso sub judice ambos estão presentes sendo de rigor a inversão pleiteada. DECISÃO REFORMADA. RECURSO PROVIDO (Agravo de Instrumento n° 9000242-88.2009.8.26.0000, Comarca: Ribeirão Preto, Órgão julgador: 37ª Câmara de Direito Privado, Relator(a): Eduardo Siqueira, Data do julgamento: 03/02/2010).

No presente caso, todavia, ambos os requisitos autorizadores da inversão do ônus probatórios se verificam.

O agravante é hipossuficiente porque não possui conhecimentos técnicos referentes ao serviço prestado pela concessionária ré, o que o coloca em

Acesso ao Sumário

manifesta desvantagem em relação à agravada.

Nesse sentido menciono os seguintes precedentes desta Corte:

0004393-63.2003.8.26.0001 Apelação

Relator(a): Heraldo de Oliveira

Comarca: São Paulo

Órgão julgador: 13ª Câmara de Direito Privado

Data do julgamento: 28/03/2012

AÇÃO DECLARATÓRIA DE NULIDADE DE TÍTULO E AÇÃO CAUTELAR DE SUSTAÇÃO DE PROTESTO - Cheque – Sustação- Protesto - Contrato de prestação de serviço - Revisão e manutenção de veículo automotor em concessionária - Relação de consumo - Hipossuficiência técnica da consumidora para prova do contrário (prova negativa) - Ônus probante que, na hipótese, incumbe aos fornecedores - Não demonstração de que os serviços foram efetivamente prestados - Ausência de demonstração pelo polo passivo no tocante a fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito da autora - Sentença mantida - Recurso não provido.

0007619-79.2003.8.26.0000 Agravo de Instrumento / Constrição / Penhora / Avaliação / Indisponibilidade de Bens Visualizar Inteiro Teor Inteiro Teor Dados sem formatação Dados sem formatação

Relator(a): Rizzatto Nunes

Órgão julgador: 4ª Câmara (Extinto 1° TAC)

Data do julgamento: 12/03/2003

[...] PROVA - ÔNUS - Reparação de danos materiais e morais - Aquisição de veículo novo que veio a apresentar vícios/defeitos - Relação de consumo - Hipossuficiência técnica do consumidor-autor caracterizada - Demonstração das irregularidades no automóvel de responsabilidade das rés, que detém os conhecimentos técnicos e informativos de fornecimento do produto/serviço questionado - Inversão do ônus processual e econômico mantida - Artigo 6°, VIM, do CDC - Agravo desprovido.

Por outra via, a verossimilhança da alegação do agravante se deve ao fato de o motor do veículo, a princípio, ter fundido enquanto estava na posse da concessionária ré.

Segundo suas alegações, a ré teria justificado a fundição do motor em razão de eventual reparo anterior, feito em oficina não autorizada com serviços de pouca qualidade.

Ademais, desde a inicial, o autor afirmou não ter autorizado a desmontagem do motor do seu veículo.

Destarte, deve ser mantida a inversão do ônus da prova a fim de que incumba à concessionária ré provar que a fundição do motor do veículo ocorreu por reparos feitos fora de seu estabelecimento, e não por sua responsabilidade.

Acesso ao Sumário

Dou, pois, provimento ao agravo.

MORAIS PUCCI, Desembargador, Relator sorteado vencido

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2033380-24.2016.8.26.0000, da Comarca de São José do Rio Preto, em que é agravante JULIANA JUSTI ESTEVAM, é agravado SAMSUNG ELETRÔNICA DA AMAZÔNIA 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 13852)**

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

São Paulo, 6 de abril de 2016.

MORAIS PUCCI, Relator

Ementa: Agravo de instrumento - Ação indenizatória. Não obstante a presunção de veracidade da condição de pobreza do requerente da assistência judiciária, pode o magistrado determinar, de ofício, que ele preste informações sobre sua renda, seu patrimônio, seus gastos mensais para aferir se faz ele, ou não, jus aos benefícios da assistência judiciária. Decisão agravada que, sem exigir tais informações, indeferiu à autora os benefícios da assistência judiciária. Insurgência. Agravo parcialmente provido para ser examinado o requerimento de assistência judiciária após a apresentação, pela autora, no juízo *a quo*, de informações sobre seu patrimônio, sua renda e despesas, podendo juntar cópia de sua última declaração do imposto de renda. Agravo parcialmente provido.

VOTO

Versam os autos sobre agravo de instrumento interposto contra a r. decisão (f. 11) proferida nos autos da ação indenizatória por danos morais e

Acesso ao Sumário

materiais, movida por **JULIANA JUSTI ESTEVAM**, em relação a **SAMSUNG ELETRÔNICA DA AMAZÔNIA LTDA**., que não concedeu a assistência judiciária à autora.

Inconformada, a autora requereu a concessão do efeito suspensivo a este recurso e, no mérito, a reforma da decisão agravada para lhe serem concedidos os benefícios da justiça gratuita.

O agravo é tempestivo e não foi preparado porque a agravante pleiteia a concessão da assistência judiciária.

É o relatório.

Na inicial, a autora afirmou ser pobre para fins de obtenção dos benefícios da assistência judiciária previstos na Lei 1.060/50, firmando declaração nesse sentido (f. 09).

O ilustre magistrado indeferiu a gratuidade judiciária à agravante porque ela é profissional liberal (advogada) e reside em bairro nobre da cidade de São José do Rio Preto (f. 11).

Ex vi do art. 4º, §1º, da Lei 1.060/50, a declaração de pobreza da autora goza de presunção relativa de veracidade, sendo apta a embasar a concessão da gratuidade judiciária.

Não obstante a presunção de veracidade da condição de pobreza do requerente da assistência judiciária, pode o magistrado determinar, de ofício, que ele preste informações sobre sua renda, seu patrimônio, seus gastos mensais para aferir se faz ele, ou não, jus aos benefícios da assistência judiciária.

A autora alega neste agravo que a casa em que reside é de seus pais, pois não possui condições de comprar ou alugar um imóvel para morar, e que sua renda mensal não é suficiente para que arque com as custas e despesas processuais sem prejuízo de seu sustento.

Deveria, pois, o ilustre magistrado, suspeitando da declaração de pobreza, ter assinado prazo para que a autora informasse os bens que compõem seu patrimônio, com destaque aos imóveis, automóveis e aplicações financeiras, sua renda e seus gastos mensais, mencionando seus dependentes, para, após, se prestadas tais informações, apreciar o pedido de assistência judiciária, indeferindo-o se elas não fossem prestadas.

Tais informações podem ser verificadas mediante a apresentação de cópia da última declaração do imposto de renda da autora.

Dou, pois, parcial provimento ao agravo para que a agravante apresente, no juízo *a quo*, no prazo a ser fixado pelo magistrado, informações mais detalhadas sobre seu patrimônio, renda e despesas, podendo juntar cópia de sua última declaração do imposto de renda.

Agravo parcialmente provido.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2043194-60.2016.8.26.0000, da Comarca de Dracena, em que é agravante BANCO SANTANDER BRASIL S.A., é agravado GUILHERME RODRIGUES DA SILVA (NÃO CITADO).

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 19.188)**

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

São Paulo, 6 de abril de 2016.

WALTER CESAR EXNER, Relator

Ementa: Alienação fiduciária. Bem móvel. Ação de busca e apreensão. Comprovação da mora. Notificação extrajudicial no endereço constante do contrato. Suficiência. Mudança de endereço do devedor. Irrelevância. Dever de manter seu endereço atualizado junto ao credor. Decisão reformada. Recurso provido.

VOTO

Vistos.

Trata-se de agravo de instrumento interposto contra a respeitável decisão de fls. 61, que, nos autos de busca e apreensão de bem alienado fiduciariamente, determinou que o requerente, no prazo de 10 dias, regularizasse o ato de comprovação da mora, sob pena de indeferimento da inicial.

Irresignado, agrava o réu alegando, em suma, que a notificação juntada aos autos preenche todas as exigências para constituir o devedor em mora, visto que foi entregue no endereço por ele indicado no contrato, o qual não diligenciou no sentido de atualizar o seu endereço junto ao cadastro. Requer o prequestionamento da matéria abordada e, ao final, a reforma da decisão com o deferimento da medida liminar de busca e apreensão.

O recurso foi encaminhado diretamente para julgamento ante a ausência de citação da parte contrária.

É o relatório.

Acesso ao Sumário

O recurso comporta provimento.

Com efeito, verifica-se dos autos que, diante do inadimplemento do débito garantido pelo contrato de alienação fiduciária de fls. 33/42, foi expedida notificação extrajudicial à agravante por meio de Cartório de Títulos e Documentos (fls. 45), encaminhada ao endereço constante do contrato e devolvida sob justificativa de que o destinatário havia se mudado (fls. 46).

Ocorre que a notícia de mudança de endereço não desconfigura a comprovação da mora, pois, "*havendo a credora remetido a notificação para o endereço constante do contrato e ainda que não fosse localizado o devedor por motivo de mudança, sem qualquer aviso à fiduciária, tem-se por eficaz a comunicação*" (Agravo de Instrumento n° 843.968-0/0, Relator Kioitsi Chicuta, então juiz do extinto 2° Tribunal de Alçada Civil).

A notificação, portanto, nada tem de irregular, haja vista que sua entrega apenas restou prejudicada porque o réu se mudou sem informar ao credor fiduciário seu novo endereço, ônus que lhe incumbia única e exclusivamente.

Destarte, respeitado o entendimento do d. magistrado de primeiro grau, a notificação constante dos autos é válida para fins de comprovação da mora, motivo pelo qual a r. decisão deve ser reformada a fim de que o feito seja regularmente processado.

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

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2041825-31.2016.8.26.0000, da Comarca de São Bernardo do Campo, em que é agravante DOROTEIA GERALDA NETO, é agravado BANCO FIAT S/A.

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 15289)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores MILTON CARVALHO (Presidente), JAYME QUEIROZ LOPES e ARANTES THEODORO.

São Paulo, 7 de abril de 2016.

MILTON CARVALHO, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO. Alienação fiduciária. Busca e apreensão. Liminar deferida.

Ausência de comprovação da constituição em mora da requerida. Envio de telegrama no endereço declinado no contrato. AR negativo. Motivo de ausência em três tentativas. Notificação irregular. Necessidade da demonstração da efetiva entrega da carta notificatória no endereço do devedor, ainda que para terceiro. Precedentes da jurisprudência. Recurso provido.

VOTO

Trata-se de agravo de instrumento tirado da respeitável decisão digitalizada às fls. 71 que, em ação de busca e apreensão, deferiu a liminar pleiteada.

Sustenta a agravante, em síntese, que não foi devidamente constituída em mora; que ajuizou ação revisional, em que reconhecido crédito em seu favor; que imperiosa a reunião dos feitos; e que não estão presentes os requisitos ensejadores da medida de urgência. Requer seja deferida a liminar pleiteada e reformada a decisão.

Foi deferida a liminar pleiteada (fls. 106/107).

Houve resposta (fls. 111/120).

É o que importa ser relatado.

O recurso comporta provimento.

O agravado afirma que a agravante inadimpliu contrato garantido por alienação fiduciária, razão pela qual ajuizou ação de busca e apreensão.

A liminar foi deferida e o veículo foi apreendido, sobrevindo o presente inconformismo, que merece prosperar.

Isso porque a agravada comprovou o envio de telegrama para o endereço declinado no instrumento contratual (fls. 57/60), mas que, depois de três tentativas, foi devolvido, por motivo de ausência (fls. 52/53).

Diante disso, em sede de cognição sumária, não se afigura válida a constituição de mora, conforme entendimento deste Egrégio Tribunal:

RECURSO - AGRAVO DE INSTRUMENTO - ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA - BUSCA E APREENSÃO. Comprovação da mora. ***Necessidade da demonstração da efetiva entrega da carta notificatória no endereço do devedor, ainda que para terceiro. Ineficácia da notificação encaminhada ao endereço do devedor mas não recebida, dada sua ausência****. Decisão mantida. Recurso de agravo não provido*. **(TJSP, Agravo de Instrumento nº 2213888-96.2015.8.26.0000, Rel. Marcondes D'Angelo, 25ª Câmara de Direito Privado, j. 29/10/2015)** (realces não originais).

AGRAVO DE INSTRUMENTO. Ação de Busca e Apreensão. Determinação de comprovação da mora. Inconformismo da Financeira agravante

Acesso ao Sumário

deduzido no Recurso. REJEIÇÃO. ***Necessidade de comprovação da mora por meio de notificação recebida no endereço informado pelo devedor no ato da contratação. Documento do Correio que indica apenas a ausência do morador no momento da tentativa de entrega. Mora não configurada****. Decisão mantida. RECURSO NÃO PROVIDO.* **(TJSP, Agravo de Instrumento nº 2211510-70.2015.8.26.0000, Rel. Daise Fajardo Nogueira Jacot, 27ª Câmara de Direito Privado, j. 27/10/2015)** (realces não originais).

AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO - Alienação fiduciária - ***Reunião de notificação remetida ao devedor, conforme endereço declarado por ele no contrato, mas com certidão pela ausência - Constituição em mora não verificada*** *- Determinação de emenda da petição inicial - Intimação por Diário Oficial na pessoa do advogado suficiente - Inércia - Sentença de extinção mantida. Apelação não provida.* **(TJSP, Agravo de Instrumento nº 1001501-13.2015.8.26.0077, Rel. Sá Moreira de Oliveira, 33ª Câmara de Direito Privado, j. 19/10/2015)** (realces não originais).

AGRAVO DE INSTRUMENTO - AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO - Decisão que indefere medida liminar, porquanto não comprovada a constituição em mora da demandada - ***A notificação extrajudicial enviada para o endereço contido no contrato firmado entre as partes não é suficiente para a comprovação da mora - Necessidade de efetiva entrega no endereço, ainda que para terceiro*** *- Ausência de requisito necessário à concessão da tutela de urgência - Manutenção do entendimento adotado em Primeiro Grau - Negado provimento.* **(TJSP, Agravo de Instrumento nº 2167579-17.2015.8.26.0000, Rel. Hugo Crepaldi, 25ª Câmara de Direito Privado, j. 03/09/2015)** (realces não originais).

Alienação fiduciária. Busca e apreensão. ***Notificação expedida para endereço constante do contrato. Ausência de AR (aviso de recebimento). Notificação irregular****. Recurso desprovido.* **(TJSP, Agravo de Instrumento nº 2114119-18.2015.8.26.0000, Rel. Pedro Baccarat, 36ª Câmara de Direito Privado, j. 25/06/2015)** (realces não originais).

ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA - BUSCA E APREENSÃO - INDEFERIMENTO DA INICIAL EM RAZÃO DA AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DA MORA - NOTIFICAÇÃO EXTRAJUDICIAL QUE, REMETIDA AO ENDEREÇO DA RÉ CONSTANTE DO CONTRATO, FOI DEVOLVIDA PELO MOTIVO "AUSENTE" - MORA QUE NÃO FOI COMPROVADA - PRESSUPOSTO ESSENCIAL PARA O PROCESSAMENTO DA AÇÃO *- APELANTE QUE, EM SEU RECURSO, NÃO SE INSURGE CONTRA A AUSÊNCIA*

Acesso ao Sumário

DE PRAZO PARA QUE SUPRISSE A FALTA INDEFERIMENTO DA INICIAL QUE FICA MANTIDO. Apelação improvida. **(TJSP, Apelação nº 0011947-89.2012.8.26.0597, Rel. Jayme Queiroz Lopes, 36ª Câmara de Direito Privado, j. 07/11/2013)** (realces não originais).

Com efeito, embora enviada para o endereço correto, porque a notificação não foi recebida, sequer por terceiro, não pode ser reconhecida a regularidade da constituição em mora, razão pela qual a decisão agravada deve ser reformada.

As demais questões ainda não foram submetidas ao Juízo da causa, o que impede a sua análise nesta oportunidade, sob pena de supressão de grau de jurisdição.

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

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2043579-08.2016.8.26.0000, da Comarca de Santo André, em que é agravante ENTREGADORA E TRANSPORTADORA XV DE NOVEMBRO LTDA., é agravado SAX SLAVIC AUDITORES INDEPENDENTES SOCIEDADE SIMPLES.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 28ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento em parte ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 26.251)**

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

São Paulo, 7 de abril de 2016.

CESAR LACERDA, Relator

Ementa: Agravo de instrumento. Prestação de serviço de contabilidade. Embargos à execução. Pedido de concessão de efeito suspensivo. Indeferimento. Ausentes os requisitos autorizadores para a atribuição do efeito suspensivo, de rigor seu indeferimento. Exegese do art. 739-A, do CPC.

Assistência Judiciária. Pessoa Jurídica. É admissível a concessão da benesse à pessoa jurídica, desde que comprovada a impossibilidade de arcar com

Acesso ao Sumário

os encargos do processo. Diante da demonstração da excepcionalidade exigida deve ser concedida a gratuidade pretendida.

Recurso parcialmente provido.

VOTO

Trata-se de agravo de instrumento contra a respeitável decisão de fls. 84, proferida em embargos à execução opostos por Entregadora e Transportadora XV de Novembro Ltda., nos autos da ação de execução de título extrajudicial que lhe move SAX Slavic Auditores Independentes Sociedade Simples, que recebeu os embargos, sem efeito suspensivo, indeferiu a gratuidade processual e concedeu o recolhimento da taxa judiciária para depois da satisfação da execução.

Sustenta a agravante, em síntese, a existência de dano irreparável, isso porque o título executivo que embasa a demanda está eivado de nulidades, tendo em vista que a assinatura da testemunha é "suspeita", invalidando-o. Assevera que foi compelida a confessar débito inexistente. Pugna pelo deferimento da assistência judiciária gratuita, pois tem inúmeras dívidas trabalhistas e cíveis, além disso, toda frota de veículos foi penhorada e com restritivo de circulação, impedindo-a de faturar.

Indeferido o efeito suspensivo, o recurso foi processado regularmente, com resposta (fls. 94/98).

É o relatório.

O recurso comporta parcial provimento.

O art. 739-A do Código de Processo

Civil, com redação dada pela Lei nº 11.382/2006, prevê expressamente que os embargos do executado não terão efeito suspensivo.

O §1º do mencionado artigo, *in verbis*, permite a atribuição de efeito suspensivo aos embargos:

"O juiz poderá, a requerimento do embargante, atribuir efeito suspensivo aos embargos quando, sendo relevantes seus fundamentos, o prosseguimento da execução manifestamente possa causar ao executado grave dano de difícil ou incerta reparação, e desde que a execução já esteja garantida por penhora, depósito ou caução suficientes".

Sobre o tema, vale transcrever trecho do julgado (AI nº 0265739-53.2011.8.26.0000 - Voto nº 16.693 - 19ª Câmara de Direito Privado do Egrégio TJSP - Rel. Des. João Camillo de Almeida Prado Costa - J. 22/11/2011) que destaca os ensinamentos do ilustre doutrinador Humberto Theodoro Júnior:

"Em caráter excepcional, o juiz é autorizado a conferir efeito suspensivo aos embargos de executado. Não se trata, porém, de um poder discricionário.

Acesso ao Sumário

Para deferimento de semelhante eficácia, deverão ser conjugados os seguintes requisitos, todos de presença necessária e cumulativa: a) os fundamentos dos embargos deverão ser *relevantes*, ou seja, a defesa oposta à execução deve se apoiar em fatos verossímeis e em tese de direito plausível; em outros termos, a possibilidade de êxito dos embargos deve insinuar-se como razoável; é algo equiparável ao *fumus boni iuris* exigível para as medidas cautelares; b) o prosseguimento da execução deverá representar, manifestamente, *risco de dano grave para o executado, de difícil ou incerta reparação*; o que corresponde, em linhas gerais, ao risco de dano justificado da tutela cautelar em geral (*periculum in mora*). A lei, portanto, dispensa ao executado, no caso de concessão de efeito suspensivo aos embargos à execução, uma *tutela cautelar incidental*, pois não há necessidade de uma ação cautelar, e tudo se resolve de plano, no próprio bojo dos autos da ação de oposição manejada pelo devedor; c) deve, ainda, estar seguro o juízo antes de ser a eficácia suspensiva deferida; os embargos podem ser manejados sem o pré-requisito da penhora ou outra forma de caução; não se conseguirá, porém, paralisar a marcha da execução se o juízo não restar seguro adequadamente." (*A reforma da execução do título extrajudicial*, Editora Forense, 2007, p. 194/195).

A propósito esta Colenda Câmara já se pronunciou:

"Embargos à execução de título extrajudicial não se recebem com efeito suspensivo, a menos que seja relevante a fundamentação, que haja risco de dano difícil ou incerta reparação e que, antes de tudo, haja penhora, depósito ou caução suficientes." (Agravo de Instrumento nº 0017159-39.2012.8.26.0000, Rel. Celso Pimentel, j. 03.04.2012).

No mesmo sentido, o Superior Tribunal de Justiça:

"AGRAVO REGIMENTAL. PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. CABIMENTO. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL. EMBARGOS À EXECUÇÃO. EFEITO SUSPENSIVO. ART. 739-A, CPC. LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ.

1. A simples transcrição das ementas conferidas aos julgados tidos como divergentes é insuficiente para a comprovação de dissídio pretoriano viabilizador do recurso especial.

2. Os embargos à execução não terão efeito suspensivo, consoante o art. 739-A, do CPC. Excepcionalmente, o § 1º do mesmo dispositivo legal faculta ao magistrado a possibilidade de suspender a execução mediante a propositura dos referidos embargos, mas somente se observados os seguintes requisitos: a) requerimento do embargante; b) relevância dos fundamentos apresentados (*fumus boni iuris*); c) risco de dano grave ou de difícil ou incerta reparação (*periculum in mora*); e d) garantia do juízo. Precedentes.

3. Caracteriza litigância de má-fé deduzir pretensão contra expresso dispositivo de lei. Art. 17, I, CPC.

4. Agravo regimental desprovido." (AgRg nos EDcl nos EDcl no Ag 1206939 / SP Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, 4ª Turma, j.

Acesso ao Sumário

10.08.2010) (grifei).

No caso concreto, denota-se a falta de penhora, depósito ou caução a autorizar a concessão do efeito suspensivo aos embargos à execução.

Desse modo, a ausência de um dos requisitos cumulativos dispostos no artigo 739-A do CPC é suficiente para não conceder o pretendido efeito aos embargos.

Com relação ao pedido de assistência judiciária, não se identifica, na hipótese concreta, nenhum óbice à concessão da gratuidade processual.

É certo que, em princípio, a benesse não deveria alcançar a pessoa jurídica, só beneficiando as pessoas naturais.

Em casos excepcionais, todavia, o benefício pode ser deferido em favor das pessoas jurídicas, ainda que com finalidade lucrativa, desde que cabalmente comprovada a situação de insolvência.

O auto de penhora dos veículos da recorrente (fls. 74/75) e as consultas à Central de Protestos evidenciam a existência de diversos protestos em nome da agravante e que os automotores, meio de subsistência da recorrente, já que se trata de uma transportadora, foram penhorados (fls. 74/80).

A respeito da matéria este Tribunal já decidiu:

AGRAVO DE INSTRUMENTO - EXECUÇÃO FISCAL - Assistência Judiciária indeferida - Pessoa jurídica - Comprovação suficiente - É admissível a concessão do benefício da assistência judiciária gratuita à pessoa jurídica, desde que demonstrada a impossibilidade de suportar os encargos do processo. Comprovação, nos autos, da ausência de receitas. Documentos que demonstram que a empresa recorrente encerrou suas atividades desde janeiro de 2006, o que caracterizaria efetiva inatividade da empresa recorrente. Recurso provido. (AI 990.10.113840-9, 6a Câmara de Direito Público, Rel. José Habice)

ASSISTÊNCIA JUDICIARIA - PESSOA JURÍDICA - COMPROVAÇÃO SUFICIENTE NOS AUTOS - É admissível a concessão do benefício da assistência judiciária gratuita à pessoa jurídica, desde que demonstrada a impossibilidade de suportar os encargos do processo. Comprovação, nos autos, da ausência de receitas. Documento que demonstra que a empresa recorrente encerrou suas atividades em dezembro de 2007, o que caracterizaria efetiva inatividade da empresa recorrente. Recurso provido. (AI 990.09.332407-5, 37ª Câmara de Direito Privado, Rel. Roberto Mac Craken)

Acesso ao Sumário

Assim, diante da demonstração da excepcionalidade exigida, no caso concreto, deve ser concedida a gratuidade pretendida.

Diante do exposto, dá-se parcial provimento ao recurso, para deferir o benefício da justiça gratuita à agravante.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos do Agravo de Instrumento nº 0084545-52.2013.8.26.0000, da Comarca de Santos, em que é agravante ITAÚ UNIBANCO S/A (ATUAL DENOMINAÇÃO DE BANCO ITAÚ S/A), é agravado SIDNEY VICENTE DE ARAUJO.

ACORDAM, em 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 29.927)**

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

São Paulo, 6 de abril de 2016

FLÁVIO CUNHA DA SILVA, Relator

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO. Poupança. Expurgos inflacionários. Plano Bresser e Plano Verão. Oposição de exceção de pré-executividade. Arguição de inexistência de saldo. Possibilidade. Questão de ordem pública, relacionada com a ausência das condições da ação, envolvendo a higidez do título. Exame que não requer dilação probatória.

Cumprimento de sentença. A apuração do valor da condenação que depende da existência de conta poupança e saldo no respectivo período. Plano Bresser. Ausência de indício de prova da existência da conta à época. Plano Verão. Ausência de indício de saldo na conta poupança à época. Impossibilidade de apuração do saldo. Liquidação zero.

Litigância de má-fé. Inobstante a morosidade na apresentação dos extratos, não houve má-fé do agravante, já que trouxe subsídios ao convencimento do julgador. Condenação afastada, pois não evidenciado o dolo processual da parte.

Recurso provido

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de agravo de instrumento interposto contra a r. decisão reproduzida às fls. 370, prolatada em sede de cumprimento de sentença, que não conheceu da exceção de pré-executividade apresentada pelo Banco réu, por entender que e peça cabível seria a impugnação prevista no art. 475-L, II do Código de Processo Civil de 1973.

Sustenta o agravante que a exceção de pré-executividade, apesar de ser considerada construção doutrinária e jurisprudencial, é admitida de forma expressa e unânime entre todos os operadores do direito, como meio de defesa em execução ou cumprimento de sentença eivada de vícios patentes.

Alega que o agravado está executando um valor relativo à conta poupança que não faz jus aos expurgos inflacionários, pois a mesma foi aberta posteriormente ao Plano Bresser e zerada antes do Plano Verão, não possuindo assim, saldo nos períodos concedidos.

Aduz o agravante que não há que se falar em multa e indenização por litigância de má-fé, pois sua intenção era apenas demonstrar ao juízo que nada era devido, pois os extratos já haviam sido juntados aos autos demonstrando que a conta fora aberta posteriormente ao Plano Bresser e encerrada antes do Plano Verão.

Diante de tais argumentos, requer a reforma da decisão agravada para acolher a exceção de pré-executividade e julgar extinto o feito, por se tratar de liquidação "zero", bem como afastar a multa e a indenização por litigância de má-fé.

Recebido e processado o recurso, foi indeferido o pedido de efeito suspensivo (fl. 373).

Contra essa decisão foi interposto agravo regimental (fls. 370/382), não conhecido pelo v. acórdão de fls. 398/402, que assim determinou a sua redistribuição, observada a prevenção.

Considerando o disposto no art. 107 do Regimento Interno, os autos vieram-me conclusos (fl. 407).

Valor atribuído à causa em 30/05/2007: R$ 1.000,00.

É o relatório.

Conforme relatado, trata-se de agravo de instrumento interposto contra decisão que não conheceu da exceção de pré-executividade arguida em sede de cumprimento de sentença, fundada na alegação de inexistência de conta poupança na época do Plano Bresser e do Plano Verão (liquidação zero).

Inicialmente, quanto à preliminar, cumpre esclarecer que a chamada exceção de pré-executividade somente se mostra cabível em situações excepcionais, quando evidenciadas, de plano, questões de ordem pública,

Acesso ao Sumário

relacionadas com a ausência das condições da ação ou quando tratar de matérias envolvendo a higidez do título, que independam de contraditório ou dilação probatória.

E, como já mencionado pelo agravante, tem sido aceita em nosso ordenamento jurídico, por construção doutrinário-jurisprudencial.

Neste sentido:

"PROCESSO CIVIL. EXECUÇÃO. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. PRESSUPOSTO. INOCORRÊNCIA NA ESPÉCIE. PRESCRIÇÃO. RECURSO DESACOLHIDO.

- A execução de pré-executividade, admitida em nosso direito por construção doutrinário-jurisprudencial, somente se dá, em princípio, nos casos em que o Juízo, de ofício, pode conhecer da matéria, a exemplo do que se verifica a propósito da higidez do título executivo."

(Recurso Especial nº 157018/RS, STJ, T4, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, Rel. p/ Acórdão Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, julgado em 17/09/1998, DJ 12/04/1999, p. 158).

Na hipótese dos autos, o agravante alegou "inexistência de saldo para restituição dos percentuais pleiteados", ou seja, retrata a ausência de pressuposto específico de constituição e desenvolvimento válido e regular da etapa de cumprimento do julgado.

Logo, respeitado o entendimento em sentido contrário, a questão pode perfeitamente ser discutida mediante exceção de pré-executividade.

A corroborar o quanto afirmado:

"Agravo de instrumento - Ação de cobrança de diferença de rendimentos em caderneta de poupança - Etapa de cumprimento do julgado - Completa ausência de provas da existência de saldo na conta poupança da autora nos períodos em causa - Inexistência, ademais, de motivos que façam supor esteja o banco réu sonegando informações ao juízo - Inadmissível, diante desse cenário, a instauração da execução pelo expressivo valor pleiteado pela autora, de quase sete milhões de reais - **Quadro traduzindo, aparentemente, a chamada 'liquidação zero', figura excepcional e lamentável diante da regra do art. 460, parágrafo único, do CPC, que proíbe a sentença condicional** - Hipótese impondo condicionar o prosseguimento da execução à vinda aos autos de prova da existência e do montante do afirmado crédito - **Perfeitamente possível analisar e proclamar a eiva em questão no âmbito de exceção de pré-executividade, por se referir a questão de ordem pública, vale dizer, à higidez do título**. Agravo a que se dá provimento." (grifo nosso)

(Agravo de Instrumento nº 2082817-05.2014.8.26.0000, Relator(a): Ricardo Pessoa de Mello Belli; Comarca: Santos; Órgão julgador: 19ª

Acesso ao Sumário

Câmara de Direito Privado; Data do julgamento: 29/09/2014; Data de registro: 04/12/2014)

Quanto ao mérito, trata-se de ação, em fase de cumprimento de sentença, que condenou o ora agravante "ao pagamento da diferença de correção monetária aplicada nos meses de junho de 1987 e janeiro de 1989, aplicando-se, respectivamente, os índices de 26,06% e 42,72% descontando-se os percentuais pagos pelo réu sobre os saldos existentes à época dos depósitos. A Atualização se fará pelos índices da poupança e os marcos de atualização serão as datas dos depósitos, sendo que sobre o montante incidirão juros contratuais de 0,5% ao mês, contados das mesmas datas, na forma prevista no ajuste, capitalizados, mais juros de mora de 6% ao ano, a partir da citação."

Referida decisão foi parcialmente reformada, nesta instância, pelo v. acórdão de fls. 172/176, cuja parte dispositiva restou assim prolatada:

"Pelo exposto, dá-se parcial provimento ao recurso a fim de julgar parcialmente procedente o pedido e condenar o Banco réu ao pagamento das diferenças reclamadas na inicial, mas com os acréscimos de atualização monetária pela Tabela DEPRE desde os expurgos e apenas de juros de mora legais, de 1% ao ano, desde a citação. Deverá o réu pagar as custas processuais e honorários advocatícios de 15% sobre o valor da condenação, pela maior sucumbência."

Iniciada a fase de cumprimento de sentença, foi determinado ao ora agravante "a exibição dos extratos da conta poupança, formulado pelo credor na petição de fls. 184, fixando ao réu devedor o prazo de trinta dias para o cumprimento, sem imposição de multa, porque se eventualmente o réu não apresentar os extratos, aplicar-se-á o artigo 475-B, § 2º, do CPC" (fl. 230).

Após nova intimação (fls. 273/274), o agravante juntou aos autos os extratos de fls. 284/285. Com base nestes extratos o agravante sustenta que a conta poupança nº 0050.615986-2, de SIDNEY VICENTE DE ARAUJO, foi aberta após o Plano Bresser e encerrada em 10/11/1988, antes da edição do Plano Verão.

Intimado a se manifestar sobre referidos documentos o agravado requereu a cabal comprovação da inexistência de saldo nos meses de junho e julho de 1987 e janeiro e fevereiro de 1989 (fl. 291).

Às fls. 293 o MM. Juiz de Direito proferiu decisão nos seguintes termos:

"[...]

2. Portanto, alegar o réu somente agora com a petição de fls., com documentos de fls., que a caderneta de poupança somente foi aberta após o Plano Bresser e de que o extrato numerado pelo réu como de nº 16 refere-se a conta encerrada com saldo zerado, significa incidir o réu no art. 17, I do CPC.

3. Assim, com base no artigo 18, *caput*, e § 2º, do CPC, condeno o réu

ao pagamento de multa de 1% sobre o valor do montante da condenação e ao pagamento de uma indenização que fixo em 20% sobre o mesmo montante, sendo que utilizo o montante da condenação ao invés do valor da causa porque mais consentâneo com a frase processual destes autos.

[...]

5. Posto isso, aguarde-se por 06 meses o cumprimento, pelo autor, do artigo 475-B, § 2º, do CPC e, no silêncio, arquivem-se os autos, tudo nos termos do artigo 475-J, § 5º, do CPC."

Contra referida decisão foi interposto o agravo de instrumento nº 990.10.271873-5, que devido à instrução deficiente não foi conhecido.

O agravado às fls. 354/355 apresentou memória de cálculo com base nos extratos apresentados pelo agravante, ou seja, de novembro de 1988 (fl. 301).

Intimado para o pagamento, nos termos do art. 475-J, do CPC (fl. 356), o agravante apresentou a exceção de pré-executividade de fls. 359/368, alegando a inexistência de saldo para restituição dos percentuais pleiteados.

Como visto, não são raros os casos em que ao se apurar o valor de condenação ilíquida, transitada em julgado, chegamos naquilo que a doutrina costuma chamar de "liquidação zero".

Neste ponto, por relevante, merece transcrição o que restou decidido no Agravo de Instrumento nº 2082817-05.2014.8.26.0000, acima referido, em que foi relator o e. Des. Ricardo Pessoa de Mello Belli:

> "5. Ocorreu neste processo, na etapa de conhecimento, algo que lamentavelmente vem se tornando frequente no foro: preocuparam-se os sujeitos da relação processual em discutir, apenas, teses jurídicas, sem se ater à prova dos fatos.
>
> Assim é que a condenação proferida neste processo o foi sem a necessária segurança sobre a efetiva existência do afirmado direito, desse modo retratando a chamada sentença condicional, algo expressamente vedado pelo art. 460, parágrafo único, do CPC. Tal proibição traduz a exigência de que o "an debeatur" deve ser demonstrado e reconhecido na etapa de conhecimento, apenas podendo ser diferida para liquidação a fixação do "quantum debeatur" (v. RTJ 105/1289, RT 694/88, entre inúmeros outros julgados apontados na obra de THEOTONIO NEGRÃO, 46ª ed., em anotações ao art. 460 do CPC, verbetes '21ª' e '22')."

Não obstante, a doutrina e a jurisprudência têm reconhecido que:

"Questão elegantíssima frequentemente posta pela doutrina, embora na prática não se levante com frequência, é da liquidação onde se conclua que nada existe a ser pago. É como no caso de uma sentença condenatória por danos, sobrevindo liquidação em que se positive não ter o autor sofrido dano

Acesso ao Sumário

algum; ou de alguém condenado a pagar aos familiares de uma pessoa falecida o equivalente dos rendimentos desta, verificando-se depois em liquidação que essa pessoa era desocupada há muitos anos e dedicada à vida criminosa, não percebendo qualquer rendimento indenizável; ou ainda do arbitramento que conclua carecer de qualquer expressão econômica a coisa ou serviço avaliado. Em situações assim, o mais razoável e realista é autorizar o juiz a concluir pelo valor *zero*, sendo arbitrário obriga-lo a afirmar um valor positivo em desacordo com os elementos de convicção existentes nos autos; o que lhe é rigorosamente vedado é negar fatos já aceitos na sentença liquidanda ou substituir o juízo ali formulado quanto à obrigação e seus pressupostos (princípio da fidelidade, art. 475-G - *infra*, n. 1.744)." (Cândido Rangel Dinamarco, *Instituições de Direito Processual Civil*, 3ª edição, revista e atualizada, Malheiros, volume IV, p. 729).

"[...] 1. A liquidação de sentença pode ensejar a denominada "liquidação zero" quando não há o que pagar a título de "quantum debeatur" em decisão de eficácia puramente normativa. 2. O título executivo que encarta crédito inexistente equipara-se àquele que consubstancia obrigação inexigível, matéria alegável ex officio, em qualquer tempo e grau de jurisdição, porquanto pressuposto do processo satisfativo. 3. O vício da inexigibilidade do título é passível de ser invocado em processo de execução, sede própria para a alegação, ainda que ultrapassada a liquidação. 4. É que não se admite possa invocar coisa julgada para créditos inexistentes. [...]" (STJ, T1, REsp nº 802011/DF, rel. Min. LUIZ FUX, julgado em 09/12/2008, DJe 19/02/2009).

No caso dos autos, os extratos de fls. 284/285, demonstram que as contas foram abertas em 10 de agosto de 1987, ou seja, após a edição do Plano Bresser (junho de 1987), sendo que em 10 de novembro de 1988, há comprovação de que houve um saque integral dos valores depositados, passando, então, a conta poupança a ostentar saldo zero.

O autor, por sua vez, não se incumbiu de provar o contrário, apontando a existência de saldo em junho de 1987 e em janeiro de 1989.

Há que se ressaltar que inaplicável o art. 475-B, § 2º, do CPC de 1973 ao caso dos autos, pois, embora com demora, os extratos foram apresentados pelo agravante, sendo aceitável a justificativa de que a demora na apresentação dos extratos decorreu da indisponibilidade deles por meio eletrônico, afirmando o agravante que a procura dos extratos foi feito por meio de microfichas.

Portanto, ausente ao menos um começo de prova da existência do montante afirmado na planilha de fl. 301, apurado com base no saldo de novembro de 1988, a única solução possível é reconhecer que o valor da diferença de remuneração que deveria ser paga pelo agravante é zero.

Nesse sentido seguem precedentes desta Corte:

"EXPURGOS INFLACIONÁRIOS. PLANOS BRESSER E VERÃO.

Acesso ao Sumário

Agravo de instrumento contra a decisão que, em fase de cumprimento de sentença, acolheu os cálculos apresentados pelo perito.

1. Assiste razão ao agravante ao afirmar que os cálculos de liquidação não podem ser acolhidos, pois deixaram os agravados de comprovar a existência de poupanças durante o período examinado (Planos Bresser e Verão). Uma vez que a apuração do valor da condenação depende do saldo existente na conta poupança, e não havendo saldo nos respectivos períodos, ausentes extratos bancários, obviamente, o valor da diferença de remuneração a ser paga pelo agravante é zero.

2. Vale lembrar que na liquidação da sentença opera-se a apuração do crédito, admitindo-se, visto que ainda não apurado, que ele pode não existir. Precedente do E. STJ.

3. Recurso provido para extinguir a execução, diante da ausência de crédito a ser perseguido."

(Agravo de instrumento nº 2201164-94.2014.8.26.0000, Relator(a): Carlos Alberto Garbi; Comarca: Santo André; Órgão julgador: 10ª Câmara de Direito Privado; Data do julgamento: 27/01/2015; Data de registro: 31/01/2015)

"CADERNETA DE POUPANÇA - Expurgos inflacionários - Planos econômicos - Liquidação de sentença - Impugnação acolhida - Extinção da execução - Inconformismo - A apuração do valor da condenação depende do saldo existente na conta poupança - Não havendo saldo no respectivo período, o valor da diferença de remuneração a ser paga pelo apelado é zero - Cadernetas de Poupança abertas após junho de 1987 - Saldo zero nas contas - Ofensa à coisa julgada não caracterizada - Honorários advocatícios mantidos - RECURSO DESPROVIDO."

(Apelação nº 0163261-94.20007.8.26.0100, Relator(a): Alexandre Marcondes; Comarca: São Paulo; Órgão julgador: 3ª Câmara de Direito Privado; Data do julgamento: 26/05/2015; Data de registro: 26/05/2015)

"CUMPRIMENTO DE SENTENÇA - Ordem judicial para apresentação de extratos bancário - Afirmação de inexistência da conta à época - Cômputo do período referente ao Plano Bresser - Ausência de indício de prova da existência da conta à época - REsp 1.133.872 em sede de Recurso Repetitivo - Liquidação zero - Impossibilidade de apuração do saldo - Recurso provido."

(Agravo de instrumento nº 2208889-37.2014.8.26.0000, Relator(a): Silveira Paulilo; Comarca: Guarujá; Órgão julgador: 21ª Câmara de Direito Privado; Data do julgamento: 11/02/2015; Data de registro: 12/02/2015)

Quanto à condenação do agravante por litigância de má-fé é da

Acesso ao Sumário

jurisprudência que: *"Para a condenação em litigância de má-fé, faz-se necessário o preenchimento de três requisitos, quais sejam: que a conduta da parte se subsuma a uma das hipóteses taxativamente elencadas no art. 17 do CPC; que à parte tenha sido oferecida oportunidade de defesa (CF, art. 5º, LV); e que da sua conduta resulte prejuízo processual à parte adversa"* (RSTJ 135/187, 146/136).

Litigante de má-fé, *improbus litigator*, é a parte que age de forma dolosa, causando dano processual efetivo, não sendo possível presumir a ocorrência dos mencionados requisitos se a parte tão somente agiu morosamente.

Com efeito, não obstante a morosidade na apresentação dos extratos, não houve má-fé do agravante, que trouxe subsídios ao convencimento deste julgador, inexistindo o dolo específico voltado para prejuízo da contraparte.

Portanto, respeitado o entendimento em sentido contrário, afasta-se a condenação pela litigância de má-fé.

Arcará o agravado com o pagamento dos honorários advocatícios da parte contrária, que fixo em R$ 1.200,00, nos termos do artigo 85, § 1º e § 8º, do CPC de 2015, observada a gratuidade de justiça a ele deferida.

Ante o exposto, dá-se provimento ao recurso para, acolhendo a exceção, rejeitar a liquidação e afastar a condenação pela litigância de má-fé imposta ao agravante.

Para fins de acesso aos Egrégios Tribunais Superiores, ficam expressamente prequestionados todos os artigos legais e constitucionais mencionados.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2019571-64.2016.8.26.0000, da Comarca de Cubatão, em que é agravante BEIJAMIM SIQUEIRA CAMPOS, é agravado ABREU MANUTENÇÃO OPERAÇÃO INDUSTRIAL LTDA.

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 27.311)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores MILTON CARVALHO (Presidente sem voto), JAYME QUEIROZ LOPES e ARANTES THEODORO.

São Paulo, 12 de abril de 2016.

PEDRO BACCARAT, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: Agravo de Instrumento. Ação de indenização por dano material decorrente da contratação de advogado para propositura de reclamação trabalhista. Competência da Justiça Estadual. Recurso provido.

VOTO

Vistos.

Cuida-se de agravo de instrumento tirado contra decisão proferida pela magistrada, Doutora Suzana Pereira da Silva, que, em ação de indenização por danos materiais, reconheceu a incompetência absoluta da Justiça Estadual e determinou a remessa dos autos à Justiça do Trabalho, por entender que se trata de ação visando o ressarcimento de honorários advocatícios contratuais pagos para propositura de ação trabalhista, cuja causa de pedir sustenta-se, ainda que indiretamente, no descumprimento do contrato de trabalho pela empregadora.

Insurge-se o Agravante, aduzindo, em síntese, que visa com a presente ação o ressarcimento do montante despendido com a contratação de advogado particular constituído para representá-lo perante a Justiça do Trabalho. Sustenta que só teve despesas com a contratação de advogado por culpa da Ré, que deu causa a instauração da reclamação trabalhista, porque não pagou todas as verbas salariais devidas durante a relação de trabalho e no momento da rescisão do contrato. Diz que a ação tem por objeto o ressarcimento de despesas suportadas com a contratação de advogado para patrocinar ação trabalhista, pedido totalmente desvinculado da relação de trabalho, cuja apreciação compete à Justiça Estadual.

Recurso dispensado de preparo por ser o Agravante beneficiário da assistência judiciária gratuita, tempestivo e não respondido.

É o relatório.

Beijamim Siqueira Campos trabalhou na empresa Abreu Manutenção Operação Industrial Ltda. no período compreendido entre 02/07/2002 a 09/08/2007. Ocorre que a empregadora não pagou todas as verbas salariais e rescisórias devidas ao empregado. Beijamim, então, contratou advogado particular para ingressar com reclamação trabalhista em face da Abreu Manutenção Operação Industrial Ltda. A reclamação trabalhista tramitou perante a 1ª Vara do Trabalho de Cubatão, processo nº 0000781-20.2010.5.02.0251, e foi julgada procedente, condenando-se a Reclamada no pagamento de R$ 15.474,57, em 07/05/2013. De acordo com a cláusula 2ª do contrato de honorários a remuneração do advogado foi fixada em 30% do valor bruto auferido na reclamação. Assim, Beijamim pagou ao advogado honorários de R$ 4.642,37. Em outubro de 2013 Beijamim ingressou com a presente ação de indenização

Acesso ao Sumário

por danos materiais visando o ressarcimento do montante despendido com a contratação do advogado (R$ 4.642,37).

Ao sanear o processo a magistrada acolheu a preliminar de incompetência absoluta da Justiça Comum Estadual, deduzida pela Ré na contestação, e encaminhou o feito à Justiça do Trabalho. Pretende o Autor, ora Agravante, a reforma da decisão para regular processamento da ação indenizatória por entender que a Justiça Estadual é competente para julgar a presente ação.

A Emenda Constitucional nº 45/2004 alterou a redação do artigo 114 da Constituição Federal, ampliando as atribuições da Justiça do Trabalho para abarcar não apenas os dissídios individuais e coletivos, como também todas as ações oriundas da relação de trabalho.

Entretanto, aqui não se discute relação de trabalho ou pedido de verbas trabalhistas, mas pedido de ressarcimento de despesas relativas à contratação de advogado para atuar em demanda trabalhista em favor do Agravante. Em síntese, o pedido do Autor está fundado em responsabilidade civil e não na relação de trabalho.

Nesse sentido já decidiu esta Corte:

"*Agravo. Ação visando o ressarcimento de despesas suportadas com contratação de advogado para propositura de ação trabalhista. Responsabilidade civil extracontratual. Competência da Justiça Estadual. Agravo provido.*" (Agravo de Instrumento nº 2024372-28.2013 – Rel. Gil Cimino).

"*Ação de ressarcimento de despesas havidas com contratação de advogado para patrocínio de ação trabalhista. Pedido fundado em responsabilidade civil extracontratual. Competência da Justiça estadual. Recurso provido.*" (Agravo de Instrumento nº 027986-12.2012 – Rel. Des. Arantes Theodoro).

Ante o exposto, dá-se provimento ao recurso para determinar a permanência dos autos na 4ª Vara Judicial da Comarca de Cubatão/SP.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2025782-19.2016.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante JULIANA CRISTINA DE OLIVEIRA DOS SANTOS, é agravado TELEFONICA BRASIL S/A (NÃO CITADO).

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 25080)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores MILTON CARVALHO (Presidente sem voto), ARANTES THEODORO e PEDRO BACCARAT.

São Paulo, 19 de abril de 2016.

JAYME QUEIROZ LOPES, Relator

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO - TELEFONIA-MEDIDACAUTELARDEEXIBIÇÃO DE DOCUMENTO - BENEFÍCIOS DA JUSTIÇA GRATUITA - DECLARAÇÃO DE POBREZA E CÓPIA DA CARTEIRA DE TRABALHO - COMPROVAÇÃO DE QUE NÃO POSSUI CONDIÇÕES DE ARCAR COM AS CUSTAS E DESPESAS DO PROCESSO - CONTRATAÇÃO DE ADVOGADO QUE NÃO IMPLICA, POR SI SÓ, EM POSSIBILIDADE DE ARCAR COM AS CUSTAS - RECONHECIMENTO - PROVA EM CONTRÁRIO - NECESSIDADE - DECISÃO REFORMADA. Agravo de Instrumento provido.

VOTO

Trata-se de agravo de instrumento interposto contra a decisão de fls. 22, que tem o seguinte teor:

"***Vistos.***

Indefiro à autora os benefícios da justiça gratuita, posto que não é pobre na acepção jurídica do termo. Domiciliada em Taboão da Serra, SP, constituiu advogado em Belo Horizonte, MG, para ingressar com demanda na cidade de São Paulo. Ao abrir mão de ingressar com ação em seu domicílio, contratando advogado de outro Estado, a consumidora demonstrou possuir condições financeiras de arcar com as custas e despesas processuais, não se olvidando não ser patrocinado pela Defensoria Pública.

Digno de nota o número de demandas de autores domiciliados em outras cidades, quer em ações de exibição de documento ou declaratórias de inexigibilidade de débito cumuladas com pedido de indenização por danos morais distribuídas neste Foro Central.

Assim, recolha as custas devidas ao Estado, à CPA, bem como despesas para citação, em 10(dez) dias, sob pena de extinção e inscrição na Dívida Pública.

Acesso ao Sumário

Emende a autora a petição inicial, atribuindo correto valor à causa, que deverá corresponder ao valor da anotação desabonadora, bem como trazendo aos autos comprovante de residência.

Esclareça o seu interesse de agir, pois pretendeu que cópia de documentos fossem enviadas não a seu endereço, mas sim de caixa postal, cujo número também figura noutras demandas similares à presente.

Int."

Alega a agravante, em síntese, que o feito versa sobre relação de consumo, facultando à autora a propositura da demanda em seu domicílio ou no do réu; que, assim, não há que se falar em qualquer punição em razão da opção feita pelo consumidor; que o fato de estar assistida por advogado particular não enseja o indeferimento do benefício pretendido; que não possui condições de arcar com as despesas processuais; que ao recurso deve ser dado provimento para que sejam concedidos os benefícios da assistência judiciária gratuita.

Às fls. 24 concedi efeito suspensivo ao recurso, que é tempestivo, não foi preparado (pedido de justiça gratuita) e não foi respondido (agravada não citada).

Não houve manifestação contrária ao julgamento virtual.

É o relatório.

Nos termos do artigo 4°, § 1°, da Lei n° 1.060/50, a parte desfrutará dos benefícios da assistência judiciária mediante simples afirmação de que não tem condições de pagar as custas processuais e os honorários advocatícios sem prejuízo próprio ou de sua família, presumindo-se pobre, até prova em contrário, quem afirmar essa condição nos termos dessa lei.

Ora, verifica-se que a lei não impôs qualquer outra condição ao deferimento dos benefícios da assistência judiciária gratuita, de modo que há uma presunção *juris tantum* que milita em favor dos que requerem a gratuidade, sendo que esta só poderá ser ilidida se outras provas puderem contrariá-la, não podendo o Juiz, de ofício, condicioná-la e indeferi-la.

Acesso ao Sumário

Assim, estando encartada aos autos a declaração de pobreza e, ainda, declaração de isenção de imposto de renda e carteira de trabalho (fls. 13/15), a qual demonstra que a agravante está desempregada, devem ser deferidos os benefícios da assistência judiciária, até que venha eventual prova em contrário.

De outro lado, nada impede que a agravada interponha impugnação, comprovando que a agravante está faltando com a verdade, de modo que ficará ela sujeita às consequências daí advindas, inclusive ao pagamento de "até o décuplo das custas judiciais" (parte final do § 1° do art. 4° da Lei 1060/50).

Ante o exposto, dou provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2044852-22.2016.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante CARMEN SURACCI, é agravado JOSE ADAILTO PONTES.

ACORDAM, em 29ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso, com extinção da execução, V.U.", de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 21084)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores CARLOS HENRIQUE MIGUEL TREVISAN (Presidente) e FORTES BARBOSA.

São Paulo, 20 de abril de 2016.

SILVIA ROCHA, Relatora

Ementa: Locação de Imóvel - Execução de título extrajudicial fundada em contrato de locação de imóvel - Falta de intimação da executada da adjudicação - Execução iniciada antes da entrada em vigor da Lei nº 11.382/2006 - Processual que é, a lei nova tem incidência imediata, inclusive sobre os processos em curso, mas devem ser respeitados os atos já praticados sob a vigência da lei anterior - Atos de expropriação praticados antes da entrada em vigor da Lei 11.382/2006 - Lapso temporal de onze anos entre a 2ª praça negativa e o pedido de adjudicação determina a necessidade de intimação da executada da adjudicação - Além disso e apesar de haver bem penhorado no processo, o exequente nele não se manifestou por sete anos - Inércia configurada - Prescrição intercorrente reconhecida - Responsabilidade pelas verbas de sucumbência atribuídas ao exequente - Recurso provido, com cancelamento da adjudicação e extinção da execução.

Acesso ao Sumário

VOTO

Ré em ação execução fundada em contrato de locação, a agravante rebela-se contra r. decisão que afastou seu pedido de reconhecimento da ocorrência de prescrição intercorrente, além do de nulidade da adjudicação do bem, sob o

fundamento de que não há dispositivo legal que obrigue a intimação do devedor quando da adjudicação, bem como determinou a expedição de mandado de imissão na posse, a favor do exequente, e, em relação ao valor depositado a fl. 248, pelo exequente, relativo à diferença entre o valor da avaliação e o do débito, considerando a existência de penhora posterior, determinou a expedição de ofício para a 2ª Vara Cível do Foro Regional de Jabaquara, para que se obtivesse informação sobre a satisfação de tal crédito, devendo o valor ser transferido, em caso negativo.

Sustenta a agravante que: a) em 26.10.15, foi surpreendida com informação trazida por terceiros, ocupantes de seu imóvel, situado na Avenida Cupecê nº 5365, de que ele havia sido adjudicado em junho de 2015, pelo agravado; b) nega a existência de débitos na Prefeitura, como afirmou o exequente, tendo ele omitido o fato de existirem parcelamentos de débitos, de nºs PPI 1764519-0, PPI 2171816-4 e PPI 2477839-7, cujos pagamentos, efetuados pela executada, estão em dia; c) apesar de o exequente alegar ter agido de forma diligente no processo, nos termos do despacho de fl. 320, não afastou a paralisação do feito no período de 31.1.06 a 6.9.13; d) o processo deveria ter sido extinto, mas, em razão do pedido de arquivamento de fl. 204, ele foi arquivado, nos termos do art. 791, III, do CPC; e) o pedido de arquivamento não poderia ter sido aceito, de modo que, tendo o processo ficado arquivado, indevidamente, por sete anos, o processo há de ser extinto; f) o prazo para prosseguimento da execução venceu em 31.1.09 e, tendo o feito sido desarquivado quatro anos depois, já havia ocorrido a prescrição; g) não foi intimada a respeito da adjudicação, nos termos do art. 698 do CPC, sendo certo que tal intimação é necessária, em razão da possibilidade de remição da execução, nos termos do art. 651 do CPC; h) houve adjudicação por preço vil, considerando que o laudo de avaliação foi elaborado em 4.4.2000 e jamais poderia ter sido meramente atualizado, quatorze anos depois; i) o valor de R$182.398,05 é inferior ao valor venal atribuído pela Prefeitura na época da adjudicação, que é de R$370.363,00.

Recurso tempestivo e preparado.

Foi concedido efeito suspensivo ao agravo.

Houve resposta (fls. 135/139).

É o relatório.

Trata-se de execução de título extrajudicial, fundada em contrato de locação, visando o recebimento de aluguéis e encargos no valor de R$18.866,75 (fl. 28).

Iniciada a execução, antes da vigência da Lei 11.382/2006, com citação da executada/fiadora, o oficial de justiça procedeu à penhora do imóvel indicado pelo exequente (fls. 30/31).

Decorrido o prazo sem oposição de embargos, foi determinada a expedição

Acesso ao Sumário

do mandado de registro de penhora (fl. 188).

Em 4 de abril de 2000, foi elaborado o laudo de avaliação, pelo método comparativo, que chegou ao valor final do imóvel de R$74.000,00 (fls. 32/42).

O exequente requereu a realização de praças (fl. 259), o que foi deferido em 9.6.00 (fl. 262).

Foram realizadas 1ª e 2ª praças, em 27.7.00 e 10.8.00, respectivamente, sem licitantes (fls. 279/280). Intimado a se manifestar o exequente requereu a designação de novas praças (fl. 282).

Nas novas praças realizadas, em 9.11.00 e 20.11.00, também não houve licitantes (fls. 299 e 308).

Intimado a se manifestar sobre o resultado das praças, o exequente deixou decorrer o prazo sem nenhuma manifestação (fl. 309).

Por decisão de 13.3.01, foi determinado que se aguardasse provocação no arquivo (fl. 310).

Em 18.12.01, o exequente requereu o desarquivamento do feito (fl. 312) e, em 18.2.02, requereu a designação de novas praças (fl. 314), o que foi deferido em 7.3.02 (fl. 315).

Realizadas 1ª e 2ª praças, em 4.2.03 e 18.2.03, respectivamente, na primeira praça não houve licitantes, e na segunda houve licitantes, mas os lances foram rejeitados (fls. 355/356).

Por decisão de 15.4.03, foi determinado que o exequente se manifestasse quanto ao prosseguimento (fl. 358). Decorrido o prazo sem manifestação, foi determinada a intimação pessoal do exequente para dar andamento ao feito, sob as penas da lei (fl. 359 e 362/362).

Em 17.10.03, mesma data da sua intimação pessoal (fl. 363), o exequente requereu o prazo de trinta dias para se manifestar sobre o prosseguimento (fl. 365), o que foi deferido em 7.11.03 (fl. 366).

Decorrido o prazo, foi determinado que o exequente se manifestasse quanto ao prosseguimento, em cinco dias (fl. 368). Novamente, sem manifestação, foi determinada nova intimação pessoal do exequente para dar andamento ao feito (fl. 369 e 371/372).

Como o exequente novamente não se manifestou sobre o prosseguimento, por decisão de 27.10.04, foi determinado que os autos aguardassem provocação no arquivo (fl. 373).

Em 20.10.04, porém, o exequente já tinha protocolado petição requerendo o arquivamento do feito (fl. 374), o que foi deferido em 3.11.04, nos termos do art. 791, III, do CPC de 1973 (fl. 375).

Por petição de 10.12.04, o exequente requereu o desarquivamento do feito e requereu a homologação do débito atualizado em R$66.132,99 (fl. 379).

Acesso ao Sumário

Por decisão de 11.02.05, foi determinado ao exequente que esclarecesse o seu pedido, em cinco dias (fl. 382).

Decorrido o prazo sem manifestação, foi determinada a intimação pessoal do exequente quanto ao andamento do feito (fl. 384).

Antes, porém, da expedição do mandado de intimação, o exequente requereu novo arquivamento do feito (fl. 387), o que foi deferido em 13.7.05 (fl. 388), com encaminhado dos autos ao arquivo em 31.1.06 (fl. 392).

Por petição de 29.4.13, sete anos depois, o exequente requereu o desarquivamento do feito (fl. 396) e, em 7.10.13, ele pediu o encaminhamento dos autos ao Contador, para atualização dos valores de avaliação do imóvel penhorado, bem como a designação de novas praças para alienação do bem penhorado (fls. 403/404), o que foi deferido (fl. 405).

Em 24.2.14, o valor da avaliação foi atualizado para R$182.398,05 (fl. 408).

Por petição de 24.03.14, o exequente concordou com os cálculos apresentados pelo Contador e requereu a adjudicação do imóvel penhorado (fl. 411), o que foi deferido em 30.5.14 (fl. 413).

Foi lavrado o termo de adjudicação do imóvel em 7.8.14 (fl. 420) e, em 18.6.15, foi expedida a carta de adjudicação (fl. 485), que foi averbada no 11º Cartório do Registro de Imóveis, matrícula nº 91.806 em 22.9.15 (fl. 481).

Em 28.10.15, a executada ingressou nos autos, requerendo a extinção do feito, nos termos do art. 267, III, do CPC de 1973, em decorrência da falta de andamento, ou, alternativamente, o reconhecimento da prescrição intercorrente, ou, ainda, a nulidade da adjudicação, por ter sido o imóvel adquirido por preço vil.

Após manifestação do exequente, sobreveio a decisão agravada.

Preservada a convicção da D. Magistrada de 1º grau, houve sim, nulidade da adjudicação, por ausência de intimação pessoal da executada.

Bem de se ver que a Lei nº 11.382/2006, que entrou em vigor em 21.1.2007, processual que é, tem incidência imediata, inclusive sobre os processos em curso, respeitados, claro, os atos já praticados sob a vigência da lei anterior. A lei nova passa a reger tudo aquilo que não contrariar, que não anular e que não eliminar a lógica, os efeitos e os atos anteriores.

Acesso ao Sumário

No caso em exame, temos que a execução teve início em fevereiro de 1999 (fl. 150), sob a vigência da lei anterior, de modo que não se aplicava ao caso o disposto na Subseção VI-A, que trata "Da Adjudicação", art. 685-A e seguintes, acrescido pela Lei 11.382/2006, mas sim o art. 714, revogado por ela.

Dispunha o art. 714, do CPC, que:

"Finda a praça sem lançador, é lícito ao credor, oferecendo preço não

inferior ao que consta do edital, requerer lhe sejam adjudicados os bens penhorados.

§ 1º Idêntico direito pode ser exercido pelo credor hipotecário e pelos credores concorrentes, que penhorarem o mesmo imóvel.

§ 2º Havendo mais de um pretendente pelo mesmo preço, proceder-se-á entre eles à licitação; se nenhum deles oferecer maior quantia, o credor hipotecário preferirá ao exeqüente e aos credores concorrentes. Art. 715. Havendo um só pretendente, a adjudicação reputa-se perfeita e acabada com a assinatura do auto e independentemente de sentença, expedindo-se a respectiva carta com observância dos requisitos exigidos pelo art. 703, § 1º Deferido o pedido de adjudicação, o auto somente será assinado decorrido o prazo de 24 (vinte e quatro) horas. § 2º Surgindo licitação, constará da carta a sentença de adjudicação, além das peças exigidas pelo art. 703"

Ora, as últimas praças com resultado negativo, realizadas nos autos, se deram em 4.2.2003 e 18.2.2003 (fls. 355/356), e o último encaminhamento dos autos para o arquivo antes de o exequente requerer a adjudicação do bem (24.3.14 - fl. 411), se deu em 31.1.2006 (fl. 392).

Então, entre a última praça negativa realizada (2003) e o pedido de adjudicação do bem imóvel (2014), houve um lapso temporal de 11 (onze) anos, ininterrupto durante os sete últimos, desde o último desarquivamento e o pedido de adjudicação, razão pela qual era necessária a intimação da executada a respeito do pedido de adjudicação formulado pelo exequente, para a defesa de seus direitos em juízo, em respeito aos princípios constitucionais fundamentais do contraditório e da ampla defesa.

Neste sentido, elucidativo julgado do Superior Tribunal de Justiça:

"Note-se que não há controvérsia de que o executado deva ser intimado das datas, horários e local das praças realizadas.

O cerne da irresignação é o de que a adjudicação não fora postulada tão logo findas as praças sem licitantes, senão 30 dias após a segunda praça levada a efeito, fato que remanesceu incontroverso.

O acórdão recorrido registra que a segunda praça ocorrera em 23/11/2000, e a data da assinatura do auto de adjudicação, apenas em 02/04/2001.

O interregno é expressivo, deixando intuir que não só o pedido, mas o deferimento da adjudicação, ato expropriatório por excelência, como aduz o recorrente, efetivamente não foram imediatos.

A pergunta que remanesce é a seguinte: se não seria necessário intimar o advogado do executado acerca da adjudicação do bem, bastando que fosse intimado da praça, atribuindo-lhe o ônus de peregrinar diariamente ao cartório judicial para verificar o estado em que está a execução, por quanto tempo seria razoável e proporcional dele exigir-se tal diligência?

A interpretação que mais bem atenderia ao devido processo constitucional,

Acesso ao Sumário

seria a de que, em não estabelecendo expressamente o art. 746 do CPC, à época da adjudicação, o dies a quo do prazo para os embargos de segunda fase, em ocorrendo de forma imediata a formulação de pedido de adjudicação, seria o da assinatura do auto de adjudicação, mas, em assim não ocorrendo, necessário seria intimar-se o executado do deferimento do pedido de adjudicação para a deflagração do respectivo prazo.

Considerar-se, o executado, como intimado da assinatura da adjudicação do bem pelo credor, marco legal a torná-lo apto a apresentar os embargos de segunda fase, pela intimação da praça ocorrida meses antes da expropriação efetiva, parece-me fazer tábula rasa do princípio do contraditório, da ampla defesa e da necessária publicidade dos atos processuais, distanciando-se do que prescreve o art. 5º, inciso LIV e LV, da CF.

Ora, o dilargado prazo entre a praça, sem licitantes, e a assinatura do auto, interpolando-se cinco meses, poder-se-ia dizer, equivale à situação em que o bem é arrematado ou adjudicado na data da praça da qual não foi intimado o executado, por que em ambos os casos, ao fim e ao cabo, ter-se-ia a indesejada surpresa acerca da ocorrência de fato relevante dentro do processo do qual não restou o devedor devidamente cientificado.

Com estes temperamentos, tenho que se deve concluir como o fizera a Colenda Quinta Turma desta Casa, quando do julgamento do Resp n. 294.702/SP, precedente utilizado como paradigma para o sustentado dissídio jurisprudencial.

Esta a sua ementa:

'PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS À ADJUDICAÇÃO. INÍCIO DA CONTAGEM DO PRAZO. NECESSIDADE DE INTIMAÇÃO DA ADJUDICAÇÃO. 1. Assinado o termo de adjudicação, a parte deve ser intimada, para no prazo de dez dias, em desejando, embargar-lhe. Entendimento em contrário contraria a sistemática do Código de Processo Civil, segundo a qual faz-se necessário dar ciência formal dos atos processuais às partes para a defesa de seus diretos em juízo, bem como aos princípios constitucionais fundamentais do contraditório e da ampla defesa.

2. Recurso Especial não provido.

(REsp 294.702/SP, Rel. Ministro EDSON VIDIGAL, QUINTA TURMA, julgado em 15/02/2001, DJ 26/03/2001, p. 466)'

Considerou o e. Ministro relator naquela toada que: a defesa de direitos exige necessariamente informação dos atos judiciais praticados, sob pena de, omitindo-se a ciência dos atos a qualquer das partes, violar os princípios constitucionais fundamentais do contraditório e da ampla defesa.

E continua o Min. Edson Vidigal:

Acesso ao Sumário

Ademais, como bem ressalvado, a adjudicação pode ser requerida pelo credor a qualquer tempo após a praça frustrada, bastando ao credor depositar em juízo o preço da avaliação do bem, no entanto, isto pode se dar a qualquer tempo, dificultando a ciência da parle contraria, pelo que faz-se sim necessária a intimação do devedor, para que, em desejando, embargar a execução. É o que se depreende do CPC, arts. 234 e 242

Dessa forma, não havendo intimação do devedor da assinatura do termo de adjudicação, não se iniciou a contagem do prazo da oposição dos Embargos, não havendo, portanto, falar em violação à regra processual do CPC, art. 739, I.[1]

Dignos de registro, ainda, os precedentes que, monocraticamente, examinaram o presente tema.

O e. Min. Luis Felipe Salomão, com supedâneo nos precedentes dos Min. Barros Monteiro e Dias Trindade, julgando o Ag n. 817.796/PR, publicado no DJ de 08/02/2010, reconheceu: tendo em vista a moldura fática apurada pela instância ordinária, não merece acolhida a irresignação, pois os embargantes foram intimados para a praça, de modo que o prazo para oposição de embargos à arrematação, na espécie, teve por termo a inicial a assinatura do auto de adjudicação, tal qual decidido na origem.

Na mesma linha, o e. Min. Aldir Passarinho, quando do julgamento do Ag. 1.060.150/PI, publicado no DJ de 04/11/2008, professou que: Quanto ao prazo para oposição dos embargos, não sendo intimado o executado da hasta pública, como na hipótese vertente, o termo inicial para a oposição dos embargos à arrematação é o do cumprimento do mandado de imissão na posse do bem, o que não consta nos autos de que tenha ocorrido.

E, ainda, a e. Min. Nancy Andrighi, quando do julgamento do REsp n. 705.142/SP, publicado em 25/04/2006, reconheceu a tempestividade dos embargos à arrematação, determinando o seu julgamento, diante da falta de intimação específica para a praça.

Ouso, todavia, estender o mesmo entendimento ao caso concreto, em que, apesar de existente intimação acerca da praça, em não se tendo a adjudicação ocorrido nesta data, senão dilargado período após, cujo auto fora assinado quase meio ano depois da segunda praça, há de se considerar como termo inicial da contagem do prazo para os embargos à adjudicação aquele em que restou o executado intimado ou da imissão na posse do imóvel pelo adjudicante ou do deferimento do pedido de adjudicação." (REsp 957.674/SC, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, TERCEIRA TURMA, julgado em 02/06/2011, DJe 09/06/2011)

1 *In* REsp 294.702-SP, 5ª T., v.u., Min. EDSON VIDIGAL, j.15.2.2001, DJ. 26.3.01.

Acesso ao Sumário

Se assim é, forçoso reconhecer a nulidade dos atos praticados após a assinatura do termo de adjudicação, sem determinação de intimação da executada para eventual oposição de embargos à adjudicação, não se tratando, portanto, de adjudicação perfeita e acabada.

Além disso, havia ocorrido prescrição intercorrente, antes da adjudicação.

Sobre o tema, o Superior Tribunal de Justiça, historiando com minúcias tudo quanto já foi decidido a respeito, concluiu pela possibilidade do reconhecimento da prescrição intercorrente, sem necessidade de intimação do exequente para dar andamento à execução suspensa, para que não haja risco dela assim permanecer indefinidamente, adotando-se o critério do novo Código de Processo Civil. Neste termos o referido julgamento:

> "(...) Passando à polêmica central do presente recurso, a controvérsia diz respeito à fluência da prescrição enquanto suspensa a execução por inexistência de bens penhoráveis.
>
> No âmbito da execução fiscal, a controvérsia encontra-se, atualmente, resolvida no sentido da possibilidade de declaração da prescrição intercorrente, tendo em vista previsão legal expressa no art. 40, §§ 4º e 5º, da Lei 6.830/80, abaixo transcrito:
>
> *Art. 40 - O Juiz suspenderá o curso da execução, enquanto não for localizado o devedor ou encontrados bens sobre os quais possa recair a penhora, e, nesses casos, não correrá o prazo de prescrição.*
>
> *§ 1º - Suspenso o curso da execução, será aberta vista dos autos ao representante judicial da Fazenda Pública.*
>
> *§ 2º - Decorrido o prazo máximo de 1 (um) ano, sem que seja localizado o devedor ou encontrados bens penhoráveis, o Juiz ordenará o arquivamento dos autos.*
>
> *§ 3º - Encontrados que sejam, a qualquer tempo, o devedor ou os bens, serão desarquivados os autos para prosseguimento da execução.*
>
> *§ 4º - Se da decisão que ordenar o arquivamento tiver decorrido o prazo prescricional, o juiz, depois de ouvida a Fazenda Pública, poderá, de ofício, reconhecer a prescrição intercorrente e decretá-la de imediato. (Incluído pela Lei nº 11.051, de 2004)*
>
> *§ 5º - A manifestação prévia da Fazenda Pública prevista no § 4º deste artigo será dispensada no caso de cobranças judiciais cujo valor seja inferior ao mínimo fixado por ato do Ministro de Estado da Fazenda. (Incluído pela Lei nº 11.960, de 2009)*
>
> No âmbito das relações jurídicas de direito privado, contudo, não há dispositivo legal semelhante, ensejando o surgimento, há longa data, de controvérsia acerca da prescrição intercorrente.
>
> Em 1963, o Supremo Tribunal Federal (então competente para uniformizar a interpretação da lei federal) editou a Súmula 150/STF, reconhecendo a

Acesso ao Sumário

possibilidade de prescrição da pretensão executória pelo mesmo prazo da ação, nos seguintes termos:

Súmula 150/STF - *Prescreve a execução no mesmo prazo de prescrição da ação*.

Além da controvérsia acerca da possibilidade de se declarar a prescrição intercorrente no curso de uma execução frustrada, havia polêmica sobre o prazo a ser observado, pois alguns julgados acolhiam a tese de que a sentença faria novação, mudando a natureza do crédito, e, por conseguinte, o prazo prescricional, tese que foi superada com a edição da súmula.

Voltando à prescrição intercorrente, merece referência um dos julgados que deu origem à súmula, o RE 34.944/DF, Rel. Min. LUIZ GALLOTTI, 1ª Turma, DJ de 18/09/1957, assim ementado:

Prescrição. Dissídio jurisprudencial sobre se a execução prescreve no mesmo prazo da ação. Decisão em sentido afirmativo.

Esse julgado teve origem em uma ação revocatória falimentar que, na fase de execução, ficara paralisada por mais de seis anos por inércia do exequente, quando o prazo de prescrição, na época, era de apenas um ano, uma hipótese típica de prescrição intercorrente.

Como se verifica, a Súmula 150/STF era fundamento para a declaração da prescrição intercorrente no curso de uma execução frustrada, ressalvando apenas a necessidade de requerimento do devedor, pois a prescrição não podia ser declarada de ofício.

Em 1988, a Constituição Federal, ao criar o Superior Tribunal de Justiça, conferiu-lhe a competência para uniformizar a interpretação da lei federal.

No âmbito desta Corte Superior, a aplicação da Súmula 150/STF gerou polêmica na hipótese de suspensão do processo por ausência de bens penhoráveis.

No sentido da aplicação da Súmula 150/STF, confira-se o seguinte julgado do ano de 1990:

RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO CONJUNTA, DE CAMBIAL E DE CONTRATO. PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE. A PARALISAÇÃO DO CURSO DO PROCESSO POR PRAZO SUPERIOR AO DA AÇÃO FUNDADA EM CAMBIAL, CONDUZ A PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE; MAS NÃO OPERA EM RELAÇÃO A EXECUÇÃO SIMULTÂNEA DE CONTRATO, CUJA PRESCRIÇÃO SE REGULA PELO PRAZO MAIOR DO ART. 177, CÓDIGO CIVIL. RECURSO NÃO CONHECIDO. (REsp 1.817/SP, Rel. Min. GUEIROS LEITE, TERCEIRA TURMA, DJ 28/05/1990)

Também do ano de 1990, confira-se o seguinte julgado em sentido contrário: *EXECUÇÃO. PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE. PRESSUPÕE, A PRESCRIÇÃO, DILIGENCIA QUE O CREDOR, PESSOALMENTE INTIMADO, DEVA CUMPRIR, MAS NÃO CUMPRE*

Acesso ao Sumário

NO CURSO DO PRAZO PRESCRICIONAL. HIPÓTESE EM QUE, POR NÃO TER HAVIDO A INTIMAÇÃO, NÃO SE VERIFICOU A PRESCRIÇÃO. ART. 267, PAR. 1, DO COD. DE PR. CIVIL. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO E PROVIDO. (REsp 5.910/SC, Rel. Ministro NILSON NAVES, TERCEIRA TURMA, DJ 17/12/1990)

Em julgado de 1993, após intensos debates, tendo de um lado os Ministros DIAS TRINDADE e EDUARDO RIBEIRO sustentando a aplicação da Súmula 150/STF, e, de outro lado, os Ministros WALDEMAR ZVEITER, NILSON NAVES e CLÁUDIO SANTOS, afirmando a sua inaplicabilidade, acabou prevalecendo este último entendimento.

O julgado restou ementado nos seguintes termos:

PROCESSUAL CIVIL - EXECUÇÃO COM BASE EM TITULO EXECUTIVO EXTRAJUDICIAL - SUSPENSÃO POR FALTA DE BENS PENHORÁVEIS - PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE - CASO EM QUE NÃO SE VERIFICA.

I- PRESSUPÕE A PRESCRIÇÃO DILIGENCIA QUE O CREDOR, PESSOALMENTE INTIMADO, DEVE CUMPRIR, MAS NÃO CUMPRE NO PRAZO PRESCRICIONAL. ESTANDO SUSPENSA A EXECUÇÃO A REQUERIMENTO DO CREDOR, PELA INEXISTÊNCIA, EM NOME DO DEVEDOR, DE BENS PENHORÁVEIS, NÃO TEM CURSO O PRAZO DE PRESCRIÇÃO. INTELIGÊNCIA DOS ARTS. 266; 791, III E 793, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL.

II- RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. (REsp 33.373/PR, Rel. p/ acórdão Ministro WALDEMAR ZVEITER, TERCEIRA TURMA, julgado em 28/09/1993, DJ 21/02/1994)

Esse entendimento é o que prevalece atualmente na jurisprudência das duas Turmas de Direito Privado desta Corte Superior, conforme se verifica nos seguintes julgados:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PROCESSO CIVIL. PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE. INTIMAÇÃO. NECESSIDADE.

1. Para o reconhecimento da prescrição intercorrente é imprescindível a intimação da parte para dar andamento ao feito.

2. Agravo regimental não provido.

(AgRg no AgRg no AREsp 228.551/SP, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, DJe 23/06/2015)

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PROCESSO CIVIL. PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE. EXTINÇÃO DO PROCESSO. NECESSIDADE DE PRÉVIA INTIMAÇÃO DO AUTOR. MANTIDA A DECISÃO MONOCRÁTICA.

1. A jurisprudência do STJ é pacífica no sentido de ser necessária a intimação pessoal do credor antes de reconhecer a prescrição intercorrente.

Acesso ao Sumário

2. Agravo regimental improvido.

(AgRg no AREsp 593.723/SP, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA TURMA, DJe 24/04/2015)

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO. PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE. INTIMAÇÃO. AUSÊNCIA. APLICAÇÃO DA SÚMULA 83/STJ.

1. A jurisprudência desta Corte entende que, para reconhecimento da prescrição intercorrente, é imprescindível a comprovação da inércia do exequente, bem como sua intimação pessoal para diligenciar nos autos, o que não ocorreu no presente caso.

2. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no REsp 1521490/SP, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, QUARTA TURMA, DJe 19/05/2015)

AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO (ART. 544 DO CPC) - EXECUÇÃO - PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE - DECISÃO MONOCRÁTICA QUE AFASTOU A EXTINÇÃO DA EXECUÇÃO ANTE A AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO DA PARTE CREDOR PARA IMPULSIONAR O FEITO. INSURGÊNCIA DO EXECUTADO.

1. De acordo com precedentes do STJ, a prescrição intercorrente só poderá ser reconhecida no processo executivo se, após a intimação pessoal da parte exequente para dar andamento ao feito, a mesma permanece inerte. Precedentes.

2. Conforme orientação pacífica desta Corte, é necessária a intimação pessoal do autor da execução para o reconhecimento da prescrição intercorrente. Precedentes.

3. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no AREsp 131.359/GO, Rel. Ministro MARCO BUZZI, QUARTA TURMA, DJe 26/11/2014)

Importante observar que a intimação para dar andamento ao feito, mencionada nos precedentes supracitados, diz respeito à extinção do processo por abandono da causa pelo prazo de 30 dias, conforme previsto no art. 267, inciso III, do Código de Processo Civil, hipótese que não depende da ocorrência de prescrição, como já alertava o Min. EDUARDO RIBEIRO, nos primeiros julgados desta Corte sobre tema.

Como a extinção pelo art. 267, inciso III, não depende da ocorrência de prescrição, infere-se que a jurisprudência atual ou rejeita a tese da prescrição intercorrente na execução, ou a subordina à caracterização processual do abandono da causa, criando assim uma hipótese *sui generis* de prescrição.

Uma consequência indesejável desse entendimento é a possibilidade de pretensões executórias subsistirem indefinidamente no tempo, não obstante a inércia da parte interessada.

Essa consequência, a meu juízo, isso não pode ser admitido com

Acesso ao Sumário

tamanha amplitude, pois atenta contra o objetivo principal do sistema jurídico, que é a pacificação dos conflitos de interesse.

Como é cediço, o instituto da prescrição tem por fundamento a segurança jurídica proporcionada às relações jurídicas, fulminando a pretensão pelo transcurso do tempo associado à inércia do credor.

Sobre esse ponto, merece referência a precisa lição de PONTES DE MIRANDA sobre os fundamentos sociais da limitação temporal de direitos e pretensões (*Tratado de Direito Privado*, Parte Geral vol. 6, Bookseller, 1ª ed., 2000, p. 135):

No Código Civil brasileiro e na ciência jurídica, escoimada de teorias generalizantes, prescrição é a exceção, que alguém tem, contra o que não exerceu, durante certo tempo, que alguma regra jurídica fixa, a sua pretensão ou ação. Serve à segurança e à paz públicas, para limite temporal à eficácia das pretensões e das ações. A proteção, que se contém nas regras jurídicas sobre a prescrição, corresponde à experiência humana de ser pouco provável a existência de direitos, ou ainda existirem direitos, que longo tempo não foram invocados. Não é esse, porém, o seu fundamento. Os prazos prescricionais servem à paz social e à segurança jurídica. Não destroem o direito, que é; não cancelam, não apagam as pretensões; apenas, encobrindo a eficácia da pretensão, atendem à conveniência de que não perdure por demasiado tempo a exigibilidade ou a acionalidade. Qual seja essa duração, tolerada, da eficácia pretensional, ou simplesmente acional, cada momento da civilização determina.

Esse objetivo de pacificação social não parece ser compatível com o prolongamento indefinido de pretensões executórias ao longo do tempo.

Quanto a esse ponto, o caso dos autos é emblemático, pois a execução permaneceu suspensa por treze anos (de 1999 a 2012), sem qualquer iniciativa da parte credora, quando então os devedores, pretendendo livrarem-se do débito, requereram a declaração da prescrição intercorrente, que teria sido consumada após cinco anos de suspensão do processo, por se tratar de dívida líquida (cf. art. 206, § 5º, inciso I, do Código Civil).

Evidentemente, é mais salutar para o sistema jurídico manter a pacificação social, obtida pelo transcurso de treze anos sem o exercício da pretensão, do que manter eficácia do crédito por tempo indefinido.

Essa ponderação que conduz ao reconhecimento da prescrição intercorrente, embora seja vencida na jurisprudência desta Corte, ganhou fôlego com a recente promulgação do novo Código de Processo Civil.

Pelo novo Código de Processo Civil, a suspensão da execução por ausência de bens penhoráveis implica também a suspensão da prescrição, mas somente pelo prazo de um ano, após o qual começa a fluir a prescrição intercorrente.

A propósito, confira-se o disposto no art. 921, abaixo transcrito:

Acesso ao Sumário

Art. 921. *Suspende-se a execução:*

.....

III - quando o executado não possuir bens penhoráveis;

.....

§ 1º. Na hipótese do inciso III, o juiz suspenderá a execução pelo prazo de 1 (um) ano, durante o qual se suspenderá a prescrição.

§ 2º. Decorrido o prazo máximo de 1 (um) ano sem que seja localizado o executado ou que sejam encontrados bens penhoráveis, o juiz ordenará o arquivamento dos autos.

§ 3º. Os autos serão desarquivados para prosseguimento da execução se a qualquer tempo forem encontrados bens penhoráveis.

§ 4º. Decorrido o prazo de que trata o § 1o sem manifestação do exequente, começa a correr o prazo de prescrição intercorrente.

§ 5º. O juiz, depois de ouvidas as partes, no prazo de 15 (quinze) dias, poderá, de ofício, reconhecer a prescrição de que trata o § 4º e extinguir o processo.

Cabe esclarecer que a intimação mencionada no '§ 5º', supra, diz respeito exclusivamente à observância do princípio do contraditório, nada tendo a ver com aquela intimação para dar andamento ao feito, mencionada nos precedentes desta Corte.

Sobre esse novo dispositivo legal, merece referência a doutrina de GILSON DELGADO MIRANDA, em obra coordenada por TERESA ARRUDA ALVIM WAMBIER, dentre outros (*Breves comentários ao novo Código de Processo Civil*. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2015, p. 2065):

Por quanto tempo o processo de execução ficará suspenso? Há prazo? Dez anos? Vinte anos? Pode o exequente requerer o desarquivamento de uma execução suspensa há 70 anos? O NCPC resolveu esse claro dilema. Realmente, na vigência do CPC/1973 houve muita divergência sobre o tema. Em precedente antigo do STJ, o Ministro Sálvio de Figueiredo, relator do REsp 280.873, 4a. T., j. 22-3-2001, verberou: estando suspensa a execução, em razão da ausência de bens penhoráveis, não corre o prazo prescricional. Nunca concordamos com essa orientação, especialmente depois da edição da Súmula 314 do STJ: Em execução fiscal, não localizados bens penhoráveis, suspende-se o processo por um ano, findo o qual se inicia o prazo de prescrição quinquenal intercorrente. Em outras palavras, no nosso sentir não há foro de prosperidade para se distinguir a orientação adotada em execução fiscal e aquela prevista para se aplicar à execução civil. Não comungamos da ideia de que uma execução suspensa a 70 anos possa ser desarquivada para expropriar os bens do executado. Em suma, em prol da segurança jurídica, à evidência, viável a defesa da prescrição intercorrente.

Acesso ao Sumário

Também cumpre mencionar a doutrina de FLÁVIO TARTUCE, em '*O novo CPC e o Direito Civil. Impactos, diálogos e interações*', ed. Método: São Paulo, 2015, p. 145:

Continua em vigor a Súmula 150 do STF, pela qual prescreve a 'execução no mesmo prazo de prescrição da ação'. Anote-se que o CPC anterior não elencava a prescrição como geradora da extinção da execução, em seu art. 794. O Novo CPC, seguindo o teor da súmula, passou a tratar dessa hipótese, reconhecendo, inclusive, a possibilidade da prescrição intercorrente (art. 924, inciso V, do CPC/2015). O art. 921 do CPC/2015 estabelece, entre as hipóteses de suspensão da execução, o fato de o executado não possuir bens penhoráveis (inciso III). Nos termos do seu § 1º, em situações tais, o juiz suspenderá a execução pelo prazo de um ano, durante o qual se suspenderá a prescrição. Porém, decorrido esse lapso sem manifestação do exequente, começa a correr o prazo de prescrição intercorrente (art. 921, § 4º, do CPC/2015). O juiz, depois de ouvir as partes, no prazo de 15 dias, poderá, de ofício, reconhecer a prescrição de que trata o § 4º e extinguir o processo (art. 921, § 5º, do CPC/2015).

Essa inovação trazida pelo novo Código de Processo Civil, a meu juízo, confere contornos mais precisos a questão, pois, em nosso sistema jurídico, a prescrição é a regra, a imprescritibilidade é a exceção.

Desse modo, os casos de imprescritibilidade devem-se limitar aos expressamente previstos no ordenamento jurídico, não sendo adequado criar outras hipóteses de imprescritibilidade pela via da interpretação, como ocorre ao se afastar a possibilidade de declaração da prescrição intercorrente na execução.

É por esta razão que se propõe, desde já, uma revisão da jurisprudência desta Corte Superior, para revigorar o entendimento consolidado na Súmula 150/STF, aplicando esse entendimento ainda na vigência do Código de Processo Civil de 1973.

Nesse passo, observa-se que o código em vigor não estabeleceu prazo específico para a suspensão da execução.

A propósito, confira-se a redação dos arts. 791 e 793 do Código de Processo Civil de 1973:

Art. 791. *Suspende-se a execução:*

I - no todo ou em parte, quando recebidos com efeito suspensivo os embargos à execução (art. 739-A); (Redação dada pela Lei nº 11.382, de 2006).

II - nas hipóteses previstas no art. 265, I a III;

III - quando o devedor não possuir bens penhoráveis.

.....

Nos termos do art. 202, parágrafo único, do Código Civil, a prescrição interrompida recomeça a correr do último ato do processo para a

Acesso ao Sumário

interromper.

Art. 202. *A interrupção da prescrição, que somente poderá ocorrer uma vez, dar-se-á:*

I - por despacho do juiz, mesmo incompetente, que ordenar a citação, se o interessado a promover no prazo e na forma da lei processual;

.....

V - por qualquer ato judicial que constitua em mora o devedor;

.....

Parágrafo único. *A prescrição interrompida recomeça a correr da data do ato que a interrompeu, ou do último ato do processo para a interromper.*

Como o Código de Processo Civil em vigor não estabeleceu prazo para a suspensão, cabe suprir a lacuna por meio da analogia, utilizando-se do prazo de um ano previsto no art. 265, § 5º, do Código de Processo Civil e art. 40, § 2º, da Lei 6.830/80.

Caso o juízo tivesse fixado prazo para a suspensão, a prescrição seria contada do fim desse prazo, após o qual caberia à parte promover o andamento da execução.

No caso concreto, consta no acórdão recorrido que o processo de execução foi suspenso, *sine die*, em 1999, a requerimento do credor, tendo ficado paralisado até 2012, quando os devedores peticionaram, requerendo a declaração da prescrição intercorrente.

O prazo de prescrição começou a fluir em 2000, um ano após a suspensão, pelo prazo geral de 20 anos.

Em 2003, com a entrada em vigor do novo Código Civil, recomeçou a contagem pelo prazo quinquenal, por se tratar de dívida líquida constante em instrumento particular, estando fulminada a pretensão em 2008 (cf. art. 206, § 5º, inciso I, do Código Civil).

Correto portanto, o entendimento do Tribunal de origem, que proclamou a prescrição intercorrente.

No que tange à alegação de violação ao art. 20, §§ 3º e 4º, ambos do Código de Processo Civil, a jurisprudência desta c. Corte Superior pacificou-se no sentido de que a rediscussão do valor fixado a título de verba honorária é vedada no âmbito do recurso especial, por força do Enunciado n. 7/STJ, ressalvadas as hipóteses de valor irrisório ou excessivo, o que não se verifica na espécie, tendo em vista a fixação da verba em R$ 5.000,00, o que representa menos de 10% do valor exequendo.

Nesse sentido:

DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. SISTEMA FINANCEIRO DA HABITAÇÃO. AÇÃO REVISIONAL.

[...]

8.- A pretensão recursal de redimensionamento da condenação em

Acesso ao Sumário

honorários advocatícios esbarra na Súmula 7 desta Corte.

Precedentes.

9.- Agravo Regimental a que se nega provimento.

(AgRg no REsp 1.143.250/RS, 3ª Turma, Min. Sidnei Beneti, DJe 04/10/2011)

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. ARBITRAMENTO POR EQUIDADE. REVISÃO. SÚMULA 7 DO STJ.

1. 'Ressalvadas as hipóteses de notória exorbitância ou insignificância, o valor dos honorários advocatícios sujeitos a fixação por critério de equidade (CPC, art. 20, § 4º), não se submetem a controle por via de recurso especial, já que demanda reexame de matéria fática. Aplicação das súmulas 7/STJ e 389/STF.' (REsp 1.186.053/SP, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ de 12/5/2010).

2. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no AREsp 17.736/SP, 4ª Turma, Min. Maria Isabel Gallotti, DJe 29/05/2012)".[2]

Então, com a entrada do novo Código de Processo Civil em vigor (art. 921, inciso III, § 4º), o termo inicial para contagem da prescrição intercorrente tem início depois de um ano da suspensão do processo, ainda que não tenha havido intimação do exequente, o que, já no Código anterior, que se aplica ao caso, também já se admitia, como visto, utilizando-se o prazo previsto no art. 265, § 5º, do Código de Processo Civil de 1973 e o art. 40, § 2º, da Lei 6.830/80.

No caso em tela a possibilidade de reconhecimento da prescrição intercorrente é mais evidente, porque havia bem penhorado e, mesmo assim, a execução foi suspensa, sem que o exequente nada fizesse por vários anos.

A última suspensão durou sete anos, até que, em 29.4.13, o exequente requereu o desarquivamento do feito (fl. 396), e em 24.3.14, requereu a adjudicação do bem penhorado (fl. 411).

Em suma, diante da existência de bem imóvel penhorado, não se tratando da hipótese do art. 791, III, do CPC, e mesmo que tenha sido deferida, equivocadamente, a suspensão, como para ela não havia causa e como, ainda que houvesse, a prescrição intercorrente tem curso durante o prazo de suspensão, ela deve ser reconhecida.

Acesso ao Sumário

O contrato havido entre as partes teve início e terminou sob a vigência do antigo C. Civil e as prestações exigidas se venceram em 1998 (fls. 25/27), também antes do novo Código Civil entrar em vigor. Assim, aplica-se ao caso o prazo prescricional previsto no art. 178, § 10, inc. IV, do antigo Código Civil, que era de cinco anos, maior do que o atual de três, considerando o disposto

2 Cf. REsp 1522092/MS, TERCEIRA TURMA do STJ, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, , julgado em 06/10/2015, DJe 13/10/2015.

no art. 2028, que estabelece que "Serão os da lei anterior os prazos, quando reduzidos por este Código, e se, na data de sua entrada em vigor, já houver transcorrido mais da metade do tempo estabelecido na lei revogada".

Assim, considerando o início do prazo prescricional em janeiro de 2006, a prescrição do pedido de cobrança - que era de cinco anos, nos termos do art. 178, § 10, inc. IV, do antigo Código Civil - operou-se em janeiro de 2011, de modo que, em 2013, quando do desarquivamento dos autos pelo exequente, ela já tinha se operado.

Ainda que se considerasse a suspensão do prazo prescricional por um ano, conforme art. 265, § 5º, do Código de Processo Civil de 1973, do art. 40, § 2º, da Lei 6.830/80, e também do previsto no novo Código de Processo Civil, em seu art. 921, inciso III, § 4º, também já teria se operado a prescrição em janeiro de 2012.

Logo, acolho o pedido de reconhecimento da prescrição, com prejuízo de todas as demais alegações, e julgo extinta a execução, nos termos do art. 269, IV, do CPC.

Em consequência, todos os atos praticados na execução, após a ocorrência da prescrição intercorrente, inclusive, a adjudicação, são nulos de pleno direito, devendo, portanto, em 1º grau, ser expedido mandado para cancelamento, no registro do imóvel, da adjudicação.

Por fim, o reconhecimento da prescrição intercorrente, que se deu em virtude da inércia do exequente na execução, determina sua consequente condenação ao pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios, que ora arbitro em R$ 1.000,00, nos termos do artigo 20, § 4º, do Código de Processo Civil, com juros e correção monetária incidentes, respectivamente, da data do trânsito em julgado da decisão e da data do arbitramento[3].

Diante do exposto e para os fins determinados, dou provimento ao recurso.

Acesso ao Sumário

3 Nesse sentido: Embargos de Declaração nº 0102531-74.2008.8.26.0006/50000, rel. SILVIA ROCHA, j. 27.03.13; Agravo de Instrumento nº 0160335-42.2013.8.26.0000, rel. HAMID BDINE, j. 06.11.13; Agravo de Instrumento nº 0058903-48.2011.8.26.0000, rel. FERRAZ FELISARDO, j. 01.06.11; Agravo de Instrumento nº 0026574-17.2010.8.26.0000, rel. S. OSCAR FELTRIN, j. 28.04.10.

Agravos Regimentais

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Regimental nº 2032303-77.2016.8.26.0000/50000, da Comarca de São Paulo, em que são agravantes LETICIA FLAVIA LOURENÇO DE JESUS e DANIEL CAMPOS PARENTE, são agravados JEFFERSON RICARDO GUEDES, MITRA ARQUIDIOCESANA DE SÃO PAULO PARÓQUIA NOSSA SENHORA APARECIDA DE MOEMA, RODRIGO FRADUSCO SHIE, LOURDES ROBLES ANGELUCCI, SILAS ERLOU ANGELUCCI, ESPAÇO CENTER MORUMBI 7010 - PARAMENTO LTDA., BUFFET CENTER LTDA., RENATA MARQUES CONSTANTINO, MARCELO ROTTA, BUFFET CASA DORO LTDA., MARIA CRISTINA STARKBAUER, MIGUEL CRISTIANO STORTI STARKBAUER e WALTER STARKBAUER e Agravado/Agravante ESPAÇO BRAGANÇA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 35ª 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 36965)**

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

São Paulo, 18 de abril de 2016.

MELO BUENO, Relator

Ementa: AGRAVO REGIMENTAL - PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS - RESCISÃO CONTRATUAL C/C INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS - Decisão monocrática que negou provimento ao agravo de instrumento - Ilegitimidade passiva configurada - Justiça gratuita - Alegação de impossibilidade financeira em custear as despesas do processo - Comprovação - Inexistência - Tutela antecipada - Impossibilidade - Necessidade de dilação probatória - Ausência dos requisitos autorizadores - Decisão mantida - Recurso desprovido.

Acesso ao Sumário

VOTO

Agravo regimental contra julgado de fls. 174/178 que negou provimento ao agravo de instrumento tirado contra a r. decisão que, reconheceu a ilegitimidade passiva dos correqueridos Espaço Center Morumbi 7010 - Paramento Ltda., Espaço Bragança, Espaço Moema e *Buffet* Casa D'oro Ltda., e seus respectivos sócios, bem como os sócios da empresa *Buffet* Center - Ltda. e julgou extinta a ação de rescisão contratual c/c indenização por danos morais e materiais, fundada em prestação de serviço; indeferiu o pedido de tutela antecipada e o pedido de justiça gratuita, determinando o recolhimento das custas processuais em dez dias. Os agravantes aduzem, em suma, a ilegitimidade do julgado; que a decisão monocrática afronta princípios do contraditório, devido processo legal, duplo grau de jurisdição, razoável duração do processo; motivo pelo qual pugna pela reconsideração do decidido ou a apreciação do presente recurso pela turma julgadora.

O agravo de instrumento foi decidido nos termos do artigo 557, do Código de Processo Civil e 252, do Regimento Interno desta C. Corte.

É o relatório.

Inicialmente, salienta-se que, tendo em vista os princípios da efetividade, celeridade e razoável duração do processo, os integrantes desta C. Corte têm proferido decisões monocráticas embasadas no art. 557 do CPC, quando a decisão proferida pelo relator sorteado seja idêntica a que seria prolatada se o recurso fosse submetido à apreciação do colegiado ou turma, sendo certo que a referida norma está em conformidade com o direito processual civil moderno, que tem como tendência aumentar os poderes do juiz e diminuir o número de recursos. A propósito, confira-se a jurisprudência do E. Superior Tribunal de Justiça:

> **"(...) 4. A configuração de jurisprudência dominante constante do art. 557 do CPC prescinde de que todos os órgãos competentes em um mesmo Tribunal tenham proferido decisão a respeito do tema. Isso porque essa norma é inspirada nos princípios da economia processual e da razoável duração do processo e tem por finalidade a celeridade na solução dos litígios. Assim, se o Relator conhece orientação de seu órgão colegiado, desnecessário submeter-lhe, sempre e reiteradamente, a mesma controvérsia. 5. A eventual nulidade da decisão monocrática calcada no artigo 557 do CPC fica superada com a reapreciação do recurso pelo órgão colegiado, na via de agravo regimental. Agravo regimental improvido"**[1].

De qualquer modo, a questão está superada, eis que a matéria é agora submetida à apreciação do órgão colegiado.

A ação originária deste recurso foi proposta em razão do descumprimento

1 AgRg no REsp 1447225 / GO - Rel. Min. HUMBERTO MARTINS, T2, DJe 07/05/2015.

Acesso ao Sumário

contratual de prestação de serviços, notadamente *buffet* e locação de espaço, para cerimônia da festa de casamento dos agravantes. Afirmam que foram vítimas de um golpe, juntamente com mais 200 casais, motivo pelo qual pretendem a rescisão do contrato, com a restituição de valores pagos e indenização por danos materiais e morais. Os agravantes justificam a inclusão de todos os correqueridos no polo passiva, tendo em vista que se trata de grupo econômico, que em conluio com os seus sócios, agiram de má-fé e obtiveram vantagens financeiras de inúmeros casais, ao cobrarem por festas e eventos que nunca se realizariam, configurando-se, pois, a responsabilidade objetiva.

Conforme ficou consignado na r. decisão agravada, o d. magistrado bem afastou a legitimidade passiva das pessoas jurídicas Espaço Center Morumbi 7010 - Paramento Ltda., Espaço Bragança, Espaço Moema e *Buffet* Casa D'oro Ltda., na medida em que os agravantes não lograram êxito em demonstrar qualquer relação jurídica que legitimasse a permanência delas no polo passivo, especialmente pelo fato do contrato de prestação de serviços (fls. 97/103), o qual se pretende a rescisão e fundamenta a pretensão de reparação danos, foi firmado tão somente com a empresa *Buffet* Center Ltda. Do mesmo modo, não há que se cogitar na permanência dos sócios das referidas empresas no polo passivo, na medida em que o negócio jurídico em questão foi celebrado diretamente com a pessoa jurídica. Eventual desconsideração da personalidade jurídica deve ficar postergada à fase de execução, como bem ressaltado na r. decisão agravada. A propósito, em caso análogo, confira-se o entendimento desta C. Corte:

> **AÇÃO DE RESCISÃO CONTRATUAL CUMULADA COM RESTITUIÇÃO DE VALORES PAGOS - DANOS MATERIAIS E MORAIS - Negócio celebrado com pessoa jurídica - Determinação de emenda da inicial para exclusão dos sócios do polo passivo da ação - Responsabilidade subsidiária dos sócios - REQUERIMENTO DE CONCESSÃO DA JUSTIÇA GRATUITA - Pedido não conhecido, pois sequer houve prova de indeferimento do juízo a quo sobre o benefício, sob pena de supressão de instância - Decisão mantida - Recurso desprovido**[2].

Outrossim, estando a ação em sua fase inicial, aguardando que se estabeleça o contraditório, incabível a concessão da medida pretendida, pois referido pedido implica, necessariamente, em antecipação da decisão a favor dos agravantes o que, ainda, se mostra inviável, diante da ausência dos requisitos autorizadores, sendo imprescindível que se estabeleça o contraditório. Muito embora a agravante tenha alegado que houvera preenchido os requisitos do **'fumus boni iuris'** e **'periculum in mora'**, toda concessão liminar, nesta fase inicial, demanda requisitos mais rígidos para sua concessão, ou seja, os requisitos próprios da antecipação de tutela, conforme previstos no art. 273, do CPC.

Acesso ao Sumário

2 Agravo de Instrumento nº 2269839-75.2015.8.26.0000 - Rel. Des. Claudio Hamilton, 25ª C., j. 18/2/2016.

Cumpre observar, ademais, que o poder geral de cautela visa assegurar o direito alegado, não se podendo admitir que seja utilizado para assegurar incerta execução. Para a concessão da tutela de urgência, faz-se necessária a existência de prova inequívoca do fato constitutivo do direito; verossimilhança da alegação e o fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, o que não se verifica na espécie, na medida em que a matéria requer dilação probatória. Logo, por ora, não se vislumbra a existência de comprovação do risco de dano irreparável ou de difícil reparação, a sua extensão e a responsabilidade atribuída aos agravados, a justificar a concessão da tutela antecipada.

Portanto, a manutenção do indeferimento da tutela antecipada é medida que se impõe, tendo em vista os estreitos limites de cognição deste recurso, sendo que qualquer aprofundamento das questões relativas ao inadimplemento contratual e os seus motivos, deverão ser apreciados em cognição exauriente, sob pena de ofensa aos princípios da ampla defesa e do contraditório, não se podendo conceder os efeitos de uma decisão ainda não proferida e que dependerá de instrução para ser prolatada. Neste sentido é a jurisprudência desta C. Corte:

> **PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS - Ação anulatória de contrato c.c. repetição de indébito e indenização por danos morais - Decisão de Primeiro Grau que deferiu a tutela antecipada pleiteada, determinando o bloqueio da importância pretendida a título de indenização pelo agravado - Fatos narrados pelo autor que não estão revestidos de verossimilhança necessária, nem são suficientes à configuração do "periculum in mora" - Feito que está a exigir dilação probatória, atendendo-se aos princípios do contraditório e ampla defesa - Recurso provido, reformando-se a r. decisão de Primeiro Grau que deferiu a tutela pretendida[3].**

Por derradeiro, quanto ao indeferimento do pedido de justiça gratuita, destaca-se que ao Estado incumbe prestar, aos comprovadamente necessitados, a assistência jurídica integral e gratuita, conforme dispõe o artigo 5º, LXXIV, da Constituição Federal. Assim sendo, pode o juiz, entendendo não estar comprovada a insuficiência financeira da parte, indeferir, cassar ou revogar o benefício.

Em atenção ao princípio da isonomia, firmou-se o entendimento de que, em tese, o benefício é passível de concessão àqueles que auferem rendimentos dentro do limite de isenção tributária estabelecido pela Receita Federal, sendo admissível a concessão, extrapolado tal limite, considerando-se as condições subjetivas do pretendente, a natureza da causa e o valor envolvido, dentre outros elementos de convicção.

Contudo, no presente caso, observa-se que os agravantes possuem

Acesso ao Sumário

3 AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº: 2229794-9.2015.8.26.0000 - Rel. Des. CARLOS NUNES, 31ª C., 2/2/2016.

profissão definidas, 'coordenadora de eventos' e 'engenheiro civil', auferindo renda mensal anual que excede o patamar de isenção tributária (fls. 147/163), o que não condiz com o alegado estado de pobreza, a possibilitar a obtenção do benefício pretendido, inexistindo nos autos qualquer demonstração da alegada insuficiência financeira, ainda que momentânea. Neste sentido, confira-se precedente desta C. Corte:

> **"AGRAVO DE INSTRUMENTO - ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA - Indeferimento do benefício - Declaração de hipossuficiência de recursos que garante ao interessado presunção de boa-fé quanto ao afirmado - Presunção relativa de veracidade - Elementos carreados aos autos que contrariam a alegação de miserabilidade - Necessidade de comprovação da insuficiência de recursos - Hipótese não verificada - Gratuidade negada, com oportunidade de recolhimento do preparo, sob pena de inscrição na dívida ativa - Decisão mantida - Recurso improvido"**[4].

Deste modo, não há como se acolher a pretensão recursal, impondo-se a manutenção da decisão agravada pelos seus próprios fundamentos, não merecendo, portanto, provimento o presente agravo regimental.

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

Apelações

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1004092-26.2014.8.26.0224, da Comarca de Guarulhos, em que é apelante IMOBILIÁRIA E CONSTRUTORA CONTINENTAL LTDA., é apelado JOÃO MARIANO (JUSTIÇA GRATUITA).

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 3ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U"., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 37991)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores BERETTA DA SILVEIRA (Presidente), EGIDIO GIACOIA e VIVIANI NICOLAU.

Acesso ao Sumário

4 AI 2162847-27.2014.8.26.0000, Rel. Des. LUIS FERNANDO NISHI, 32ªC., j. em 16/10/2014.

São Paulo, 14 de abril de 2016.
BERETTA DA SILVEIRA, Relator

Ementa: COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA. Ação de indenização por benfeitorias e acessões. Compromisso de venda e compra rescindido a pedido do autor em ação autônoma. Ajuizamento de ação visando à indenização pela ré das benfeitorias e acessões realizadas sobre o terreno objeto do contrato. Incidência do CDC. Posse de boa-fé do autor comprovada por justo título que autoriza a retenção da casa e das benfeitorias realizadas no terreno, nos termos do artigo 1.255 do Código Civil. Inexistência de violação ao artigo 34 da Lei nº 6.766/79. Direito do requerente a indenização pelas benfeitorias necessárias. Indenização devida, ainda que a posse seja de má-fé. Nos termos do disposto no artigo 517 do Código Civil de 1916. Fixação dos honorários em 10% sobre o valor da condenação. Fixação correta. Sentença de cunho condenatório. O acréscimo de juros de mora sobre a indenização não acarreta enriquecimento sem causa. Súmula 254 do STF. Aplicação do art. 252 do Regimento Interno deste E. Tribunal de Justiça. Ação procedente. Sentença mantida. RECURSO DESPROVIDO.

VOTO

Trata-se de ação de indenização por benfeitorias c. pedido de liminar de retenção, julgada procedente pela r. sentença de fls. da lavra da i. magistrado Carlos Eduardo Santos Pontes de Miranda.

Apela a ré, alegando, em síntese, que no caso em tela, não resta dúvida que é de rigor a aplicação da regra do artigo 333 do Código de Processo Civil, que estabelece que cabe ao autor a prova do fato constitutivo do seu direito. O apelado não provou que as benfeitorias existiram e através de levantamentos prévios junto a Municipalidade de Guarulhos, apurou-se que as construções edificadas no lote objeto da ação não possui planta aprovada, "habite-se", recolhimento de ISS, INSS, além de outras providências. O apelado deverá exibir os documentos que provem a regularidade da construção, para efeito de receber a devolução parcial dos valores pagos.

Contrarrazões (fls. 186/196).

Acesso ao Sumário

É o RELATÓRIO.

Importar realçar, *prima facie*, que as referências processuais feitas neste pronunciamento são do código revogado, eis que os fatos se deram sob sua vigência, daí a boa lembrança de **GALENO LACERDA** (*O novo direito processual civil e os feitos pendentes*. Rio de Janeiro: Forense. 2006, página 3) que "*Podemos e devemos considerar a existência de direito adquiridos processuais, oriundos dos próprios atos ou fatos jurídicos processuais, que emergem, em cada processo, de dinamismo desse relacionamento jurídico complexo. Aliás, o novo Código é expresso, no art. 158, no reconhecimento desses direitos. Existem direitos adquiridos à defesa, à prova, ao recurso, como existem direitos adquiridos ao estado, à posse, ao domínio. Acontece que os direitos subjetivos processuais se configuram no âmbito do direito público e, por isso, sofrem condicionamento resultante do grau de indisponibilidade dos valores sobre os quais incidem*".

Cuida-se de ação de indenização por benfeitorias com pedido de liminar de retenção movida por João Mariano em face de Imobiliária e Construtora Continental Ltda., objetivando a condenação da ré ao pagamento do valor das benfeitorias e acessões construídas pelo autor.

Em 19/11/1997 o autor adquiriu da ré um lote localizado na Rua José Odorico De Bim, nº 48, Quadra 181, no loteamento denominado "Parque Continental IV" na Cidade de Guarulhos.

O autor construiu sua residência no imóvel, pagou os impostos, asfaltamento, rede de água e esgotos, iluminação, IPTU e implantou benfeitorias (fls. 33/48).

Ajuizou em face da ré ação de rescisão contratual (processo nº 000974-45.2003.8.3.0224 - fls. 225/229), na qual ficou reconhecido o direito à restituição de 85% dos valores pagos, descontados 1% do valor venal do imóvel a título de ocupação, concedendo a ré o direito de retomar o imóvel, constando no dispositivo do v. acórdão de lavra do Eminente Des. Carlos Alberto Sales que para ser indenizado pelas benfeitorias, deveria ajuizar ação própria.

O recurso não merece provimento.

Em casos como este, aplica-se o Código de Defesa do Consumidor, que é posterior a Lei 6.766/79.

E, ainda, apresentado a juízo o início de prova por parte do(a) requerente, terá lugar a inversão do ônus da prova (artigo 6º, inciso VIII, CDC).

Tal dispositivo diz serem direitos básicos do consumidor a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiência.

Portanto, a inversão do ônus da prova, em sede de relação de consumo,

Acesso ao Sumário

tem como finalidade permitir ao consumidor o exercício pleno da garantia constitucional da ampla defesa, prevista no artigo 5º, inciso LV, da Constituição da República.

A posse do autor tem supedâneo no compromisso de compra e venda pactuado (fls. 11/12), sendo exercida de boa-fé, nos termos do parágrafo único do artigo 1.201 do Código Civil, e em nenhum momento foi injusta, clandestina ou precária.

O artigo 34 *caput* da Lei nº 6.766/79 garante ao adquirente a indenização por benfeitorias úteis e necessárias. O adquirente só não teria direito à indenização das benfeitorias se feita em desconformidade com a lei ou com o contrato (parágrafo único do artigo 34), não sendo este o caso dos autos, pois nada neste sentido provou a ré, sendo certo que o ônus da prova era seu.

Assim tem o requerente apelado direito a indenização pelas benfeitorias que eventualmente tenha realizado no imóvel, sejam necessárias, úteis ou voluptuárias (ou mesmo sendo considerada acessão), porque efetuadas de boa-fé, apurando-se o valor em liquidação (Apel. 354.412.4/2-00, de São Paulo e 442.809.4/0-00, Sumaré, da 3ª Câmara de Direito Privado, rel. Des. Beretta da Silveira).

Importa anotar, nesse particular, que, igualmente por força de lei (artigo 1219, CC) e considerada a boa-fé do autor, relativamente às possíveis benfeitorias úteis e necessárias, reconhece-se seu direito de retenção enquanto não indenizadas; no concernente às voluptuárias, o requerente poderá levantá-las, desde que não importem destruição, total ou parcial, do imóvel.

Ademais, há que se distinguir as acessões das benfeitorias, sendo aquelas construções (ou plantações) que passam a integrar o imóvel e devem ser indenizadas se introduzidas de boa-fé, como de resto ordinariamente acontece nas promessas de compra e venda.

Nesta quadra, oportuna a lição de Arnaldo Rizzardo: "*Considerado um possuidor o promitente comprador, não há como negar-lhe o direito à indenização. Não procedeu de má-fé ao construir o prédio. Quando prometeu comprar o imóvel, naturalmente presumiu-se que ele pretendia pagar e saldar as prestações na integralidade. A superveniência de um motivo de força maior, como impossibilidade financeira, desemprego, doença, etc., tolheu a capacidade de prosseguir nos pagamentos. Compelido a resilir o negócio, não seria justo tirar-lhe o direito à indenização, em benefício do vendedor. E sempre são indenizáveis as acessões e benfeitorias úteis e necessárias feitas sobre o imóvel, por constituírem uma causa debendi autônoma, decorrente do princípio de que a ninguém é dado locupletar-se com a fortuna alheia*" ("*Promessa de Compra e Venda e Parcelamento do Solo Urbano*", Ed. RT, 1996, pp. 174-175).

Ressalte-se ainda que eventuais irregularidades da construção não

Acesso ao Sumário

impede o pagamento de indenização ao promitente comprador. Caso não fosse determinada a indenização, a construção, ainda que irregular, seria adquirida pela vendedora a título gratuito, em manifesto enriquecimento sem causa.

Como já decidido anteriormente por esta Colenda Câmara, a irregularidade administrativa não anula para fins indenizatórios, em caso de resolução contratual, o valor das acessões e benfeitorias realizadas:

"*COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA DE BEM IMÓVEL - AÇÃO DE RESCISÃO CONTRATUAL C.C. REINTEGRAÇÃO DE POSSE – 1.- Inadimplemento do compromissário-adquirente - Revelia - Presunção de veracidade dos fatos alegados - Rescisão e reintegração corretamente decretadas - 2.- Indenização por benfeitorias introduzidas no imóvel - Adequação, ainda que patente a irregularidade das obras perante a esfera administrativa - Precedentes do Tribunal - 3.- SENTENÇA PRESERVADA NOS TERMOS DO ART. 252 DO R.I. - RECURSO IMPROVIDO*" (TJSP, Apelação nº 0065971-90.2010.8.26.0224, 3ª Câmara de Direito Privado, Rel. Donegá Morandini, j. 21.08.2012).

"*Apelação - Ação de rescisão contratual c/c pedido de indenização - Iniciativa do compromissário comprador, inadimplente - Irretratabilidade do contrato descaracterizada - Aplicação da Súmula nº 1 deste Tribunal de Justiça - Devida a indenização por benfeitorias e acessões e a devolução de 80% da quantia paga, assim como o direito de retenção. Indenização pela ocupação a partir do inadimplemento que deverá ser apurado em fase de liquidação, considerado o enunciado da Súmula 3 deste Tribunal de Justiça, diante do prolongado período - Recurso provido em parte*" (TJSP, Apelação nº 9124566-87.2008.8.26.0000, 3ª Câmara de Direito Privado, Rel. João Pazine Neto, j. 23.10.2012).

"*Agravo de instrumento - Homologação de laudo pericial realizado ao ensejo da liquidação de sentença - Alegação de excesso do valor apurado, a título indenizatório, quanto a benfeitorias e acessões edificadas no imóvel que voltou à posse da agravante, em virtude da resolução contratual decretada - Irrelevância da irregularidade administrativa da construção, importando seu valor econômico - Perícia que efetivamente analisou e atribuiu valor às construções clandestinamente realizadas, anotando a depreciação econômica a partir da introdução dos critérios 'estado de conservação' e 'fator de depreciação' - Impugnação insubsistente - Decisão correta - Precedentes desta Corte e Câmara - Recurso desprovido*" (TJSP, Apelação nº 0122997-34.2013.8.26.0000, 3ª Câmara de Direito Privado, Rel. Beretta da Silveira, j. 03.09.2013).

No mesmo sentido é a jurisprudência desta C. Câmara, conforme voto exauriente da matéria de lavra do Desembargador Viviani Nicolau:

Acesso ao Sumário

"Por outro lado, procede a pretensão dos réus-reconvintes formulada em reconvenção quanto ao recebimento de indenização em razão das acessões e benfeitorias úteis e necessárias introduzidas no terreno, ainda que se verifique irregularidade da construção perante a Prefeitura, porque não há como negar o seu valor de mercado e nem o fato de que a vendedora irá adquiri-la. (TJSP, Apelação nº 9189758-64.2008.8.26.0000, 4ª Câmara de Direito Privado, Relator Desembargador Ênio Zuliani, 15.10.2009). Como determinado pelo artigo 34 da Lei nº 6.766/79, 'em qualquer caso de rescisão por inadimplemento do adquirente, as benfeitorias necessárias ou úteis por ele levadas a efeito no imóvel deverão ser indenizadas, sendo de nenhum efeito qualquer disposição contratual em contrário'. Nesse sentido, a jurisprudência ratifica que 'o artigo 34, parágrafo único da L. 6.766/79, norma cogente, prevê a indenização e o direito de retenção do adquirente, até que receba pela construção que erigiu sobre o lote. Não há dúvida de que a edificação de uma casa seja acessão, já que a própria razão de ser da compra de terrenos em loteamentos da espécie em discussão é a construção de casas para moradia. Assim, tem direito a autora à indenização pelas acessões, cujo valor será apurado em liquidação de sentença' (TJSP, Apelação nº 9153336-56.2009.8.26.0000, 4ª Câmara de Direito Privado, Relator Desembargador Francisco Loureiro, 25.2.2010). Oportuno destacar trecho do voto proferido pelo eminente desembargador Francisco Loureiro, no julgamento da apelação nº 0063756-13.2005.8.26.0000: 'O artigo 34 da Lei n° 6.766/79, norma cogente aplicável aos imóveis loteados, dispõe serem indenizáveis as benfeitorias necessárias e úteis levadas a efeito pelo adquirente. Apenas diz não serem indenizáveis as benfeitorias erigidas em desacordo com o contrato ou com a lei. Não há como acolher, porém, a tese de que a acessão não é indenizável, porque clandestina e irregular junto a órgãos municipais. O que menciona o artigo 34, parágrafo único da L. 6.766/79 não é a aprovação da construção, mas sim que esteja esta de acordo com a lei. Entender o contrário significaria que a construção irregular na esfera administrativa, mas com inegável valor de mercado, seria adquirida a título gratuito pelo promitente vendedor, em manifesto enriquecimento sem causa. Claro que as despesas correspondentes à regularização do imóvel deverão ser abatidas da indenização, como decidiu o Tribunal de Justiça de São Paulo, em caso recente (TJSP, Quarta Câmara de Direito Privado, AC 425.300.4/3-00, j. 1º de março de 2007, de minha relatoria). Embora benfeitorias não se confundam propriamente com acessões, aplicável a estas o sistema daquelas, como já interpretava a doutrina sob a vigência do Código Civil de 1916. Há entendimento iterativo do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que 'o possuidor de boa-fé tem direito à retenção do bem enquanto não indenizado pelas acessões erguidas sobre o imóvel' (REsp n. 430.810-MS (2002/0044610-4), Rel. Ministro Ruy Rosado de Aguiar; STJREsp n. 697.918- PR (2004/0152392-5), Relatora Ministra

Acesso ao Sumário

Nancy Andrighi). Nem se argumente que os promitentes compradores tinham apenas a posse precária do imóvel, de tal modo que eventuais construções não seriam indenizáveis. A posse, na realidade era justa e a indenização decorre de norma de ordem pública prevista em lei especial, sendo considerada não escrita qualquer cláusula negocial em sentido contrário' (TJSP, 4ª Câmara de Direito Privado, 30.04.2009)." (TJSP, Apelação nº 0001364-49.2010.8.26.0586, 3ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Viviani Nicolau, j. 12/08/2014).

Quanto as benfeitorias necessárias realizadas pelo apelado no imóvel, após a extinção do contrato, tem direito a indenização, ainda que possuidor de má-fé, o apelado, sem direito, no entanto, à retenção, na forma do disposto no artigo 517 do Código Civil de 1916, aplicável à espécie. Nesse sentido, inclusive, a lição de ORLANDO GOMES: "*Dado que o direito de indenização, independentemente da circunstância de ser a posse de boa-fé ou de má-fé, limita-se às benfeitorias necessárias*" (Direitos Reais, 19ª Edição, Editora Forense, página 85).

Nos termos da Súmula nº 254 do E. Supremo Tribunal Federal, "*Incluem-se os juros moratórios na liquidação, embora omisso o pedido inicial ou a condenação*".

Assim, o acréscimo dos juros de mora sobre o valor da indenização devida ao apelado não acarreta enriquecimento sem causa.

A r. sentença é de cunho condenatório, portanto, correta a fixação dos honorários em 10% sobre o valor da condenação.

Outros fundamentos são dispensáveis à hipótese, diante da adoção dos fundamentos que foram deduzidos na r. sentença - e aqui expressamente adotados para evitar inútil e desnecessária repetição, nos termos artigo 252 do Regimento Interno deste Egrégio Tribunal de Justiça.

Assim sendo, fica mantida na íntegra a r. sentença hostilizada.

Ante ao exposto, NEGA-SE PROVIMENTO ao recurso.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0008301-95.2008.8.26.0020, da Comarca de São Paulo, em que é apelante TMH - MANGUEIRAS E TERMINAIS HIDRÁULICOS LTDA., são apelados HIDROSUPER COMÉRCIO DE EQUIPAMENTOS INDUSTRIAIS LTDA. e JOÃO CARLOS DE SIQUEIRA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 4ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "por votação unânime, é que negaram provimento ao recurso.", em conformidade

com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 36.231)**

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

São Paulo, 14 de abril de 2016.

MAIA DA CUNHA, Relator

Ementa: Patente de invenção. Propriedade industrial protegida pela Lei nº 9.279/96. Contrafação. Autor que detém a titularidade da patente de invenção para válvulas de emergência para frenagem de vagões descarrilados. Inexistência de julgamento *ultra petita* com a determinação de que a requerida se abstenha de fabricar e comercializar as válvulas e respectivos kits, pois a inicial alude àqueles kits em diversos momentos. Questionamentos acerca do modo como realizada a perícia carecedores de elementos sérios e confiáveis na crítica. Impossibilidade de se desconsiderar trabalho realizado por profissional de confiança do Juízo apenas por ser desfavorável à parte vencida. Impossibilidade de se apreciar a alegação de que a invenção estaria em estado da técnica, por ausência da impugnação prevista no art. 30 da Lei nº 9279/96. Alegação de que a patente fora concedida por engano despicienda, uma vez que não há cassação da patente. Decisão acertada, mantendo-se a r. sentença inclusive por seus próprios e jurídicos fundamentos, com fulcro no art. 252, do RI deste TJSP. Recurso improvido.

VOTO

Trata-se de apelação interposta contra a r. sentença, cujo relatório se adota, que julgou procedente a ação de obrigação de não fazer, cc. indenização. Sustenta a ré, em suma, sentença *ultra petita* e que a existência de patentes similares em outros países descaracteriza os requisitos de novidade e ato inventivo, necessários à concessão de patentes. Questiona o modo como realizada a perícia e afirma que o objeto fabricado pelos apelados não tem aplicação comercial, impossibilitando a contrafação. Ressalta a nulidade parcial da patente da requerente, descaracterizando a semelhança entre os produtos fabricados pelas partes. Alega que a apelada obteve patente de objeto já superado pelo estado da técnica e induziu o Juízo a erro, do que cabe indenização, nos termos do artigo 204, da Lei 9279/96.

Acesso ao Sumário

Este é o relatório.

Antes de tudo, anoto minha prevenção diante do julgamento do Agravo de Instrumento nº 9070032-96.2008.8.26.0000.

Hidrosuper Comércio de Equipamentos Industriais Ltda., detentora da patente de invenção nº 0403121-0 - válvulas de emergência para frenagem de vagões descarrilados - alegando que a requerida estaria fabricando e comercializando produto idêntico, ferindo a proteção legalmente conferida pela Lei nº 9.279/96 e consubstanciando concorrência desleal, ajuizou ação de obrigação de não fazer cc. indenização, pretendendo a concessão de liminar para a apreensão de todas as válvulas indevidamente fabricadas e/ou comercializadas pela requerida a determinação de abstenção da fabricação e comercialização dos produtos. A pretensão foi julgada procedente.

O recurso não merece provimento.

A r. sentença, da lavra da digna Magistrada **Dra. Teresa Cristina Castrucci Tambasco Antunes**, analisou de forma precisa e escorreita o direito controvertido e as provas existentes, dando à lide solução justa, correta e adequada. Ponderou Sua Excelência: "*Ante o exposto, julgo PROCEDENTE a ação de obrigação de não fazer, cumulada com indenização por violação aos direitos protegidos por Patente industrial, ajuizada por Hidrosuper Comércio de Equipamentos Industriais Ltda, João Carlos de Siqueira contra TMH - Mangueiras e Terminais Hidráulicos Ltda para o fim de determinar que a ré se abstenha de fabricar e comercializar as válvulas aqui descritas e respectivos kits, montadas ou em partes, diretamente ou por terceiros, sob pena de multa diária no valor de R$ 1.000,00 (um mil reais) até o limite de 30 dias, quando então converte-se em indenização, tornando definitiva a liminar concedida; e para condenar a ré a pagar à autora, lucros cessantes baseados nas válvulas comercializadas por ela desde a patente do invento até a concessão da liminar nestes autos, a ser calculada por arbitramento na fase de execução de sentença tudo com juros de mora a partir da citação.*"

Os fundamentos expendidos, a teor do permissivo contido no artigo 252 do Regimento Interno do Tribunal de Justiça de São Paulo ("*Nos recursos em geral, o relator poderá limitar-se a ratificar os fundamentos da decisão recorrida, quando, suficientemente motivada, houver de mantê-la.*"), e com o fim de evitar inútil e cansativa repetição, com outras palavras, ficam inteiramente adotadas como razão de decidir pelo improvimento do recurso.

Não custa anotar que o Colendo Superior Tribunal de Justiça tem autorizado a providência ao decidir que "*a viabilidade de o órgão julgador adotar ou ratificar o juízo de valor firmado na sentença, inclusive transcrevendo-a no acórdão, sem que tal medida encerre omissão ou ausência de fundamentação no decisum*" (REsp n° 662.272-RS, 2ª Turma, rel. Min. João Otávio de Noronha,

Acesso ao Sumário

j. de 4.9.2007; REsp n° 641.963-ES, 2ª Turma, rel. Min. Castro Meira, j. de 21.11.2005; REsp n° 592.092-AL, 2ª Turma, rel. Min. Eliana Calmon, j. de 17.12.2004 e REsp n° 265.534-DF, 4ª Turma, rel. Min. Fernando Gonçalves, j. de 1.12.2003).

Acrescente-se, apenas, que não há julgamento *ultra petita* com a determinação de que a requerida "*a ré se abstenha de fabricar e comercializar as válvulas aqui descritas e respectivos kits*" porque, ao contrário do sustentado, a autora, em diversos momentos da inicial aludiu aos kits dos quais as válvulas são componentes, bastando conferir o último parágrafo da fl. 05 e o segundo parágrafo da fl. 07: "*concedendo, em caráter liminar a busca de apreensão de todas as válvulas objeto de contrafação, suas peças, parte e componentes de fabricação, separadas ou prontas para comercialização com os respectivos kits.*", repetido às fls. 23 e reiterado às fls. 25 e 26.

Quanto aos questionamentos acerca do modo como foi realizada a perícia, não há elementos sérios e confiáveis na crítica, não se podendo desconsiderar trabalho realizado por profissional de confiança do Juízo, equidistante aos interesses em conflito e condizente com as circunstâncias do caso concreto simplesmente por ser desfavorável ao apelante.

No que diz respeito às alegações de que patentes similares em outros países descaracterizam os requisitos de novidade e ato inventivo, necessários à concessão de patentes e a nulidade parcial da patente da requerente, descaracterizando a semelhança entre os produtos fabricados pelas partes, bem decidiu Sua Excelência:

> "*Descabida, também, a alegação de que a patente foi concedida pelo INPI ao co-autor por equívoco, por ineficiência daquele órgão em razão de sucessivas greves e acúmulo de serviço. Até que tal alegação seja inequivocamente comprovada e a patente cassada, hão de persistir todos seus jurídicos e legais efeitos, porquanto trata-se de órgão federal do Governo, que merece toda credibilidade e respeito.*
>
> *Igualmente não é o caso de se apreciar se estaria em estado da, técnica, o invento quando do processo da patente, se não comprovada a impugnação prevista nos artigos 30 e seguintes da Lei nº 9279/96. E a alegação de que em outro País existe o mesmo invento patenteado, em nada favorece à ré, pois não é ela detentora dos direitos daquelas patentes.*"

Por fim, a própria concessão de patente pelo INPI afasta a alegação de falta de aplicação comercial do produto da autora.

E mais não é necessário ponderar para a integral confirmação da r. sentença apelada, inclusive pelos seus próprios e acertados fundamentos.

Pelo exposto é que se nega provimento ao recurso.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1011877-33.2014.8.26.0032, da Comarca de Araçatuba, em que é apelante UNIMED DO ESTADO DE SÃO PAULO - FEDERAÇÃO ESTADUAL DAS COOPERATIVAS MÉDICAS, são apelados GERALDA RODRIGUES DE MIRANDA (INCAPAZ) e CARLOS OTONI DE MIRANDA (CURADOR(A)).

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. Por maioria de votos, declarará voto o revisor Des. Eduardo Sá Pinto Sandeville", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto n° 28003)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores PAULO ALCIDES (Presidente), EDUARDO SÁ PINTO SANDEVILLE e JOSÉ ROBERTO FURQUIM CABELLA.

São Paulo, 8 de abril de 2016.

PAULO ALCIDES, Relator

Ementa: AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. PLANO DE SAÚDE. HOME CARE. Ampliação do serviço. Interpretação extensiva da Súmula n° 90 desta Corte que pode fomentar a industrialização do "home care". Abrangência do serviço que não pode ser ilimitada, pena de inviabilizar tal modalidade de prestação médica. Sentença reformada. RECURSO PROVIDO.

VOTO

Trata-se de recurso de apelação interposto por UNIMED DO ESTADO DE SÃO PAULO - FEDERAÇÃO ESTADUAL DAS COOPERATIVAS MÉDICAS contra a r. sentença (fls. 208/212), que julgou procedente em parte a ação de obrigação de fazer proposta por GERALDA RODRIGUES DE MIRANDA "*para condenar a requerida ao custeio da alimentação, medicamentos e produtos de higiene pessoal necessários à internação domiciliar e constante de regular indicação médica*".

Preliminarmente, alega nulidade da r. sentença, por cerceamento de defesa, bem como ilegitimidade passiva. Aduz que o contrato firmado entre as partes expressamente exclui a cobertura de internação domiciliar, o fornecimento de

Acesso ao Sumário

medicamentos e de serviços de enfermagem. Por fim, considera que, uma vez não abrangidos no contrato, o tratamento pleiteado é de responsabilidade do SUS.

Recurso processado em seus regulares efeitos (fls. 247).

Contrarrazões (fls. 249/258).

É o relatório.

Preliminarmente, cabe esclarecer que o julgamento antecipado da lide está previsto no ordenamento jurídico (Art. 330, I, do CPC) como medida de celeridade processual para casos em que não há necessidade de dilação probatória. Introduzido pela Constituição Federal como dever da jurisdição, objetiva apresentar, em tempo razoável, resposta aos conflitos, com efetividade (art. 5º, LXXVIII, da CF, conforme Emenda Constitucional 45/2004).

Afora isso, o d. Magistrado *a quo* não está obrigado a determinar a produção das provas requeridas pelas partes (art. 130, do CPC), pois vigora no processo civil o princípio do livre convencimento (art. 131, do CPC). Assim, se o Magistrado já possui elementos suficientes, pode entender desnecessária a produção de outras provas.

Melhor sorte não merece a ilegitimidade arguida, vez que a obrigação pleiteada se baseia em contrato de plano de saúde firmado entre as partes e consiste na ampliação do tratamento médico-domiciliar já fornecido pela operadora, ante decisão judicial proferida em processo anterior.

Quanto ao mérito, como se sabe, o atendimento *home care* outra coisa não é senão o próprio tratamento dado ao paciente em caso de permanência no hospital, com vantagens tanto para o doente (menor risco de infecções) quanto para o plano de saúde (custo menor).

Pesem os argumentos apresentados pela ré, conforme entendimento consolidado na Súmula 90 desta E. Corte, a cláusula de exclusão é considerada abusiva e não pode prevalecer, ante a expressa indicação médica para a utilização dos serviços de "home care".

Contudo, no tocante a abrangência do mencionado serviço, considero que esta não pode ser irrestrita.

A interpretação extensiva da Súmula supramencionada fomenta a industrialização dos "*home care*", o que pode, em um futuro próximo, inviabilizar tal modalidade de prestação médica.

Observam-se prescrições de produtos como "fraldas geriátricas", "luvas de procedimento", "lenços umedecidos", "protetor descartável de colchão" e "absorvente noturno", bem como de medicamentos orais e de uso tópico (tais como "hipoglos" e "hitudoide") que podem ser comprados em qualquer farmácia.

Acesso ao Sumário

Definitivamente, não se pode dar ordem ilimitada para custeio de todo e qualquer produto, pena de haver desvirtuamento do contrato e, aí sim, desequilíbrio contratual.

Nesse sentido, precedente de minha relatoria:

"AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER CUMULADA COM PEDIDO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. PLANO DE SAÚDE. HOME CARE. Indicação médica. Recusa de cobertura. Abusividade. Postura contrária à finalidade do contrato. Súmula n° 90 desta Corte. Abrangência do serviço de 'home care' menor do que a pretendida pela autora. Dano moral não configurado. Adequação da distribuição da sucumbência. RECURSO DA AUTORA PARCIALMENTE PROVIDO, DESPROVIDO O DA RÉ." (Apelação nº 1009210-57.2014.8.26.0361, 6ª Câmara de Direito Privado, j. 04/09/2015)

Nessa esteira, dentro do "home care" não estão abrangidos produtos de higiene e medicamentos orais ou tópicos pleiteados, os quais são de incumbência dos familiares da paciente, razão pela qual o caso é de improcedência da demanda.

Diante do exposto, dá-se provimento ao recurso.

DECLARAÇÃO DE VOTO VENCIDO

(Voto nº 21.467)

Ação de obrigação de fazer julgada procedente pela r. sentença de fls. 208/212, de relatório adotado, que tornou definitiva a liminar concedida, declarou nula a cláusula contratual excludente do tratamento *home care*, determinando que a seguradora arque com todos os custos do tratamento domiciliar da autora, incluindo alimentação, medicamentos e produtos de higiene pessoal.

Recorre a vencida sustentando, em preliminar, cerceamento de defesa, e ilegitimidade passiva.

No mérito, é forte na alegação de que o tratamento *home care*, bem como o fornecimento de medicamentos, equipamentos e enfermagem domiciliar estão expressamente excluídos da cobertura contratada. A cláusula que exclui a cobertura está em acordo com a legislação acerca da matéria.

Recurso preparado (fls. 245/246) e respondido.

É o relatório, em acréscimo ao da sentença.

Narra a autora que, por força de decisão judicial, é beneficiária dos serviços de *home care*. Busca, por meio desta, seja compelida a requerida a custear integralmente o tratamento, fornecendo, inclusive, os medicamentos e utensílios de enfermagem de que necessita.

Acesso ao Sumário

O D. Relator deu provimento ao apelo, para excluir da cobertura o fornecimento de medicamentos orais e de uso tópico, fraldas geriátricas, luvas de procedimento, lenços umedecidos, protetor descartável de colchão e absorvente noturno.

Ouso divergir desse entendimento.

Incide na hipótese o disposto na Súmula nº 90 deste E. Tribunal: "*Havendo expressa indicação médica para a utilização dos serviços de 'home care', revela-se abusiva a cláusula de exclusão inserida na avença, que não pode prevalecer.*"

Dessa forma, reconhecido o dever da requerida de prestar os serviços de saúde na modalidade *home care*, de rigor sejam fornecidos os medicamentos, fraldas geriátricas e todos os prescritos pelo médico que acompanha a autora (fls. 12/13 e 79), sob pena de por em risco a própria eficácia do tratamento.

E estivesse internada a apelada, internação da qual o "home care" é substituto, seriam esses materiais fornecidos obrigatoriamente.

Diante do exposto, meu voto negaria provimento ao recurso.

EDUARDO SÁ PINTO SANDEVILLE, Desembargador, Revisor vencido

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0003677-08.2013.8.26.0091, da Comarca de Mogi das Cruzes, em que é apelante LUIZ ROBERTO BATISTA (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado COMPANHIA PAULISTA DE TRENS METROPOLITANOS - CPTM.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 7ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto n.º 12.838)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores LUIS MARIO GALBETTI (Presidente sem voto), LUIZ ANTONIO COSTA e MIGUEL BRANDI.

São Paulo, 18 de abril de 2016.

RÔMOLO RUSSO, Relator

Ementa: Danos morais. Não caracterização. Abalo psicológico que não se presume. A chave funcional do dano moral está no princípio constitucional e fundamental da dignidade da pessoa humana (art.

Acesso ao Sumário

1º, inciso III, da Carta da República). Ausência de real penetração de eventual conduta ilícita e indevida sobre a personalidade humana. Inexistência de lesão a direito personalíssimo. Banalização do dano moral que deve ser evitada. Sentença mantida. Recurso desprovido.

VOTO

Da r. sentença (fls.84/87) que julga improcedente a ação proposta por Luiz Roberto Batista contra Companhia Paulista de Trens Metropolitanos, apela o vencido (fls.99/102), sustentado que ocorrera dano moral devida a queda do autor nas dependências da apelada.

Requer a reversão do julgado.

Recurso isento e respondido (fls.144/154).

É o relatório.

Trata-se de apelação promovida por Luiz Roberto Batista que sustenta ter sofrido dano moral ao escorregar nas dependências da apelada.

Alega que o local do acidente encontrava-se encharcado e que a apelada não adotara atitudes para corrigir a situação.

Ao sofrer a queda a autora fora empurrada por outros usuários do transporte ferroviário, não sendo socorrido por nenhum funcionário da apelada.

O apelo não merece ser provido.

A r. sentença acertara ao fundamentar as razões que impossibilitam a ocorrência do dano moral, *verbis*:

"*O núcleo da celeuma refere-se à queda sofrida pelo autor em estação de trem.*

O relatório de fls. 11 é claro ao não apontar a existência de sequelas no acidente sofrido pelo autor. Assim, perceptível que a queda não gerou nenhuma sequela ao autor.

Desta forma, no tocante aos danos morais, não me parece lógico admitir que o fato tenha causado qualquer tipo de menoscabo moral." (fls. 84/87)

Não se deixa de compreender o desassossego suportado pela recorrente.

Esse detalhe, contudo, não tem a força de representar fato suficiente à eclosão do nexo de causalidade necessário à reparação pretendida.

Malgrado tenha ocorrido o acidente, este não resultara em nenhum dano efetivo e suficiente que enseje a indenização por dano moral. De fato, não é juridicamente palpável a sua fixação na espécie.

É verdade que a situação vivenciada gera momentânea aflição, mas não

Acesso ao Sumário

traz um sofrimento passível de ser indenizado, sobretudo pelo breve lapso temporal que a demandante conviveu com o engano.

Ante tal contexto fático, a fragilidade probatória não permite presumir a ocorrência de abalo psicológico, agressão à autoestima e a valores subjetivos e atrelados à personalidade da apelante.

A seriedade constitucional e a natureza jurídica do dano moral não abarca o tipo de situação fática narrada na causa de pedir.

A hipótese lesiva, na verdade, não promovera a real penetração da conduta ilícita e indevida na esfera da personalidade da postulante.

Com efeito, os transtornos com o equívoco noticiado constituem meros dissabores, que não têm o condão de causar abalo à honra, humilhação ou sofrimento na esfera da dignidade do consumidor.

Não é viável, assim, a indenização por danos morais, posto que não se levanta a existência de lesão a nenhuma das faces dos direitos da personalidade da autora, não se verificando nenhuma conduta pública vexatória, humilhante ou depreciativa em face à sua dignidade.

É de rigor que se compreenda que a chave funcional do dano moral está no princípio constitucional e fundamental da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso III, da Carta da República).

Assim, os meros dissabores experimentados no cotidiano da vida em sociedade, ainda que causem desconforto e tédio, não geram dano moral, pois inexiste violação a qualquer dos direitos da personalidade.

A banalização do dano moral deve ser evitada, a bem do próprio e tão relevante instituto civil-constitucional.

Nessa linha, ensina o emérito e saudoso Professor ORLANDO GOMES que o dano moral é definido como o "constrangimento que alguém experimenta em consequência de lesão a direito personalíssimo, ilicitamente produzida por outrem" (*Obrigações*, 5ª ed. n. 195, p. 22).

Por essa perspectiva, o dano moral inclui as veias afetiva (ou sentimental), intelectual (de percepção e de entendimento) e valorativa (individual e social) e, portanto, faz parte o acervo humano dotado de economicidade.

CLAYTON REIS sensatamente ilumina, *in verbis*:

"Trata-se de uma lesão que atinge os valores físicos e espirituais, a honra, nossas ideologias, a paz íntima, a vida nos seus múltiplos aspectos, a personalidade da pessoa, enfim, aquela que afeta de forma profunda não os bens patrimoniais, mas que causa fissura no âmago do ser, perturbando-lhe a paz de que todos nós necessitamos para nos conduzir de forma equilibrada nos tortuosos caminhos da existência" (*Avaliação do Dano Moral*, 2ª ed., Editora Forense, 1999, 2005).

Acesso ao Sumário

Por essa lente, a indenização por dano moral deve estar apoiada em ofensa - física ou psíquica - e deve apresentar certa magnitude para ser reconhecida como dano moral.

O mero incômodo, enfado, aborrecimento, tédio ou o desconforto de algumas circunstâncias que são suportadas pela pessoa humana não são passíveis de indenização por danos morais, sob pena de, ao revés, vulgarizar-se esse tão importante capítulo do direito moderno.

Jamais o dano moral, pois, pode ser resumido a pequenos aborrecimentos estreitados pela transitoriedade.

A interpretação extensiva, em hipóteses tais, não se coaduna com a raiz fática e jurídica de tão relevante instituto de Direito Privado.

Por último, especiais às palavras de outro saudoso Professor ANTONIO CHAVES, frisando que:

"propugnar pela mais ampla ressarcibilidade do dano moral não implica no reconhecimento que todo e qualquer melindre, toda suscetibilidade exacerbada, toda exaltação do amor próprio, pretensamente ferida, a mais suave sombra, o mais ligeiro roçar de asas de uma borboleta, mimos, escrúpulos, delicadezas excessivas, ilusões insignificantes desfeitas, possibilitem sejam extraídas da caixa de Pandora do Direito, centenas de milhares de cruzeiros" (*Tratado de Direito Civil*, Ed. RT, 1985, V, p. 637, g.n.).

Não se pode e não se deve, a nenhum título, portanto, produzir a distorção da dor moral pelo Direito.

Nada há, portanto, na peculiaridade dos autos, capaz de revelar a concreta ferida ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana (artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal).

De fato, não restou demonstrado a contento que o suposto sofrimento da vítima fosse de tal monta que justificasse a reparação monetária.

Por esses fundamentos, pelo meu voto, nego provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1005114-33.2013.8.26.0361, da Comarca de Mogi das Cruzes, em que são apelantes/apelados HOSPITAL E MATERNIDADE MOGI D'OR e SAMED SAÚDE, são apelados/apelantes ALEX DOS SANTOS FERREIRA (ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA) (MENOR(ES) REPRESENTADO(S)), LUCIENE SANTOS DE JESUS FERREIRA (ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA) e RENATO PAULO FERREIRA (ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA).

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 5ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento aos recursos. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 24126)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores MOREIRA VIEGAS (Presidente) e FÁBIO PODESTÁ.

São Paulo, 18 de abril de 2016.

JAMES SIANO, Relator

Ementa: AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. Pretensão contra o hospital e o plano de saúde em razão do atendimento ao filho menor prestado por falso médico e do sofrimento experimentado pela consulta. Sentença de procedência para condenar os réus solidariamente ao pagamento de indenização por danos morais no valor de R$ 15.000,00.

Apelam os autores sustentando a necessidade de majoração da compensação por danos morais para 1000 salários mínimos, em razão do caráter punitivo da reprimenda.

Apela o Hospital corréu sustentando haver decadência, pela aplicação do art. 26, II, § 3º, do CDC; ausência de conduta culposa; caso fortuito e força maior; não comprovada a agressão; ataca a condenação por danos morais e, subsidiariamente, pela redução do "quantum".

Apela a corré Samed sustentando a ausência de dano e, subsidiariamente, pela redução do "quantum".

Descabimento.

Agravo de instrumento convertido em retido. Ausência de reiteração. Impossibilidade de conhecimento.

Prescrição. Temática afastada pela decisão saneadora e objeto de agravo de instrumento convertido em retido. Matéria de ordem pública. Inocorrência do decurso do lapso temporal. Aplicação do prazo quinquenal estipulado na legislação de consumo. Inteligência do art. 27 do CDC. Prescrição inocorrente.

Atendimento por falso médico. Ao proceder exame clínico no bebê, em razão de fimose, puxou

Acesso ao Sumário

bruscamente o prepúcio, causando sangramento local.

Responsabilidade objetiva e solidária do hospital pela contratação do falso médico e da operadora do plano de saúde por causa do credenciamento. Inteligência dos art. 14, § 1º, do CDC; e 932, III, do CC.

Inexistência de caso fortuito ou força maior. Circunstância que faz parte do risco da atividade econômica. Presente a figura do fortuito interno que não elide a responsabilidade do fornecedor.

Prova pericial conclusiva quanto ao atendimento inadequado. Dano moral. Ocorrência. Sem ser a hipótese de ato médico, houve agressão física ao bebê e grave constrangimento moral para os genitores, que experimentaram sofrimento psicológico. Além disso, foi necessário despender maior cuidado com a criança, a fim de evitar consequências fisicamente danosas.

Arbitramento. Fixação pela sentença em R$ 15.000,00. Adequação. Incidência dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade. Ausência de consequências danosas à criança.

Recursos improvidos.

VOTO

Trata-se de apelações interpostas contra a sentença de f. 786/792, que julgou procedente ação de indenização por danos morais proposta por Alex dos Santos Ferreira, menor, e seus genitores contra Hospital e Maternidade Mogi D'Or e Samed Serviços de Assistência Médica, Odontológica e Hospitalar S/A, para condenar os réus solidariamente ao pagamento de indenização por danos morais aos autores no valor de R$ 15.000,000, em razão do atendimento prestado ao menor por falso médico e do sofrimento experimentado por ocasião dessa consulta.

Acesso ao Sumário

Apelam os autores (f. 815/833), sustentando: (i) necessidade de majoração da compensação por danos morais para 1000 salários mínimos; (ii) ao examinar o menor, que tinha um ano de vida, teria agido o farsante de forma agressiva e desumana, quando "*pegou a genitália do bebê e, bruscamente, puxou a pele para baixo*" (f. 820); (iii) causou profundo sofrimento, e a criança sangrando, entrou em choro convulsivo, momento em que surgiu uma bolha de sangue; (iv) o falso médico ainda teria maltratado verbalmente a mãe da criança; (v) os genitores

procuraram outro hospital, tendo a pediatra afirmado "*que um profissional de verdade não agiria desta maneira*", "*que este tipo de procedimento não se faz com um cachorro*" e "*que era perigoso infeccionar*"; (vi) procuraram novamente o hospital para reclamação e foram atendidos com negligência e descaso; (vii) fizeram denúncia junto ao CRM e depois foram chamados à delegacia, porque veio a ser apurado que a pessoa que os atendeu não passava de um falso médico, utilizando os dados de outro profissional; (viii) necessidade de majoração em razão do caráter punitivo da reprimenda pecuniária.

Apela o Hospital corréu (f. 795/808), sustentando: (i) decadência, em razão da incidência do art. 26, II, § 3º do CDC; (ii) ausência de conduta culposa; (iii) caso fortuito e força maior; (iv) médico farsante era capaz de convencer; (v) aplicação do princípio da boa-fé e da aparência; (vi) não comprovada a agressão; (vii) atitude de tentar descolar o prepúcio do infante é ato praticado e defendido por diversos profissionais e não trouxe qualquer dano ou sequela física ao menor; (viii) invoca o art. 393 do CC; (ix) ataca a condenação por danos morais; (x) subsidiariamente, pela redução do "quantum".

Apela a corré Samed (f. 834/839), sustentando: (i) ausência de dano, conforme apurado pela prova pericial; (ii) subsidiariamente, pela redução do "quantum".

Recursos recebidos e respondidos (f. 869/872, 873/894 e 896/900).

A Procuradoria Geral de Justiça ofertou parecer pelo provimento do recurso dos autores para majoração da condenação (f. 904/906).

É o relatório.

Os apelos não procedem.

Deixa-se de conhecer do agravo de instrumento convertido em retido (f. 678/679), por ausência de reiteração em sede recursal, nos termos do art. 523, § 1º, do CPC/73.

Sobre a prescrição, matéria apreciada em decisão saneadora (f. 633/635), e objeto de agravo de instrumento convertido em retido, por ser temática de ordem pública, cabe afirmar que não há elemento de convicção capaz de afastar a incidência da prescrição quinquenal estipulada no art. 27 do CDC[1].

Nesse sentido, proclama o STJ: *"O Código de Defesa do Consumidor estabeleceu limites temporais diferentes para a responsabilização civil do fornecedor. O art. 27 prevê o prazo prescricional de 5 (cinco) anos para a pretensão indenizatória pelos danos causados por fato do produto ou do serviço; e o art. 26, o prazo decadencial de 30 (trinta) ou 90 (noventa) dias para a reclamação, conforme se trate de vícios aparentes ou de fácil constatação de*

1 Art. 27. Prescreve em cinco anos a pretensão à reparação pelos danos causados por fato do produto ou do serviço prevista na Seção II deste Capítulo, iniciando-se a contagem do prazo a partir do conhecimento do dano e de sua autoria.

Acesso ao Sumário

produtos ou serviços não duráveis ou duráveis" (REsp 1488239/PR, Terceira Turma, Rel. Min. RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, j. 01.03.2016).

A questão vinculada à prestação de serviço pelo hospital por falso médico não representa vício aparente ou de fácil constatação, mas fato do serviço.

Noticia a inicial que a coautora em 25.02.2013 levou seu filho, coautor, nascido em 22.05.2012 para consulta no hospital réu por meio do plano de saúde contratado com a corré.

Lá foi atendido por pessoa que se passava por médico e ao proceder ao exame clínico na criança, portadora de fimose, puxou bruscamente o prepúcio, causando sangramento local, além do aparecimento de bolhas. No mesmo dia passou por médica de outro hospital que considerou o procedimento inadequado e determinou o repouso de dez dias para a criança (f. 175).

Não há que se discutir sob a ótica da responsabilidade dependente da comprovação da culpa, uma vez que o art. 951 do CC/2002[2] e o art. 14, § 4º, do CDC[3] são inaplicáveis à hipótese pela situação do atendimento ter ser sido realizado por falso médico.

A responsabilidade dos réus é objetiva e solidária em razão da culpa "*in eligendo*", da qual decorreu o defeito na prestação do serviço. Incidente os art. 14, § 1º, do CDC[4]; 932, III, do CC[5] e Súmula 341 do STF[6].

Sobre a responsabilidade da operadora do plano de saúde, pronuncia o STJ: *"A operadora do plano de saúde, na condição de fornecedora de serviço, responde perante o consumidor pelos defeitos em sua prestação, seja quando os fornece por meio de hospital próprio e médicos contratados ou por meio de médicos e hospitais credenciados, nos termos dos arts. 2º, 3º, 14 e 34 do Código*

2 Art. 951. O disposto nos arts. 948, 949 e 950 aplica-se ainda no caso de indenização devida por aquele que, no exercício de atividade profissional, por negligência, imprudência ou imperícia, causar a morte do paciente, agravar-lhe o mal, causar-lhe lesão, ou inabilitá-lo para o trabalho.

3 Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.

§ 4° A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa.

4 Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.

§ 1° O serviço é defeituoso quando não fornece a segurança que o consumidor dele pode esperar, levando-se em consideração as circunstâncias relevantes, entre as quais:

I - o modo de seu fornecimento;

II - o resultado e os riscos que razoavelmente dele se esperam;

5 Art. 932. São também responsáveis pela reparação civil:

III - o empregador ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele;

6 É presumida a culpa do patrão ou comitente pelo ato culposo do empregado ou preposto.

Acesso ao Sumário

de Defesa do Consumidor, art. 1.521, III, do Código Civil de 1916 e art. 932, III, do Código Civil de 2002. Essa responsabilidade é objetiva e solidária em relação ao consumidor, mas, na relação interna, respondem o hospital, o médico e a operadora do plano de saúde nos limites da sua culpa" (REsp 866371/RS, Quarta Turma, Rel. Min. RAUL ARAÚJO, j. 27.03.12).

Não há que se falar em caso fortuito ou força maior, porque faz parte do risco da atividade empresária das rés a contratação de falso médico, decorrente da ausência de cumprimento de todas as cautelas necessárias para a concessão de emprego a esse tipo de profissional.

Presente a figura do fortuito interno que não elide a responsabilidade do fornecedor. Inaplicável o art. 393 do CC.

O fornecedor apenas não será responsabilizado se provar a inexistência do defeito no serviço ou culpa exclusiva do consumidor ou terceiro, nos termos do § 3º do art. 14 do CDC.

Nesse sentido, precedente desta Corte:

APELAÇÃO. RESPONSABILIDADE CIVIL CONTRATUAL. PRESTAÇÃO DE SERVIÇO MÉDICO HOSPITALAR. FALSO MÉDICO. DEFEITO NA PRESTAÇÃO DOS SERVIÇOS. Responsabilidade objetiva da ré pelos serviços prestados por seu corpo clínico. Autor que se submeteu a cirurgia realizada por falso médico plantonista, que era funcionário da ré e atuava em suas dependências. Ausência de provas de que o defeito no serviço inexistiu (art. 14, §3º, CDC). DANO MORAL CONFIGURADO. Situação que ultrapassou o mero aborrecimento ou dissabor cotidiano. Precedentes. Valor arbitrado (R$ 10.000,00). Correção monetária. Termo inicial. Data do arbitramento da verba condenatória. Súmula n. 362 do STJ. Juros de mora. Termo inicial. Citação. CC, art. 405. DANO MATERIAL. Custos por cirurgia reparatória. Indenização devida diante da impossibilidade de realização da cirurgia postulada na inicial. INVERSÃO DOS ÔNUS DE SUCUMBÊNCIA. Recurso provido. (Apelação nº 4010916-14.2013.8.26.0602, Quarta Câmara de Direito Privado, Rel. HAMID BDINE, j. 16.06.2015).

Restou demonstrada pela prova pericial que a atuação do falso médico foi incorreta. Assim se manifesta o expert em seus esclarecimentos, ao ser indagado se a conduta foi errada: *"Sim. Tratando-se de procedimento que causa dor, deveria ser feito sob sedação, visto que, caso não se consiga everter o prepúcio, haverá necessidade de se fazer uma pequena incisão. Em casos leves poderia eventualmente ser tentada uma anestesia tópica (com gel anestésico), mas nunca com uso de força"* (f. 759).

Sem ser a hipótese de ato médico, houve agressão física ao bebê e grave constrangimento moral para os genitores, que experimentaram sofrimento

Acesso ao Sumário

psicológico. Além disso, foi necessário despender maior cuidado com a criança, a fim de evitar consequências fisicamente danosas.

O dano moral puro *pressupõe lesão (...). Por isso, não se torna exigível na ação indenizatória a prova de semelhante evento. Sua verificação se dá em terreno onde à pesquisa probatória não é dado chegar*.[7]

No mesmo sentir:

RESPONSABILIDADE CIVIL - Danos morais - Acidente com passageiro de ônibus - Responsabilidade objetiva mediante a qual a transportadora é obrigada a transportar o passageiro são e salvo até seu destino - Indenização devida.

***O dano moral é mensurado independentemente de provas rígidas e cabais, visto que se refere à dor interior, psíquica, aliada, no caso em testilha, ao sofrimento de ordem física suportado pela vítima**, em face de grave lesão corporal por ela suportada.*

Recurso parcialmente provido. (TJSP - 14ª Câmara de Direito Privado - Apelação nº 991.09.019456-0 - Embu - rel. Des. PEDRO ABLAS - j. 15.09.2010 - v.u.)

Desta forma, restam presentes os pressupostos da responsabilização civil, nos termos do art. 927, parágrafo único[8], **do Código Civil**.

Ou seja, não há como exigir fixação material da extensão do prejuízo no caso de danos extrapatrimoniais. A incidência do art. 944 do CPC, notadamente para a hipótese, se vincula à análise da proporção da compensação frente à situação aflitiva vivenciada pela vítima.

Fixada a premissa do dever de indenizar, cumpre apreciar o *quantum* cabível pelos danos morais.

A lesão de interesses extrapatrimoniais tutelados pelo ordenamento jurídico, em geral, diversamente do que se dá com o dano patrimonial, não comporta ressarcimento, já que em regra é inviável recompor-se o bem imaterial violado, não havendo condições práticas que permitam a restauração da ofensa com fiel equivalência à sua extensão.

A reparação pecuniária do dano moral, destarte, *não corresponde ao preço da dor sofrida pela vítima*. O seu fundamento está assentado na sanção que se

Acesso ao Sumário

7 THEODORO Jr., Humberto. Dano Moral, 6ª edição, São Paulo, 2009. Ed. Juarez de Oliveira, p.121.

8 **Art. 927**. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

busca impor ao responsável e, simultaneamente, na satisfação (compensação) que se visa a atribuir ao lesado.

Em nosso direito não se aplica com exclusividade a *Teoria do Desestímulo*, como estabelecido no sistema norte-americano, mas sim o sistema misto, entre o desestímulo e a compensação, objetivando-se a imposição de uma sanção ao causador do evento danoso, de sorte que não fique impune pela vulneração causada a interesses extrapatrimoniais de outrem e, ao mesmo tempo, uma compensação ao lesado com o intuito de suavizar a ofensa sofrida.

O valor da indenização como sabido, deve ser fixado com equidade e moderação, não podendo ser tão baixo a ponto de fazer com que o ofensor deixe de perceber a reação do ordenamento jurídico à lesão praticada, nem tão elevado a ponto de servir como fonte de enriquecimento sem causa por parte do lesado.

Para a definição do seu valor, que não deve ser irrisório nem absurdamente elevado, é necessário que o magistrado considere várias circunstâncias **em cada caso específico**, tais como a intensidade da culpa e do dano, a conduta e a capacidade econômica do ofensor, a repercussão da ofensa, a posição social ocupada pelo ofendido e as consequências por ele suportadas.

O *quantum* deve ser fixado no montante hábil a proporcionar ao lesado a compensação justa do abalo sofrido. Para essa fixação deve-se levar em conta todos os fatores que envolveram a causa, ou seja, a lesão moral do autor, a conduta do réu, bem como as circunstâncias quando da violação do patrimônio moral.

Diante das circunstâncias específicas, almejando-se atender ao escopo satisfatório, punitivo e educativo da reparação por dano moral, reputa- se adequado o valor fixado pela sentença (R$ 15.000,00). Incidentes os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade.

Inexistiram consequências danosas à criança capazes de impor uma condenação em patamar superior.

Ante o exposto, **nega-se provimento** aos recursos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 4010965-52.2013.8.26.0506, da Comarca de Ribeirão Preto, em que é apelante FUNDAÇÃO WALDEMAR BARNSLEY PESSOA, é apelada DIVINA DE CARVALHO SEMPRINI (JUSTIÇA GRATUITA).

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 2ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão:

Acesso ao Sumário

"Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto n° 23547)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores JOSÉ JOAQUIM DOS SANTOS (Presidente) e ALVARO PASSOS.

São Paulo, 15 de abril de 2016.

NEVES AMORIM, Relator

Ementa: OBRIGAÇÃO DE FAZER - PLANO DE SAÚDE - RESILIÇÃO UNILATERAL DO PLANO DE SAÚDE COLETIVO - PRETENSÃO DA AUTORA EM SUBSTITUIR O PLANO COLETIVO POR UM INDIVIDUAL, SEM PRAZO DE CARÊNCIA POR SE ENCONTRAR EM TRATAMENTO ORTOPÉDICO DERIVADO DE FRATURA ÓSSEA - POSSIBILIDADE - AUTORA IDOSA (79 ANOS) - INCIDÊNCIA DA RESOLUÇÃO 19 DO CONSU - OBSERVÂNCIA ÀS NORMAS DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR E AOS PRINCÍPIOS DA BOA-FÉ OBJETIVA, FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO E DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA - CONTINUIDADE DA PRESTAÇÃO DE SERVIÇO NA MODALIDADE INDIVIDUAL - SENTENÇA MANTIDA. RECURSO IMPROVIDO.

VOTO

Trata-se de apelação interposta contra sentença que julgou parcialmente procedente a presente ação de obrigação de fazer c.c. indenização por dano moral, condenando a ré na obrigação de manter a cobertura contratual referente ao plano que a autora mantinha em razão de seu vínculo com o Sindicato dos Empregados no Comércio de Ribeirão Preto, discriminado na inicial, independentemente do cumprimento de novas carências, reconhecido à ré o direito de cobrança da mensalidade correspondente ao plano individual equivalente (fls. 129/134).

Alega o apelante (fls. 137/144), em síntese, que a rescisão operada foi lícita, razão pela qual não há que se cogitar da manutenção de beneficiários vinculados a contrato, ainda que diverso do anterior, até por que inexiste vínculo que lhe permita o ingresso. Sustenta que a ANS proíbe a migração de contratos não regulamentados à Lei 9.656/98, como o caso dos autos.

Regularmente processada, não foram apresentada contrarrazões (fls. 148).

É o relatório.

Acesso ao Sumário

Em que pese a argumentação do apelante, o recurso não merece provimento.

Inicialmente, observo que a doutrina e jurisprudência adotaram posicionamento pacífico quanto à aplicabilidade plena do Código de Defesa do Consumidor aos contratos de prestação de serviços na área da saúde, planos de saúde, contratos de assistência médica e de medicina de grupo.

Tratando-se de contratos de longa duração e sem prazo de vigência definido, a formação e execução destes contratos deve se balizar nos princípios norteadores da proteção ao consumidor, em especial a vulnerabilidade, a hipossuficiência e a boa-fé objetiva, com a finalidade precípua de garantir o equilíbrio entre os contratantes.

Sob esta ótica é que a questão deve ser analisada.

Nesse sentido já decidiu o STJ: "*... O Código de Defesa do Consumidor se aplica aos contratos de execução continuada, estando os fatos narrados no âmbito do seu tempo de vigência ...*" (RESP 439410/SP Rel. Min. CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO, j. 10/12/02, e RESP 331860/RJ, do mesmo Relator). No mesmo sentido, neste Tribunal: Apel. 130.958-4/0, 3ª Câmara de Direito Privado do TJSP, Rel. Des. WALDEMAR NOGUEIRA FILHO, e Apel. 470.969.4/0-00, de São Paulo, 3ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. BERETTA DA SILVEIRA.

A aplicação do Código de Defesa do Consumidor às lides que envolvem plano de saúde se encontra pacificada na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, dando azo à edição da Súmula 469, vazada nos seguintes termos: "*Aplica-se o Código de Defesa do Consumidor aos contratos de plano de saúde*".

Superada esta questão e passando ao exame dos temas trazidos a julgamento, o inconformismo não procede.

Cuida-se de demanda proposta pela autora, idosa de 79 anos, visando obrigar a ré a lhe fornecer plano de saúde individual em virtude da rescisão, em 01/12/2013, do contrato de plano de saúde firmado pelo Sindicato dos Empregados no Comércio de Ribeirão Preto, do qual era beneficiária, impedindo a continuidade do tratamento ortopédico derivado de fratura óssea, uma vez que o ingresso em novo plano exige o cumprimento de carência e não tem cobertura para doenças preexistentes.

Reza o artigo 1º da Resolução nº 19 do CONSU: "*As operadoras de planos ou seguros de assistência à saúde, **que administram ou operam planos coletivos empresariais** ou por adesão para empresas que concedem esse benefício a seus empregados, ou ex-empregados, **deverão disponibilizar plano ou seguro de assistência à saúde na modalidade individual ou familiar** ao universo de beneficiários, **no caso de cancelamento desse benefício, sem***

Acesso ao Sumário

necessidade cumprimento de novos prazos de carência".

Pois bem.

O disposto na citada Resolução é justo o caso dos autos. Mesmo que o pedido de rescisão contratual tenha partido do Sindicato dos Empregados no Comércio de Ribeirão Preto, permanece a obrigação da ré em disponibilizar a autora plano de saúde na modalidade individual para que possa manter o tratamento iniciado durante o contrato rescindido, sem cumprir novas carências, como constou em sentença.

A questão não é nova e já foi enfrentada por este E. Tribunal em diversas oportunidades. Confira-se:

"*Plano de saúde - Lei proíbe operadoras de denúncia imotivada nos planos individuais - Plano coletivo - Inteligência do art. 13, par. único e inc. II, Lei nº 9.656/1998 - Precedente do STJ - Direito assegurado à operadora e à empresa consumidora (art. 51, inc. XI, CDC) - Cláusula válida - Contrato coletivo que deve ser substituído por individual quando rescindido pela empregadora do beneficiário - Sucumbência recíproca - Partes que se sagraram igualmente vencedoras e derrotadas na demanda - Recurso improvido.*" (Ap. Cível 1000071-34.2014.8.26.0506, Rel. Des. LUIZ ANTONIO COSTA, 7ª Câm. Dir. Privado, j. 27 de novembro de 2015).

"*Plano de saúde. Contrato coletivo rescindido. Pretensão deduzida por beneficiária, visando a manutenção do plano, em caráter individual, independente da observância dos prazos de carência. Acolhimento. Pretensão da apelante fere o princípio da razoabilidade tendo em vista que o espoco precípuo da carência é evitar que os portadores de doenças preexistentes contratem o seguro para, de imediato, aproveitarem-se da cobertura. Requisito anteriormente cumprido, quando a apelada integrava o plano coletivo. Incidência da Resolução n. 19 do CONSU. Possibilidade de interpretação das peculiaridades do contrato em favor da apelada, nos termos do art. 47 do CDC. (...). Sentença mantida. Recurso improvido.*" (Ap. cível 0111770-09.2011.8.26.0100, Rel. Des. JOSÉ JOAQUIM DOS SANTOS, 2ª Câm. Dir. Privado, j. 24/07/2012).

Acesso ao Sumário

Irrelevante o fato da requerida se encontrar impossibilitada de comercializar e operar novos planos individuais, tendo em vista que a doença havia se estabelecido no organismo da autora antes mesmo da ruptura do liame contratual entre a empregadora e a seguradora de plano de saúde. Aliás, a demandante já se encontrava em pleno tratamento da doença, possuindo, portanto, conforme as normas protetivas do Código de Defesa do Consumidor, o direito insofismável de conservar o contrato, nos mesmos moldes, sem o cumprimento de qualquer prazo de carência, desde que arque com o valor integral do prêmio.

Entendimento contrário afrontaria os princípios da função social do contrato, da boa-fé objetiva e dignidade da pessoa humana.

Destarte, pelos motivos acima expostos, conclui-se que a bem lançada sentença recorrida analisou corretamente as questões postas em julgamento mediante criteriosa avaliação do conjunto probatório, conferindo à causa a mais adequada e justa solução, razão pela qual resiste claramente às críticas que lhe são dirigidas nas razões recursais.

Assim, pelo meu voto, nego provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0008244-68.2012.8.26.0495, da Comarca de Registro, em que é apelante BANCO BRADESCO S/A, são apelados CIRILO ESTEVAM DA SILVA (JUSTIÇA GRATUITA) (INTERDITANDO(A)) e MARIA NOEMIA MORAIS DA SILVA MELO (CURADOR(A)).

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 8ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 8051)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores SILVÉRIO DA SILVA (Presidente), THEODURETO CAMARGO e SALLES ROSSI.

São Paulo, 25 de abril de 2016.

SILVÉRIO DA SILVA, Relator

Ementa: Apelação cível - Indenização moral - Inscrição do nome do autor em cadastro de inadimplentes - Ausência de prova da contratação - Teoria do risco da atividade empresarial - Dano moral *in re ipsa* - Indenização fixada em R$ 6.780,00 mantida - Multa cominatória só é devida em caso de descumprimento da obrigação - Recurso desprovido.

VOTO

A sentença de fls. 77/80 julgou procedente o pedido para declarar inexigíveis os valores cobrados do autor pelo requerido e condená-lo a pagar ao autor o valor de 10 (dez) salários mínimos a título de indenização por danos morais, acrescido de juros de mora da inscrição e correção monetária da sentença. Condenou o requerido nas custas e honorários fixados em 20% do valor da condenação.

Opostos embargos declaratórios às fls. 82/83, foram acolhidos para declarar a obrigação do requerido de promover a exclusão do nome do autor dos cadastros de inadimplentes no prazo de 48 horas, a partir da intimação da decisão, sob pena de multa diária de 1 salário mínimo.

Apelou o réu às fls. 88/93, aduzindo que o autor não fez nenhuma prova a respeito dos danos morais, que somente foram alegados, além do que o banco não cometeu nenhum ato ilícito. Por outro lado, afirmou a necessidade de redução da indenização. Insurgiu-se contra a fixação da multa cominatória, eis que nunca se recusou a cumprir a determinação.

O recurso foi recebido às fls. 95.

As contrarrazões foram oferecidas às fls. 98/100.

Os autos vieram redistribuídos por força do v. acórdão de fls. 109/113.

Ausente oposição ao julgamento virtual, certidão de fls. 118.

Autos remetidos à D. Procuradoria Geral de Justiça, que ofereceu parecer às fls. 122/123.

É o relatório.

O recurso não comporta provimento.

Assumiu a ré o risco da atividade empresarial, devendo se valer de todas as cautelas para os negócios que pretende, em busca do lucro almejado.

Quem tem o bônus tem o ônus.

É a teoria do risco da atividade empresarial de responsabilidade objetiva, pois quem aufere lucros de certa atividade, tem de suportar os riscos decorrentes da mesma atividade.

O parágrafo único do art. 927 do Código Civil de 2002 determina que *"Haverá obrigação de reparar o dano, independente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem"*.

Por esta mesma razão, descabe a alegação de que o autor concorreu para o dano, pois independente do motivo da utilização dos documentos pessoais do autor, a contratação não foi por ele realizada.

Trata o presente caso de dano *in re ipsa*, ou seja, aquele que prescinde de comprovação, porque o abalo é ínsito, próprio da situação.

Ao negativar o autor por ato de terceiro estranho, sem sequer seu conhecimento ou autorização, a empresa ré praticou dano moral absoluto.

Neste sentido ensina o Juiz Carlos Dias Motta, no estudo publicado na RT 760/74: "*A vítima, que em virtude de ter indevidamente seu nome lançado no cadastro dos serviços de proteção ao crédito, vê negado um financiamento com o qual já contava, sofre evidente dano patrimonial. Poderá manejar ação de indenização contra o causador do dano...*"

Acesso ao Sumário

Wilson Bussada leciona que "*Banco - Danos moral caracterizado. Responsabilidade Civil. Registro indevido do nome do correntista na central de restrições de órgão de proteção ao crédito. Ato ilícito absoluto. Indenização devida. Ementa oficial: Responde, a título de ato ilícito absoluto, pelo dano moral conseqüente, o estabelecimento bancário que, por erro culposo, provoca registro indevido do nome do cliente em central de restrições de órgão de proteção ao crédito*".

A indenização foi bem fixada.

As circunstâncias específicas, que devem ser avaliadas para a fixação da indenização, denotam que o valor arbitrado, equivalente a 10 salários mínimos da data da sentença (R$ 6.780,00) é suficiente para reparar de forma justa o dano moral sofrido pelo autor, decorrente da conduta ilícita de inscrição de seu nome por dívida não contraída, gerando abalo em seu crédito.

Observa-se a norma que veda o enriquecimento ilícito, nos termos do art. 884 do CC, os critérios de proporcionalidade e razoabilidade, segundo entendimento do C. STJ, e ainda, que a verba é fixada segundo critério compensatório, nos termos do art. 944 do CC.

Cumpre observar que a indenização por dano moral não se reveste de caráter punitivo, pois assim não dispõe a lei (Código Civil), não se olvidando do primado constitucional "não há pena sem prévia lei".

Quanto à multa cominatória, só é devida em caso de descumprimento da ordem judicial, e seu valor poderá ser fixado de forma definitiva até a fase de execução. Por outro lado, não se verifica que o prazo seja exíguo, porque se trata de providência simples, meramente administrativa.

Nego provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1006650-66.2014.8.26.0451, da Comarca de Piracicaba, em que é apelante MAICON ROGÉRIO MOSO (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado VALE DAS ÁGUAS COUTRY CLUBE DE TUPI.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 7ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 16/29519)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores LUIS MARIO GALBETTI (Presidente) e MIGUEL BRANDI.

Acesso ao Sumário

São Paulo, 2 de maio de 2016.
LUIZ ANTONIO COSTA, Relator

Ementa: Country Club de Tupi - Anulatória cc Dano Moral - Clube prometeu prêmio (bicicleta e título social quitado), mas condicionou-o ao pagamento de taxa anual de manutenção - Publicidade enganosa (CDC 37, §§ 1º e 3º) - Precedentes da 1ª Subseção - Inscrição ilegítima do Apelante no cadastro de proteção aos credores - Dano moral configurado - Reparação de R$5.000,00 adequada à luz das circunstâncias (clube tem finalidade social e pequena capacidade econômica) - Recurso provido.

VOTO

Recurso de Apelação interposto contra sentença que julgou improcedente a Ação Anulatória cc Indenizatória proposta pelo Apelante.

O Apelante recebeu informação de que teria recebido bicicleta e título quitado de sócio do clube Apelado (fls. 23/4). Ao buscar o Apelado, o Apelante teria sido surpreendido com a exigência da assinatura de promissórias (fls. 87/ss), cujo não pagamento ensejou a inscrição do nome do Apelante no cadastro de proteção ao crédito, o que por sua vez inviabilizou a contratação de financiamento imobiliário. O Apelante propôs esta ação buscando a anulação do negócio por dolo (CC 145) e ofensa ao dever de informação clara e à proibição de publicidade enganosa (CDC 31), pedindo a Apelante ainda reparação de R$15.000,00 por dano moral pela inscrição ilegítima de seu nome no rol de inadimplentes.

A ação foi julgada improcedente (fls. 100/2) pelos seguintes fundamentos: (1) o documento com o prêmio do Apelante (fls. 28) informava que, apesar de não pagar o título, o Apelante deveria pagar taxa de manutenção, razão das promissórias; (2) em razão da clareza das informações prestadas, o contrato foi considerado válido; (3) "Sendo restrições de crédito legítimas, não há danos morais"; (4) "Como reforço, observe-se que o autor ostentava diversas outras negativações, oriundas de outros credores (fls. 70/73), não impugnadas por ele", o que afasta a possibilidade de reparação (súmula 385 do STJ).

Em suas razões (fls. 105/16), o Apelante reiterou os argumentos de sua inicial, acrescentando que o Apelado não respeitou o tamanho da fonte (CDC 54, § 3º), bem como empreendeu publicidade agressiva, o que é proibido segundo precedente deste Tribunal. Além disso, indicou precedentes envolvendo o clube Apelado.

Acesso ao Sumário

Recurso recebido sem resposta (fls. 133).

É o Relatório.

No anúncio do clube Apelado intitulado "Promoção Raspou, Ganhou", o Apelante "raspava" uma área do material, sob a qual constam os dizeres:

"Você ganhou:

Um título de sócio familiar quitado

Uma linda bicicleta

Vide verso" (fls. 23).

No verso (fls. 24), o clube Apelado informava as "condições para retirar os prêmios":

"Que interesse a usufruir do Clube e receba o título familiar quitado contribuindo apenas com a taxa de manutenção vigente;

Os prêmios só podem ser retirados juntos;"

Ao se dirigir para retirar os prêmios, o Apelante foi surpreendido com a cobrança de R$2.550,00 (17 promissórias de R$150,00, fls. 89/94).

Do exposto, conclui-se que, apesar de o clube Apelado dizer que o Apelante havia *ganhado* uma bicicleta e um título social quitado, o prêmio dependeria de pagamento de uma taxa anual nada desprezível de R$2.550,00. Entendo que, dessa forma, o Apelante induziu o Apelado em erro (CDC 37, § 1º), fazendo-o pensar que receberia uma bicicleta e desfrutaria do clube *gratuitamente*, quando, na verdade, teve de pagar valor expressivo para auferir essas vantagens.

Além disso, o Apelante informou o prêmio, mas deixou de comunicar o valor da taxa de manutenção, omitindo, portanto, dado relevante (CDC 37, § 3º), que certamente teria refletido sobre o interesse do Apelante.

Entendo que as duas instâncias indicadas acima constituem publicidade enganosa, devendo o negócio ser considerado abusivo e, portanto, nulo (CDC 37, §§ 1º e 3º cc 51, IV).

Pelo mesmo entendimento, inúmeros precedentes da 1ª Subseção deste Tribunal envolvendo o clube Apelado:

1ª Câm., Ap. 0010669-23.2012.8.26.0510, Rel. Des. Francisco Loureiro, j. em 19.05.2015;

4ª Câm., Ap. 0001271-61.2012.8.26.0604, Rel. Des. Carlos Henrique Miguel Trevisan, j. em 17.01.2013;

6ª Câm., Ap. 1002947-65.2014.8.26.0019, Rel. Des. Vito Gulgielmi, j. em 28.10.2015;

7ª Câm., Ap. 1004402-40.2014.8.26.0286, Rel. Des. José Rubens Queiroz Gomes, j. em 11.09.2015;

Acesso ao Sumário

8ª Câm., Ap. 0007111-36.2012.8.26.0286, Rel. Des. Silvério da Silva, j. em 19.12.2014;

9ª Câm., Ap. 0003522-08.2011.8.26.0533, Rel. Des. Piva Rodrigues, j. em 10.02.2015;

10ª Câm., Ap. 0019774-75.2010.8.26.0451, j. em 09.10.2012.

Passo à questão do dano moral.

Tratando-se de negócio nulo, entendo que a inclusão do nome do Apelante no cadastro de proteção ao crédito foi ilegítima, ofendendo, portanto, a honra do Apelante e causando-lhe dano moral.

Noto do documento de fls. 63 que o clube Apelado inscreveu o nome do Apelante em 24.02.2014, data em que o Apelante não tinha inscrição alguma em seu nome, tendo todas as anotações anteriores sido excluídas (cf. fls. 72/3), concluindo-se que não cabe aplicar o enunciado 385 do STJ, uma vez ausente inscrição anterior que afaste o dever de indenizar.

Em situações envolvendo inscrições ilegítimas realizadas por grandes instituições, esta Câmara tem condenado os fornecedores ao pagamento de R$10.000,00. Por todos, veja-se a seguinte ementa, relativa a ação com a Vivo ("Telecomunicações de São Paulo S/A"):

> "Responsabilidade civil - Negativação indevida - Cabimento da majoração dos danos morais para R$10.000,00, o que por conseguinte aumenta os honorários advocatícios - (...) - Recurso provido" (Ap. 1039160-55.2013.8.26.0100, Rel. Luis Mario Galbetti, j. em 23.11.2015).

No caso sob análise, o clube Apelado tem capacidade econômica sensivelmente menor e dedica-se a fim social, razões por que entendo cabível a redução da reparação média pela metade.

Destarte, voto pelo provimento do Recurso a fim de decretar a nulidade do negócio, com suas consequências óbvias, quais sejam, a condenação do clube Apelado à devolução do valor pago pelo Apelante, acrescido de juros e correção desde a citação (CC 405), bem como a condenação do Apelante no pagamento de valor equivalente ao preço atual da bicicleta recebida do clube Apelado, a ser apurado em liquidação (descabe restituição do bem, que fatalmente terá depreciado com o uso ou tempo). Condeno ainda o clube Apelado ao pagamento de R$5.000,00, com juros e correção a contar desde a citação (CC 405). Enfim, condeno o clube Apelado ao pagamento de honorários de 20% do valor da condenação, percentual que entendo adequado à luz da diligência do representante do Apelante e da relativa demora processual (ação proposta em meados de 2014) (CPC 20, § 3º).

Isso posto, pelo meu voto, **dou provimento ao Recurso**.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1015998-52.2014.8.26.0405, da Comarca de Osasco, em que é apelante/apelado COSTES CALÇADOS COMERCIAL LTDA., é apelado/apelante MAYARA BERNADOQUE (MENOR(ES) REPRESENTADO(S)).

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 4ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso da ré e negaram provimento ao recurso adesivo. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 35940)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores NATAN ZELINSCHI DE ARRUDA (Presidente sem voto), MAIA DA CUNHA e TEIXEIRA LEITE.

São Paulo, 5 de maio de 2016.

ENIO ZULIANI, Relator

Ementa: Furto de celular que adolescente deixa, inadvertidamente, em sofá de loja de sapatos femininos em dia (véspera do Natal) de intenso fluxo de cliente. Impossibilidade de controle para prevenção de fatos desse tipo, cuja concretude decorre única e exclusivamente do descuido da proprietária do aparelho. Não foi assumido e sequer há compartimento para guarda de objetos de clientes que experimentam sapatos, sendo que até adolescentes possuem ciência de que esse ato de consumo exige alguns passos (deslocamento) ao espelho para confirmação do visual, o que, naturalmente, obriga a ter diligência especial com equipamentos que se carregam nas mãos. Não há defeito do serviço (art. 14, § 3º, do CDC). Inadmissibilidade de indenização, inclusive por dano moral. Provimento ao recurso da ré para julgar improcedente a ação e não provimento ao apelo adesivo da requerente.

VOTO

Vistos.

São dois os recursos que desafiam a r. sentença de fls. 117/121 que julgou

Acesso ao Sumário

parcialmente procedente a ação de indenização por danos morais e materiais proposta por MAYARA BERNADOQUE (menor representada) em face de COSTES CALÇADOS COMERCIAL LTDA., que condenou a ré a restituir o valor do aparelho celular subtraído em suas dependências (Loja Mundial Calçados), com correção monetária desde o fato e juros de mora desde a citação, repartindo o ônus da sucumbência.

No primeiro (fls. 134/143), afirma a requerida que não deve ser responsabilizada, nos termos do art. 14, §3º, II, do CDC, porquanto a autora admitiu sua culpa, uma vez que ao se levantar para olhar no espelho o sapato que calçou, deixou o celular sobre o sofá, momento em que foi furtado, o que foi confirmado por uma das testemunhas. Alega que no dia dos fatos o local estava movimentado, por ser véspera de Natal, não tendo a autora tomado o devido cuidado com seus pertences, e que o fato de ter no local câmeras de segurança não atrai a responsabilidade pelos bens pessoais de seus clientes, não estando configurado o depósito, tal como ocorre em estacionamentos, pelo que requer seja julgada improcedente a ação. Contrarrazões às fls. 151/160.

No apelo adesivo (fls. 161/176), a autora alega que a decisão padece de falta de fundamentação no que atine ao não reconhecimento dos danos morais e da fixação de honorários sucumbenciais, o que viola o art. 93, IX, da CF, aduzindo, sobre os danos, que a subtração lhe causou angústia, desespero e decepção, tendo que enfrentar o descaso do gerente de tomar as medidas impeditivas/esclarecedoras do fato. Reforça que a culpa é exclusivamente da apelada que não tomou as cautelas necessárias para garantir a segurança dos consumidores que frequentam o estabelecimento, o que caracteriza uma falha da prestação dos serviços, pelo que espera seja reconhecida a indenização e arbitrada em, no mínimo, 30 salários mínimos vigentes (R$ 26.400,00), além de honorários no equivalente a 25% do valor da condenação. Contrarrazões às fls. 181/190, em que requer a ré a condenação da autora ao pagamento de multa por litigância de má-fé por ter alterado a verdade dos fatos, por ter dito que os danos morais foram demonstrados não só pelo abalo psicológico, mas também pela exposição à situação de perigo, o que nunca fora afirmado antes nos autos.

Parecer da PGJ opinando pelo provimento ao recurso adesivo (fls. 205/207).

É o relatório.

De início, não há que se falar em ofensa ao art. 93, IX, da CF.

Os fundamentos para rejeitar os danos morais foram suficientemente justificados, sendo importante consignar que a fundamentação, ainda que de forma concisa, não é vedada pelo ordenamento jurídico pátrio, consoante permite o art. 165 do CPC.

Nesse sentido, há precedente do C. STF:

Acesso ao Sumário

"*EMENTA: CONSTITUCIONAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO: ALEGAÇÃO DE OFENSA À CONSTITUIÇÃO. I.(...). II.(...). III.(...). IV.- Alegação de ofensa ao inc. IX do art. 93, C.F.: improcedência, porque o que pretende a recorrente, no ponto, é impugnar a decisão que lhes é contrária, certo que o acórdão está suficientemente fundamentado. V.- Decisão fundamentada: o que a Constituição exige, no inc. IX, do art. 93, é que o juiz ou o tribunal dê as razões de seu convencimento, não se exigindo que a decisão seja amplamente fundamentada, extensamente fundamentada, dado que a decisão com motivação sucinta é decisão motivada. Precedentes: RE 77.792-MG, Alckmin, 1ª T., RTJ 73/220; Ag 218.658(AgRg)-RS, Velloso, 2ªT., 'DJ' de 13.11.98; RE 140.370-MT, Pertence, 1ª T., 'DJ' de 21.05.93. VI.- Agravo não provido.*" (AgIn 387318 AgR/RS, Rel. Min. CARLOS VELLOSO, DJ 06.9.2002) - grifamos.

Ainda, a repartição da sucumbência, como consequência natural da procedência parcial do pedido, não demanda maiores delongas, cabendo ao sentenciante apenas referi-la no dispositivo, tal como ocorreu.

Passando à análise dos recursos, verifica-se que a autora, à época com 13 anos de idade, estava na "loja de rua" da requerida, acompanhada de sua vizinha (Ellen Cristina Rocha, conforme depoimento de fl. 113) para a compra de sapatos. Era véspera de natal (24.12.2013, por volta das 16h, conforme boletim de ocorrência de fls. 16/17). A loja, segundo depoimento da testemunha Ana Carla da Silva Vieira estava com "*muita gente*" (fl. 112), como é de se esperar neste dia, considerado um dos mais agitados e concorridos no comércio varejista.

É incontroverso que a autora, tal como fazem as mulheres que praticam esse costumeiro ato de consumo feminino, caminhou com os calçados até o espelho visando confirmar a imagem completa do adereço, instante em que deixou o celular no sofá (petição inicial, fl. 02 e depoimento da testemunha Ellen, fl. 113). Lastimavelmente é de ser registrado ter sido uma distração fatal para o rumo da tradição da coisa móvel, porque seria politicamente correto que as pessoas respeitassem a propriedade alheia que não foi abandonada.

Como se nota, o descuido da autora no momento em que vestiu o sapato e se dirigiu até o espelho para examinar o figurino, acabou por propiciar a ação de terceiro de má-fé que lhe ocasionou os prejuízos descritos na exordial. Nenhum cuidado, como o de pedir para alguém segurar ou passar para o atendente a guarda do objeto, foi tomado pela moça que, naturalmente, estava preocupada com as novidades. Essa falta de diligência foi a causa do desaparecimento (subtração) e isso ocorreu em um ambiente repleto de pessoas com perfis diversos, algumas até com propósitos intencionais de aproveitamento de chances como essa propiciada.

O estabelecimento comercial é responsável pela segurança e incolumidade de pessoas e coisas até um determinado limite. Deve existir uma zona de atuação

Acesso ao Sumário

para a razoabilidade. O que é previsível e inevitável não deve ser colocado na conta da loja de calçados, como o furto de celular deixado no sofá em que as pessoas sentam e levantam em uma rotatividade espetacular pelo frenesi das compras natalinas.

Não há como evitar esse tipo de ilicitude, data vênia e sequer culpa das câmaras instaladas para controle ambiental poderá ser tido como falha por não ter permitido uma investigação e identificação do culpado. A sociedade não assume a guarda de celular e não poderia fazê-lo, porque o custo de tal obrigação inviabilizaria o comércio.

Ainda que existam câmeras de vigilância no local, como dito pelo gerente da loja em seu depoimento (fl. 114); o sistema de monitoramento não é para flagrar furto de celular de clientes, mas, sim, vigilância do trabalho das atendentes. E ainda que a autora ou seu responsável tivesse exigido as filmagens, não seria possível garantir a restituição, mas, sim e exclusivamente indiciamento de possível autor de furto, assunto policial. O fato é que não se deve deixar celular sobre balcões ou sofás em locais movimentados e o risco pela desídia é exclusivo do cliente (culpa da vítima).

Em se tratando de relação de consumo não se discute que é objetiva a responsabilidade do fornecedor pelos danos causados ao consumidor em virtude de *defeitos* de seus serviços, por não oferecerem a segurança que deles legitimamente se espera, nos termos do artigo 14 do CDC. Ocorre que o fornecedor será eximido do dever de indenizar nas hipóteses em que restar evidenciada a *inexistência de defeito* ou a *culpa exclusiva* do consumidor, ou de terceiro, *ex vi* do § 3º do supramencionado dispositivo (inexistência do defeito ou culpa exclusiva do consumidor).

A respeito do tema, os ensinamentos de ADA PELLEGRINI GRINOVER:[1]

"*Muito embora tenha acolhido os postulados da responsabilidade objetiva, que desconsideram os aspectos subjetivos da conduta do fornecedor, o Código não deixou de estabelecer um elenco de hipóteses que mitigam aquela responsabilidade, denominadas causas excludentes.*"

Nessas circunstâncias, a conduta da autora foi determinante para o furto e deve suportar sozinha o resultado dela decorrente, não havendo que se falar em dever de guarda do estabelecimento quanto aos objetos pessoais de seus clientes, pois tal controle não é razoavelmente exigível, ultrapassando o dever anexo de segurança decorrente da relação de consumo entabulada entre as partes.

Em assim sendo, não deve subsistir a condenação da loja ao ressarcimento dos danos materiais referente ao valor do celular subtraído (R$ 999,00, conforme nota fiscal de fl. 19), pelo que prospera o seu inconformismo.

Acesso ao Sumário

1 GRINOVER, Ada Pellegrini (coord.). *Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 8. ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense Universitária, 2005, p. 197.

Quanto aos danos morais e com maior razão, não há supedâneo para sua concessão (art. 5º, V e X, da CF). A autora foi responsável pelo desaparecimento do seu celular e a loja de calçados não deverá indenizar eventual sofrimento.

A despeito da frustração e aflição da menor quanto ao ocorrido, não se pode erigir tal fato como ofensa moral, pois nada obstante às naturais variações de sensibilidade entre as pessoas humanas, não se vislumbra, no caso, dano passível de reparação. A situação, embora desagradável, não passou de incômodos que podem ser suportados pelo cidadão que convive numa sociedade de risco, como a nossa.

Para caracterizar o dano moral, impõe-se seja a parte vítima de uma situação tal que caracterize verdadeira dor e sofrimento, sentimentos esses capazes de incutir transtorno psicológico ou abalo que exceda a normalidade. O vexame, humilhação ou frustração devem interferir de forma intensa, causando aflições, angústia e desequilíbrio ao bem-estar da pessoa, o que não se verifica na espécie.

Como assinalado pelo Min. PAULO DE TARSO VIEIRA SANSEVERINO, "*Os simples transtornos e aborrecimentos da vida social, embora desagradáveis, não têm relevância suficiente, por si sós, para caracterizarem um dano moral. (...)*." (*in* Responsabilidade civil no código do consumidor e a defesa do fornecedor; São Paulo : Saraiva, 2002, p. 226-7).

No mesmo sentido discorre CAVALIERI FILHO:

"*(...). Se dano moral é agressão à dignidade humana, não basta para configurá-lo qualquer contrariedade.*

Nessa linha de princípio, só deve ser reputado como dano moral a dor, vexame, sofrimento ou humilhação que, fugindo à normalidade, interfira intensamente no comportamento psicológico do indivíduo, causando-lhe aflições, angústia e desequilíbrio em seu bem-estar. Mero dissabor, aborrecimento, mágoa, irritação ou sensibilidade exacerbada estão fora da órbita do dano moral, porquanto além de fazerem parte da normalidade do nosso dia-a-dia, no trabalho, no trânsito, entre amigos e até no ambiente familiar, tais situações não são intensas e duradouras, a ponto de romper o equilíbrio psicológico do indivíduo. Se assim não se entender, acabaremos por banalizar o dano moral, ensejando ações judiciais em busca de indenizações pelos mais triviais aborrecimentos.

Dor, vexame, sofrimento e humilhação são conseqüência, e não causa. Assim, como a febre é o efeito de uma agressão orgânica, dor, vexame e sofrimento só poderão ser considerados dano moral quando tiverem por causa uma agressão à dignidade de alguém." (*in* Programa de Responsabilidade Civil, 11ª ed. São Paulo: Atlas, 2014. pp. 111/112).

Neste conjunto de ideias, em face da inexistência de abalos extrapatrimoniais no caso concreto, não procede o recurso da requerente.

Acesso ao Sumário

Por fim, o fato de a autora ter mencionado nas razões do recurso que os danos morais também deveriam ser reconhecidos pela suposta exposição a perigo (fl. 167) - o que não ocorreu, sendo certo que quem quer que tenha furtado o celular sequer se fez perceber - não autoriza a cominação da pena por litigância de má-fé, não sendo o bastante para caracterizar uma das condutas do art. 17 do CPC.

Isto posto, dá-se provimento ao recurso da ré para julgar improcedente a ação e nega-se provimento ao apelo adesivo da autora.

Fica a autora condenada ao pagamento das custas e das despesas processuais, arbitrada a verba honorária em R$ 2.000,00 (art. 20, §§ 3º e 4º, do CPC), suspensa a exigibilidade em razão da gratuidade a ela concedida (fl. 21).

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1025577-66.2014.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante CASA VERDE CONSERVADORA DE BOMBAS HIDRÁULICAS E ELÉTRICAS LTDA., é apelado CONSERVADORA PAULISTA DE BOMBAS LTDA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 3ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 27412)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores BERETTA DA SILVEIRA (Presidente sem voto), VIVIANI NICOLAU e DONEGÁ MORANDINI.

São Paulo, 5 de maio de 2016.

EGIDIO GIACOIA, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: Apelação - Ação Cominatória c/c reparação por perdas e danos e indenização por danos morais - Uso indevido de marca - Parcial procedência - Empresa que, de pronto, alterou sua razão social, deixando de ofertar contestação - Revelia reconhecida - Acolhimento do pedido cominatório mantido - Indenização pelos danos materiais a ser apurada em liquidação de sentença - Condenação que decorre da própria violação - Desnecessária a efetiva comprovação dos danos na fase de instrução

- Precedentes do STJ - Sentença mantida nos termos do art. 252 do Regimento Interno deste Tribunal. Recurso Improvido.

VOTO

Trata-se de ação de obrigação de fazer c/c reparação por perdas e danos e indenização por danos morais ajuizada por Conservadora Paulista de Bombas Ltda. Epp. em face de Paulistana Conservadora de Bombas Hidráulicas e Elétrica Ltda. ME.

A r. sentença de fls. 203/210, proferida pela Magistrada **PATRÍCIA FIGUEIREDO CORREIA**, cujo relatório adoto, julgou parcialmente procedente o pedido para: a) determinar que a empresa ré se abstenha de utilizar a expressão "Paulistana Conservadora de Bombas" em todo o território nacional, de forma isolada ou em conjunto com qualquer outro sinal distintivo, bem como em seus produtos, serviços, documentos, impressões, encartes, notas fiscais, folhetos e material publicitário, sob pena de multa diária de R$ 5.000,00; b) determinar que a empresa ré se abstenha de utilizar a expressão "Paulistana Conservadora de Bombas" no *web site*, sob pena de multa diária de R$ 5.000,00; c) condenar a empresa ré a indenizar os danos patrimoniais suportados pela autora, os quais deverão ser apurados em ulterior liquidação de sentença por arbitramento, nos termos dos arts. 208 a 210, da Lei nº 9.279/1996. Pela sucumbência, a empresa ré também foi condenada ao pagamento das custas e despesas processuais, além dos honorários advocatícios fixados em 10% sobre o valor atribuído à causa.

Irresignada recorre a empresa ré alegando, em apertada síntese, que a r. sentença deve ser reformada pois há muito já providenciou a alteração contratual perante a JUCESP, conforme comprovam os documentos de fls. 170/175. Afirma que optou pela alteração contratual visando resolver o processo, o que não induz concordância com o pedido inicial. Insiste que a apelada não produziu prova acerca da confusão e da concorrência desleal. Não houve prova dos alegados danos materiais e morais. O conjunto probatório é frágil e não revela o uso indevido de marca, tampouco a confusão ou concorrência desleal. Requer o provimento do recurso para julgar improcedente a ação. Pede, ainda, que a multa diária seja afastada ou, subsidiariamente, que seja reduzida para R$ 500,00. Por fim, busca afastar a condenação na indenização pelos danos materiais pois a autora não os comprovou nos autos.

Recurso tempestivo e preparado a fls. 217/218, foi recebido no duplo efeito (fls. 219).

Contrarrazões a fls. 221/235 pelo improvimento do recurso.

Não houve oposição ao julgamento virtual (fls. 241 e 253).

Acesso ao Sumário

É o relatório.

Com a devida vênia, a irresignação recursal não merece prosperar.

Na verdade, a r. sentença deve ser confirmada pelos seus próprios e bem deduzidos fundamentos, os quais ficam inteiramente adotados como razão de decidir pelo improvimento do recurso, nos termos do art. 252 do Regimento Interno deste Egrégio Tribunal de Justiça que dispõe: "***Nos recursos em geral, o relator poderá limitar-se a ratificar os fundamentos da decisão recorrida, quando, suficientemente motivada, houver de mantê-la.***"

Consigne-se apenas que, na hipótese dos autos, a pretensão inicial busca compelir a empresa ré a se abster de utilizar a expressão "Paulistana Conservadora de Bombas" ou qualquer outra expressão semelhante à marca/núcleo identificador do nome empresarial da autora, além da condenação na indenização pelos danos materiais sofridos e danos morais.

E, como bem observou o d. Magistrado, restou mesmo incontroverso que a empresa autora detém o registro da marca Conservadora Paulista de Bombas junto ao Instituto Nacional de Propriedade Industrial - INPI (fls. 103) e que a sua constituição como nome comercial data de 12/07/1967 (fls. 50/52) e, portanto, bem anterior à empresa requerida.

Além disso, é evidente que as expressões "Conservadora Paulista de Bombas Ltda. EPP" e "Paulistana Conservadora de Bombas Hidráulicas Elétrica Ltda. - ME." são bastante semelhantes e se diferem apenas por pequenos detalhes, o que é absolutamente capaz de causar confusão na clientela.

Aliás, vale consignar que, citada, a empresa ré ofertou proposta de acordo para encerrar o processo, de pronto noticiando a alteração de sua razão social perante a JUCESP (fls. 160/161).

E mais. Sequer ofertou contestação, tornando-se revel (fls. 194).

Por tudo isso, a procedência do pedido cominatório era mesmo medida que se impunha.

No mais, a irresignação recursal volta-se contra a condenação na indenização pelos danos materiais decorrentes da indevida utilização de marca/nome, sob a alegação de que os mesmos não teriam sido comprovados.

Entretanto, este Relator já decidiu que o prejuízo material advindo da indevida utilização de nome/marca não fica adstrito à sua efetiva comprovação na fase de conhecimento, podendo ser apurado, em conformidade com a lei, na execução da sentença. Nesse mesmo sentido são os precedentes deste Egrégio Tribunal de Justiça:

"***MARCAS E PATENTES - Utilização indevida de conjunto imagem característico de fármaco de referência, produzido pelas demandantes por parte das demandadas, fabricantes de medicamento genérico e similar - Ocorrência - Reprodução, pelas rés, do esquema de cores, das***

Acesso ao Sumário

ilustrações e de demais elementos de figuração próprios do produto de referência fabricado pelas autoras - Inadmissibilidade - Exceção ao sistema de patentes inserida pela Lei n. 9.787/99, que não atinge o subsistema de proteção à marca, mas somente os registros de invenção - Exame técnico que se baseara apenas na possibilidade de confusão entre os produtos, ignorando a circunstância visível da efetiva apropriação do conjunto-imagem das autoras pelas rés - Caso em que o direito à indenização decorre da própria ilicitude, independendo de prova do prejuízo - Acerto da fixação da indenização em 25% do produto obtido com a venda dos produtos da citação até a data da cessação da violação - Critério em conformidade com o artigo 210, II da Lei n. 9.279/96 - Decisão mantida - Recurso improvido". (Apelação n. 990.10.382348-6, 6ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. VITO JOSÉ GUGLIELMI, j. em 07/10/2010).

"***Apelação Cível. Marcas e patentes. Ação de obrigação de não fazer cumulada com pedido indenizatório. Pedido para que a ré deixe de usar sinal 'FX' em relação a alarmes antifurto para veículos, haja visto o direito de uso exclusivo da autora da marca 'CYBER FX' destinado a identificar produtos idênticos. Tutela antecipada concedida para proibição da utilização do sinal da marca, sob pena de multa diária. É possível a juntada de documentos em qualquer fase do processo, desde que respeitado o contraditório. Inexistência de má-fé. Autora que é a titular do registro da marca 'CYBER FX', conforme se constata pelo registro concedido pelo INPI. Provado o registro junto ao INPI, inclusive com o sinal FX, inegável o direito de proteção da marca. Especialmente no caso dos autos, em que a ré exerce atividade no mesmo ramo de atividade, sendo visível a possibilidade de confusão entre os consumidores, ainda que o sinal 'x' seja usado na forma exponencial. Evidente o caráter distintivo do sinal FX. A reparação material do ato de violação da propriedade industrial ou concorrência desleal não está condicionada à efetiva comprovação do dano. Comprovada a usurpação da marca presumem-se os danos materiais. Provimento do recurso da autora para reconhecer a indenização por dano material e lucros cessantes. A quantificação dos lucros cessantes deverá ser feita em liquidação de sentença, observados os critérios do artigo 210 da Lei n. 9.279/96. Danos Morais incabíveis, pois, diferentemente dos danos materiais não são presumidos, devendo haver prova do abalo de sua reputação. Condenação da ré nas despesas processuais e honorários advocatícios fixados em 10% da indenização a ser apurada em liquidação. Apelo da autora parcialmente provido e negado provimento ao recurso da ré***". (Apelação nº 0139374-47.2008.8.26.0100, 8ª Câmara

Acesso ao Sumário

de Direito Privado, Rel. Des. SILVÉRIO DA SILVA, j. em 16.10.2013).

"***Julgamento antecipado da lide. Cerceamento de defesa Inocorrência. Ausência de violação aos princípios constitucionais do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa. Apresentação de protesto genérico de produção de provas por parte das corrés. Ausência de especificação de provas quando instadas as partes especificarem as provas que pretendiam produzir, justificando sua necessidade e pertinência. Prova documental carreada aos autos que se mostra suficiente para a solução da controvérsia Desnecessidade de produção de prova em audiência Aplicação do artigo 330, I do Código de Processo Civil. Ilegitimidade ad causam. Polo passivo. Apreensão de produtos contrafeitos no estabelecimento da corré. Alegação de cessão de espaço físico, a título gratuito, não comprovada. Legitimidade passiva reconhecida. Propriedade industrial. Ação de preceito cominatório cumulada com indenização por perdas e danos. Marca. Comprovação da titularidade do registro da marca pela autora. Propriedade da marca conferida pelo efetivo registro junto ao INPI. Empresas que exercem atividades no mesmo segmento empresarial. Impossibilidade de coexistência. Inteligência dos artigos 124, XIX e 129 da Lei nº 9.279/96. Concorrência desleal. Configuração. Dever de indenizar caracterizado. Danos patrimoniais. Apuração em regular liquidação de sentença. Possibilidade. Precedentes do C. Superior Tribunal de Justiça. Dano moral. Ausência de prova do efetivo prejuízo. Ônus do qual a autora não se desincumbiu, a teor do disposto no artigo 333, I do Código de Processo Civil. Desenho industrial. Inexistência de violação. Propriedade do desenho industrial conferida pelo efetivo registro junto ao INPI. Inteligência dos artigos 94 e 109 da Lei nº 9.279/96. Ação parcialmente procedente. Apelações desprovidas, com observação.***" (Apelação nº 0012081-92.2011.8.26.0002, 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, JOSÉ REYNALDO, j. em 02.09.2013).

Acesso ao Sumário

"***Apelação. Direito autoral. Ação Indenizatória. Cerceamento de defesa. Inocorrência. Observância aos princípios do contraditório e da ampla defesa. Prova pericial realizada suficiente para a solução da lide. Não verificada qualquer nulidade na realização da perícia. Utilização de softwares sem a concessão de licença. Indevida reprodução de obra caracterizada. Indenização a ser aferida por ocasião da liquidação de sentença. Pretendida indenização com caráter punitivo. Impossibilidade. Lei 9.609/98 que não prevê tal hipótese. Precedente jurisprudencial. Honorários advocatícios, em relação à coautora Autodesk invertidos, pois não localizados programas de sua titularidade. Preliminares rejeitadas. Recurso da Autora não provido e parcialmente provido o***

recurso da Ré". (Apelação Nº 0602669-78.2008.8.26.0007, 3ª Câmara de Direito Privado, Rel. JOÃO PAZINE NETO, j. em 27.08.2013)

O Colendo Superior Tribunal de Justiça também já assentou que "***o reconhecimento da contrafação dá ensejo à indenização por perdas e danos, apurada em liquidação de sentença***" (REsp 646.911/SP, Rel. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, Terceira Turma, julgado em 02/06/2005, DJ 22/08/2005). Ainda: "***O direito à indenização foi recusado ao autor sob a alegação de que não provará a existência do dano. Acontece que, a meu Juízo, o dano decorre do uso indevido do modelo patenteado, e esse fato está amplamente reconhecido. A questão relativa à direito de indenização, pois, não envolve matéria de fato, mas se constitui numa consequência de direito: reconhecidos os fatos do registro e da utilização do modelo pela ré, na fabricação de suas mesas dobráveis, tem o titular do registro direito à indenização, pois a ofensa ao seu patrimônio consistiu no desrespeito ao privilégio. A resposta afirmativa pode ser dada independentemente de exame de outros fatos, o que ficará para a fase da definição dos valores da indenização a que tem direito o autor.***" (REsp 15.424/SP, Rel. Ministro Ruy Rosado de Aguiar)

Em outro precedente mais recente ficou decidido que "***como o Tribunal de origem reconhece a existência de violação do direito de uso da marca, em observância ao artigo 209 da Lei 9.279/96, independentemente de ter sido demonstrada a exata extensão dos prejuízos experimentados pela autora, descabe o julgamento de improcedência dos pedidos exordiais, pois a apuração pode ser realizada em liquidação de sentença***" (REsp 1207952/AM, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 23/08/2011, DJe 01/02/2012).

Assim, constatada a utilização indevida de marca/nome de titularidade da empresa autora, de rigor a condenação da apelante ao pagamento de indenização pelos danos materiais, em valor a ser apurado em liquidação de sentença.

Por fim, busca a empresa recorrente o afastamento ou diminuição da multa diária fixada para o caso de continuidade de utilização da expressão "Paulistana Conservadora de Bombas".

Ora, a fim de afastar a incidência daquela penalidade, basta que a empresa ré cumpra a determinação judicial, se abstendo de utilizar aquela expressão.

E, como a própria empresa ré reconhece expressamente nas razões deste recurso, tão logo citada, providenciou a alteração contratual perante a JUCESP.

Portanto, se assim de fato ocorreu, a multa não terá incidência.

Assim, fica integralmente mantida a r. sentença.

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

Acesso ao Sumário

Egrégio Tribunal de Justiça.

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

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1001028-21.2015.8.26.0564, da Comarca de São Bernardo do Campo, em que é apelante A.P., é apelado F.P.F.

ACORDAM, em 10ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 26.806)**

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

São Paulo, 17 de maio de 2016.

JOÃO CARLOS SALETTI, Relator

Ementa: ALIMENTOS - Processo extinto sem julgamento do mérito, por faltar prova pré-constituída da paternidade a amparar o pedido - Interesse processual evidenciado, contudo, ante a apresentação de perícia realizada pela IMESC - Validade - Respeitabilidade do órgão oficial, salvo prova em contrário - Perícia (DNA) afirmativa de 99,99% de probabilidade de ser o réu o pai da autora - Prova suficiente para materializar o interesse processual, a tornar admissível o exercício da ação, embora sem prova pré-constituída da obrigação alimentar a impedir o rito da Lei 5.478/68 - Possibilidade de adoção do rito ordinário, em que possível a concessão de tutela antecipatória (art. 273 do CPC/73 e 303 do CPC/2015) - Sentença extintiva do processo afastada, para que o feito prossiga em Primeiro Grau. Apelação provida.

Acesso ao Sumário

VOTO

A r. sentença de fls. 218/219 julgou extinto o processo, sem resolução de mérito, com fundamento no artigo 267/VI, do CPC/1973.

Apela a autora. Alega que a questão é urgente e indispensável à vida, devendo ser aplicado o preceito constitucional da inafastabilidade da jurisdição. Diz que a r. sentença apelada viola o artigo 93, IX, da Constituição Federal, por não expor o fundamento jurídico sobre o qual é respaldada a necessidade de título formal da paternidade quando há prova indubitável de tal evento, consoante entendimento jurisprudencial.

Pede o provimento do recurso para que seja reformada a r. sentença, "admitindo-se o processamento da pretensão de alimentos" (fls. 226).

É o relatório.

1. O Juízo entendeu ser a autora carecedora da ação de alimentos, "porque nos termos do art. 2º da Lei nº 5.478/68 é necessária a prova pré-constituída do parentesco, ou seja, a certidão de nascimento (*sic*) apontado o requerido como pai, não basta exame de DNA realizado na ação de investigação de paternidade ainda pendente de julgamento" (fls. 218).

A autora apelou, alegando que a r. sentença carece de fundamentação, já que o exame de DNA é prova inequívoca da paternidade, entendimento esposado pela jurisprudência.

2. Preliminarmente, há que se rebater a alegação de nulidade da sentença apelada por falta de fundamentação.

Isso porque inexiste a nulidade alegada, já que o artigo 93, inciso IX, da Constituição da República, determina que todas as decisões, mesmo as interlocutórias, sejam fundamentadas, reafirmando a regra do artigo 165 do CPC/1973 - diploma que rege o presente procedimento - que estipulava a fundamentação, "ainda que de modo conciso". Significa dizer que nula é a decisão que padece de falta absoluta de fundamentação, o que absolutamente não é o caso da hipótese aqui discutida, já que a sentença, ademais de adotar o critério objetivo da interpretação legal, também baseou-se em aclamada doutrina, o que revela, contrariamente ao afirmado, fundamentação mais do que suficiente, neste caso.

Rejeita-se, portanto, a alegação de nulidade.

3. Contudo, respeitado o entendimento da digna Julgadora, no caso, não está configurada a carência da ação, na medida em que inegável a existência do interesse processual da autora.

Não se discute aqui a necessidade da existência da prova pré-constituída da paternidade para o exercício da pretensão de receber alimentos pela via da Lei 5.478/68 (artigo 2º).

Ocorre que a autora juntou, com sua petição inicial, exame laboratorial, realizado IMESC, cujo resultado revelou probabilidade de paternidade do réu em 99,9999%, apresentando-se o exame claro e preciso, fornecendo elevado grau de certeza técnica, científica e moral apta a amparar futura decisão da

Acesso ao Sumário

causa. Assim está descrito no laudo.

Dúvida inexiste acerca da autoridade e da respeitabilidade do IMESC, instituto oficial encarregado de perícias que tais, sobretudo nos casos ao abrigo da assistência judiciária gratuita.

Assim, em que pese a formalidade exigida pela lei, a situação do caso concreto permite sua mitigação, já que a declaração da paternidade formal nada mais é do que consectário lógico da prova já produzida.

Ademais, a persistência do rigor formal nada mais fará do que prejudicar o resultado útil do procedimento, indo de encontro ao próprio interesse das partes envolvidas no litígio aos princípios da economia e celeridade processuais.

Tanto o é que a jurisprudência deste TJSP até mesmo admite a concessão de alimentos provisórios em procedimentos de investigação de paternidade, ante a mera existência da prova técnica que permita infirmá-la:

> "Agravo de Instrumento. Investigação de paternidade cumulada com alimentos. Exame de DNA comprovando a paternidade atribuída ao agravado. Decisão indeferindo fixação de alimentos provisórios, ao argumento de que tal matéria será analisada na audiência. Situação delineada nos autos, todavia, que permite o arbitramento, porquanto o próprio agravado ofertou alimentos na contestação, em caso de resultado positivo da perícia. Ausência, ademais, de impugnação ao laudo. Desnecessidade de se aguardar a audiência, designada, tão somente, para o ano que vem. Decisão reformada, fixando-se os alimentos no patamar ofertado pelo agravado (2/3 do salário mínimo). Recurso provido. (Agravo de Instrumento 2124577-31.2014.8.26.0000 - Relator(a): José Joaquim dos Santos; Comarca: Limeira; Órgão julgador: 2ª Câmara de Direito Privado; Data do julgamento: 04/11/2014; Data de registro: 05/11/2014)"

> "AGRAVO DE INSTRUMENTO - Investigação de paternidade - Réu citado que não apresentou defesa - Laudo pericial - Probabilidade de paternidade de 99,99% - Fixação dos alimentos provisórios - Possibilidade - Obrigação alimentar arbitrada em 25% dos rendimentos líquidos do alimentante e 1/3 do salário mínimo em caso de trabalho sem vínculo empregatício - Decisão reformada - Recurso provido. (Agravo de Instrumento 0099739-92.2013.8.26.0000 - Relator(a): José Carlos Ferreira Alves; Comarca: São Paulo; Órgão julgador: 2ª Câmara de Direito Privado; Data do julgamento: 11/02/2014; Data de registro: 11/02/2014)"

> "Investigação de paternidade cumulada com alimentos. Tutela antecipada. Deferimento de alimentos provisórios e indeferimento de perícia técnica suplementar, com utilização de metodologia diversa da empregada. Inconformismo. Presentes os requisitos à concessão da antecipação de tutela. Lastreado em documento vertente. Suscitação de

Acesso ao Sumário

realização de laudo pericial suplementar, mediante sistemática de fatores ABO/MN e RH. Embora não infalível o exame comparativo de material genético (DNA), exibe- se o caráter de fidedignidade pública, mormente tenha sido órgão auxiliar do juízo (IMESC) o responsável pela elaboração do laudo. Fraude não demonstrada. Como destinatário da prova, o juízo pode determinar a realização das provas que entender necessárias, indeferindo as medidas meramente ilustrativas ou protelatórias. Recurso desprovido. (Agravo de Instrumento 0052532-05.2010.8.26.0000 - Relator(a): Piva Rodrigues; Comarca: Praia Grande; Órgão julgador: 9ª Câmara de Direito Privado; Data do julgamento: 27/07/2010; Data de registro: 30/09/2010; Outros números: 990100525328)"

"ALIMENTOS PROVISÓRIOS - Fixação liminar da pensão com base em exame de DNA realizado pela Superintendência da Polícia Técnico-Científica - Prova suficiente a fundamentar o pleito alimentar - Pensão fixada pelo Juízo a quo em meio salário mínimo que se afigura excessiva - Valor reduzido para 1 /3 dos rendimentos do alimentante - Recurso provido em parte. (Agravo de Instrumento 9038185-42.2009.8.26.0000 - Relator(a): De Santi Ribeiro; Comarca: São Paulo; Órgão julgador: 1ª Câmara de Direito Privado; Data do julgamento: 15/12/2009; Data de registro: 13/01/2010; Outros números: 6462894300)"

"AGRAVO - Ação de investigação de paternidade cumulada com pedido de alimentos - Decisão que indeferiu o pedido de antecipação de tutela - Inconformismo - Juntada de laudo pericial de DNA, com conclusão de probabilidade de paternidade de 99,99% - Menor nascido em 25/10/08 - Necessidade presumida - Verossimilhança das alegações - Decisão reformada para fixar alimentos provisórios em valor equivalente a 25% dos vencimentos líquidos do réu, ora agravado, incidentes a partir da citação - Recurso provido, em parte". (Agravo de Instrumento 9026788-83.2009.8.26.0000 - Relator(a): Viviani Nicolau; Comarca: Tupã; Órgão julgador: 9ª Câmara de Direito Privado; Data do julgamento: 28/07/2009; Data de registro: 17/08/2009; Outros números: 6373594200)".

Por outro lado, como se disse de início, não há dúvida de não aplicar-se à situação dos autos o rito da Lei 5.478/68, porque sem a prova pré-constituída da obrigação alimentar. Afinal, é nesse sentido a orientação jurisprudencial firmada nos C. Supremo Tribunal Federal e também no C. Superior Tribunal de Justiça, e neste E. Tribunal (cf. THEOTÔNIO NEGRÃO e continuadores, Código de Processo Civil e Legislação Processual em Vigor, 43ª edição, 2011, Saraiva, nota 9 ao artigo 1º da Lei 5.478/68, p. 1.217).

Nada, todavia, impede seja adotado o rito ordinário, em que possível, em todas as demandas, a concessão de medida antecipatória (art. 273 do Código de Processo Civil de 1973, e 303 e seguintes do estatuto de 2015), neste caso, de

Acesso ao Sumário

alimentos provisórios, fundada que está a demanda na prova mencionada.

Assim, por evidenciado o interesse processual da apelante, é o caso de ser provida a apelação, anulando-se a sentença e propiciando a adequada instrução processual.

4. Ante o exposto, dou provimento ao recurso para afastar a sentença extintiva do processo e determinar o prosseguimento do feito, em Primeiro Grau.

É meu voto.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0185588-57.2012.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que são apelantes KLEBER BRITO DA SILVA (ESPÓLIO) e ROBERTA RODRIGUES BAPTISTA, é apelado CONSTRUTORA TENDA S/A.

ACORDAM, em 9ª 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 19.997)**

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

São Paulo, 31 de maio de 2016.

GALDINO TOLEDO JÚNIOR, Relator

Ementa: COMPROMISSO DE VENDA E COMPRA - Ação declaratória de nulidade de distrato unilateral, cumulada com indenização por danos materiais e morais - Improcedência decretada - Preliminar de cerceamento de defesa afastada - Adquirente pré-morto antes da obtenção do financiamento necessário para quitação de parte do preço - Interesse da sucessora em prosseguir no negócio - Contrato resolvido unilateral pela alienante, com transferência do bem a terceiro - Conduta ilícita - Invalidade de cláusula resolutória expressa - Impossibilidade de anular o distrato, pois o terceiro interessado não compõe a lide - Hipótese de acolhimento dos pleitos alternativos de reparação material e moral - Apelo parcialmente provido.

Acesso ao Sumário

VOTO

1. Ao relatório constante de fls. 279/282 acrescento que a sentença julgou improcedente ação declaratória de nulidade de distrato unilateral e venda de imóvel a terceiros, cumulada com indenização por danos materiais e morais, proposta pelo Espólio autor contra a Construtora Tenda.

Apela o autor sustentando em suas razões recursais de fls. 286/296, preliminar de cerceamento de defesa, diante da falta de oportunidade para produzir prova oral. Alega que a apelada obstou, injustificadamente, o direito de requerer o financiamento bancário em seu nome, posto que isso somente seria possível com a alteração do instrumento particular de venda e compra. Salienta que jamais esteve inadimplente, uma vez que no contrato não constava seu nome (Roberta), apesar de comprovado seu estado de companheira e inventariante no arrolamento dos bens deixados pelo compromissário comprador (Kleber). Narra que tentou dar continuidade ao financiamento bancário, mas a liberação do crédito dependia da alteração contratual para seu nome. Defende a nulidade do distrato, pleiteando a entrega de qualquer outra unidade, nas mesmas condições, pois o pacto firmado com o falecido não foi cumprido por culpa da apelada. Pugna, alternativamente, por indenização por dano moral e material, com a devolução do valor pago como sinal.

Recurso processado com oferecimento de contrarrazões (fls. 302/308).

2. De início, não há como ser acolhida a preliminar de nulidade do julgado por aventado cerceamento de defesa, uma vez que era mesmo desnecessária a produção de outras provas além daquelas já constantes nos autos para o deslinde do feito, não se mostrando, ademais, útil para a solução do litígio a determinação de realização de prova oral.

No mérito, preservada convicção em contrário, o apelo comporta parcial acolhida.

Consta dos autos que em agosto de 2010 foi firmado o contrato particular de promessa de venda e compra de imóvel entre o autor da herança Kleber Brito da Silva e a ora ré, Construtora Tenda, com o pagamento do sinal no valor de R$4.924,00 e previsão de pagamento do saldo de R$130.000,00 com financiamento bancário a ser obtido junto à Caixa Econômica Federal, na modalidade de carta de crédito associativo, com recursos do FGTS (fls. 32/33).

Anota-se que o comprador vivia em união estável com Roberta Rodrigues Baptista (fls. 103/107), mas o contrato foi firmado apenas no nome de Kleber Brito da Silva, que veio a falecer em acidente de moto em agosto de 2011 (certidão de óbito fl. 85), pouco antes da CEF liberar o financiamento aprovado, mas ainda não assinado, devido ao óbito.

Pretendendo preservar o contrato firmado, dando continuidade ao

Acesso ao Sumário

pagamento, sua companheira informou à Construtora ré a fatalidade ocorrida e solicitou a transferência do imóvel para o seu nome, para assim conseguir liberar o financiamento. Informaram-lhe que a transferência dependia de ordem judicial com a abertura do inventário.

Sem delongas, em novembro de 2011 ela foi nomeada inventariante no arrolamento dos bens deixados por seu companheiro (fl. 101), tendo também promovido ação de reconhecimento de sociedade de fato (fls. 79/82).

Por verossímeis, presumem-se verdadeiras as alegações da autora quanto ao andamento das tratativas junto à instituição financeira, até mesmo porque não impugnadas em resposta, circunstância que, nos termos do artigo 302 do antigo Código de Processo Civil, vigente na época do oferecimento da defesa, faz presumir a veracidade dessas.

Do que consta dos autos, a ex-companheira do compromissário comprador pré-morto, já estava até mesmo pagando os respectivos encargos de condomínio (fls. 128/129).

Na defesa (fls. 130/142), a requerida nada tratou a respeito do caso concreto, oferecendo resposta genérica, sem comentários a respeito da intenção da sucessora do promitente comprador falecido tentar dar continuidade ao negócio, cuja concretização foi impedida por fato imprevisível, qual seja a morte daquele em acidente de trânsito.

Limitou-se a afirmar que o negócio já estava distratado por inadimplemento do adquirente e comercializado a terceiro, juntando, para tanto, os documentos de fls. 160/162.

Ora, não é admissível que uma empresa do porte da ré, que se presume orientada por bons advogados, de boa-fé, comete a barbaridade jurídica de chamar de "distrato" uma atitude unilateral de por fim a um negócio sem observar os trâmites legais.

Em outras palavras, se o mesmo imóvel objeto do contrato celebrado entre o de cujus e a ré foi negociado a terceiros pela ré, sem o prévio e formal resolução do negócio antes ajustado com aquele, por óbvio, agiu a apelada em total desrespeito à lei, não podendo ser premiada, nem dispensada das consequências de seu ato.

Nem se diga, como pretendeu o ilustre magistrado de piso, que houve prévia notificação, como determina o DL 745/69, pois essa foi dirigida a uma pessoa já morta, que por óbvio não poderia receber telegrama (fl. 247), ou mesmo ser constituída em mora, posto que jamais poderia emendá-la.

Ademais, como se sabe, inválida qualquer cláusula resolutória expressa, sendo indispensável a propositura de ação judicial para rescindir o contrato.

Este é um entendimento antigo do C. Superior Tribunal de Justiça: "AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL.

Acesso ao Sumário

MANUTENÇÃO DA DECISÃO. NATUREZA DO CONTRATO CELEBRADO. ANÁLISE. INCIDÊNCIA DAS SÚMULAS 5 E 7/STJ. CLÁUSULA RESOLUTÓRIA EXPRESSA. REINTEGRAÇÃO DE POSSE. AUSÊNCIA DE EFEITO AUTOMÁTICO. NECESSIDADE DE AÇÃO DE RESCISÃO CONTRATUAL. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO" (3ª Turma - AgRg no AREsp 175485/SP - Relator Ministro Paulo de Tarso Sanseverino - julg. 17.12.2013).

Ou ainda: "AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. REINTEGRAÇÃO DE POSSE. CONTRATO DE PROMESSA DE COMPRA E VENDA. CLÁUSULA RESOLUTÓRIA EXPRESSA. NECESSIDADE DE AÇÃO DE RESCISÃO CONTRATUAL. OMISSÃO DO ACÓRDÃO. INOCORRÊNCIA. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. NÃO DEMONSTRADO. 1. É firme a jurisprudência do STJ no sentido de ser 'imprescindível a prévia manifestação judicial na hipótese de rescisão de compromisso de compra e venda de imóvel para que seja consumada a resolução do contrato, ainda que existente cláusula resolutória expressa, diante da necessidade de observância do princípio da boa-fé objetiva a nortear os contratos...'" (4ª Turma - AgRg no REsp 1337902/BA - Relator Ministro Luis Felipe Salomão - julg. 07.03.2013).

Não é possível, contudo, acolher a pretensão de anulação da venda a terceiro do mesmo bem, como postulado na inicial (item "c" - fl. 14), porque para esse desiderato seria indispensável a presença desse na lide, já que sofreria os efeitos da decisão judicial e não houve preocupação do espólio nesse sentido.

Nessas condições, podem ser deferidas, apenas as pretensões reparatórias formuladas pelo espólio autor.

Com efeito, a título de reparação material, cabível a restituição de todos os valores pagos pelo espólio à ré, por conta do preço da unidade, assim como demais despesas realizadas em benefício da unidade, tal como encargos condominiais, com acréscimo de correção monetária desde a data do desembolso, mais juros moratórios legais, devidos a partir da citação, tudo a ser apurado na fase de cumprimento do julgado.

Faz jus, ainda, a reparação moral, pois inegável a dor extraordinária causada pela absurda e surpreendente conduta da ré, que, sem menor respeito ao princípio da boa-fé objetiva, que deve nortear os contratantes, ignora a existência de avença com o espólio autor e transfere a outrem o imóvel. Para esse fim, o valor pleiteado na inicial de R$ 30.000,00, não se mostra exagerado, cumprindo bem os objetivos da lei que é de penalizar e desestimular o infrator, sem provocar em contrapartida enriquecimento desproporcional à vítima.

Esse montante, por ter sido expressamente quantificado na peça inicial, sofrerá correção monetária a partir da distribuição da lide, assim como será acrescida de juros moratórios legais, estes devidos a partir da citação.

Acesso ao Sumário

Provido o apelo, em sua maior parte, fica a apelada condenada no pagamento das custas e despesas processuais, bem como nos honorários advocatícios, que fixo em 15%, do montante total da condenação que lhe foi imposta.

Em suma, acolhe-se em parte a pretensão inicial para, prejudicado o pleito anulatório da venda do mesmo imóvel a terceiro, deferir a pretensão reparatória alternativa, nos moldes acima.

3. Ante o exposto, para os fins acima, meu voto dá parcial provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 4034840-24.2013.8.26.0224, da Comarca de Guarulhos, em que é apelante CLASSICOLOR TINTAS E REVESTIMENTOS ACRILICOS LTDA., é apelado SERASA - CENTRALIZADORA DE SERVIÇOS BANCÁRIOS.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 8ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 34.479)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores SILVÉRIO DA SILVA (Presidente) e PEDRO DE ALCÂNTARA DA SILVA LEME FILHO.

São Paulo, 9 de maio de 2016.

SALLES ROSSI, Relator

Ementa: MEDIDA CAUTELAR DE EXIBIÇÃO DE DOCUMENTOS - Demanda ajuizada em face da "Serasa Centralização de Serviços S/A" - Cautelar que busca cópia de notificação do cadastrado - Alegação de desatendimento à exigência legal contida no art. 43, § 2º, do CDC, com relação aos apontamentos relativos a cheques devolvidos sem provisão de fundos - Circular ou Resolução do BACEN legitima o banco a enviar o nome do correntista inadimplente ao SERASA, mas não isenta este último do cumprimento do citado dispositivo legal - Súmula 359 do C. STJ - Caráter sigiloso do cadastro do BACEN (consulta restrita) e que, por conta disso, não se equipara a dados públicos,

como o dos Cartórios de Protesto ou do Distribuidor - Precedentes (inclusive desta Câmara) - Cautelar que deve ser julgada procedente - Sentença reformada - Recurso provido.

VOTO

Cuida-se de Apelação interpostas contra a r. sentença proferida em autos de Medida Cautelar de Exibição de Documentos, julgada improcedente, impondo à autora o pagamento das custas processuais e verba honorária, fixada em R$ 5.000,00.

Inconformada, apela a vencida (fls. 136/144), pugnando pela necessidade de reforma da r. sentença recorrida, sob o argumento de que subsiste a obrigação legal de comunicação do apontamento, pela apelada, à luz do que dispõe o § 2º do artigo 43 do CDC. Citou jurisprudência. Aguarda o provimento recursal, julgando-se a ação procedente, invertida a sucumbência.

O recurso da ré foi recebido pelo r. despacho de fls. 147 e respondido às fls. 149/155.

É o relatório.

O recurso comporta provimento.

A ação é cautelar e por meio dela, busca a autora seja a ré compelida à exibição das cartas/notificações de inclusão de seu nome nos respectivos cadastros com relação aos apontamentos descritos na inicial, pleito afastado pela r. sentença recorrida que, no entanto, não deve prevalecer.

Com efeito, ao contrário do entendimento esposado pela r. sentença guerreada, mesmo em se tratando de apontamentos relativos a cheques devolvidos por ausência de provisão de fundos, necessária à notificação prévia a que alude o artigo 43, § 2º, do CPC que determina, expressamente: "*A abertura de cadastro, ficha, registro e dados pessoais e de consumo deverá ser comunicada por escrito ao consumidor, quando não solicitada por ele*", o que torna obrigatória a notificação prévia daquele que está prestes a ter seu nome inscrito nos órgão de proteção ao crédito.

O objetivo principal da comunicação prévia não é só proporcionar ao consumidor o direito a se defender antes mesmo que ocorra a inserção, para o caso de não ser ele inadimplente, mas também possibilitar ao consumidor, efetivamente devedor, a liquidação do débito antes da inscrição do seu nome.

De outra banda, esta 8ª Câmara de Direito Privado vem reiteradamente decidido que tal apontamento requer prévia notificação ao interessado, mesmo em se tratando de cheques devolvidos por falta de provisão de fundos. Nesse sentido, destaque-se o julgado extraído do Agravo de Instrumento nº: 415.110.4/8-00, desta mesma Relatoria, cuja ementa se transcreve:

Acesso ao Sumário

"**AÇÃO DECLARATÓRIA - Inscrição do nome do agravante em organismo de proteção ao crédito - Inscrição indevida, porquanto providência que requer a notificação do cadastrado - Presentes os requisitos para a concessão de antecipação de tutela pleiteada e, bem assim, para determinar a exclusão do nome do autor do cadastro de negativação mantido pela ré, até julgamento da lide - ... - Decisão reformada Recurso parcialmente provido.**"

Nem se diga de outra parte, acerca da desnecessidade dessa comunicação prévia, pelo fato de o assentamento do cheque já existir junto ao BACEN (órgão público). Com efeito, o CCF (Cadastro de Emitentes de Cheques sem Fundos), possui consulta restrita e não se equipara a dados públicos, como aqueles originários dos Cartórios de Protesto ou Distribuidor Judicial, daí porque, também por esse motivo, necessário o atendimento da providência legal aqui discutida.

Nessa mesma esteira, julgado desta 8ª Câmara de Direito Privado, no julgamento da Apelação n. 9152117-08.2009, que teve como Relator o Eminente Desembargador LUIZ AMBRA, conforme segue:

"**RESPONSABILIDADE CIVIL - Indenização - Dano moral - Negativação em seu cadastro por cheque sem provisão de fundo, sem que previamente se visse a autora notificar, de conformidade com o artigo 43, § 2º, do Código do Consumidor - Ausência de comprovação da comunicação tida por imprescindível - Alegação, inteiramente descabida, de que a notificação seria dispensável visto o assentamento do cheque já existir no Banco Central, órgão público - Cadastro sigiloso deste, insuscetível de ser devassado para os órgãos de proteção - Decreto de improcedência afastado - Inversão dos ônus da sucumbência - Apelo provido.**"

Extraem-se ainda do referido aresto as seguintes bem lançadas considerações que aqui possuem inteiro enquadramento, a saber:

"*Meu voto dá provimento ao apelo, o modo de proceder da ré evidenciando inadmissível negligência. Há que ser responsabilizada, no mínimo que seja, até com base no chamado fator de desestímulo; para que, no futuro, não se abolete a adotar procedimento semelhante.*

...

Negativada por vários cheques sem provisão de fundo, consoante os extratos acostados aos autos, não negou sua emissão. Em relação a todos a Serasa, agindo do mesmo modo, deixando de atender ao disposto no Código do Consumidor. Assumidamente, não efetuou a prévia notificação a que este faz remissão, no artigo 43 § 2º.

Pois bem. É função da ré a de negativar, evidente que aqui isso não se discute; do mesmo modo que esta não responde pela efetiva existência

Acesso ao Sumário

do débito que lhes venha a ser apresentado para tanto. Mas, deverá tomar apenas a cautela de cumprir a determinação do artigo 43, § 2º, do Código do Consumidor. Avisando o devedor de que irá ser negativado, concedendo prazo para que alegue o que puder, de molde a evitar a inserção cadastral restritiva.

...

Todavia, a ré descumpriu a lei. Não tendo nenhuma consistência a colocação (...) de que os dados respectivos já se achariam inseridos nos arquivos do Banco Central, e estes seriam públicos. Só que não são, são sigilosos.

Não há dúvida de que, em matéria de assentamentos de outra ordem, a sistemática é diferente. Assim, em relação a dados obtidos de Cartórios de Protestos ou de Distribuição Judicial - estes, sim, públicos - cabe a anotação pela Serasa (por eles automaticamente alimentada, aliás, em São Paulo, através de convênio com a Corregedoria Geral da Justiça) independentemente de outras formalidades, dispensa-se o cumprimento da regra do artigo 43 § 2º, do diploma consumerista.

A responsabilidade de providenciar a notificação prévia do apontamento ao consumidor compete à empresa mantenedora de banco de dados, entendimento reforçado pela Súmula nº 359, do Colendo Superior Tribunal de Justiça: Cabe ao órgão mantenedor do Cadastro de Proteção ao Crédito a notificação do devedor antes de proceder à inscrição.

De fato, o lançamento do nome do consumidor no rol dos devedores deve se revestir das mesmas garantias quanto à obrigação da exclusão; a responsabilidade é relevante e não pode permanecer passível de dúvida, sendo que o descumprimento, portanto, gera o dever de indenizar, mas não torna o apontamento indevido...".

Citando ainda entendimento do C. STJ, acerca do tema. Confira-se:

"***O cadastro de emitentes de cheques sem fundo mantido pelo Banco Central do Brasil é de consulta restrita, não podendo ser equiparado a dados públicos, com os oriundos dos cartórios de protesto de títulos e de distribuição de processos judiciais, de sorte que a negativação do nome decorrente de elementos de lá coletados pelo Serasa deve ser comunicada ao devedor, a teor do artigo 43, § 2º, do CDC, gerando lesão moral se a tanto não se procede (4ª Turma, STJ, RESP 752.135/RS - 2005/0083236-3, Rel. Min. Aldir Passarinho Júnior, j. 16.08.05, DJU 05.09.05)***."

Também não resta dúvida que foi a ré a responsável pelo apontamento indevido. É, pois, a mesma quem coleta, administra a distribui as informações, cobrando, direta ou indiretamente, por seus serviços e conforme adverte **Antonio Herman de Vasconcellos e Benjamin** ao comentar a posição do arquivo de consumo:

"***É ele que tem o poder (mais que isso, o dever) de controle e administração***

Acesso ao Sumário

***global do sistema, já que o proprietário das informações assentadas, cabendo-lhe, ope legis, vários tipos de obrigações, todas inderrogáveis e indisponíveis, valendo mencionar: a) o dever verificação da veracidade do dado; b) o dever de comunicação; c) o dever de fiscalização dos assentos; d) o dever de atualização das anotações; e) o dever de cancelamento ou retificação dos lançamentos; f) o dever de sigilo (criando, inclusive, mecanismo que evitem o acesso a quem não é associado ou autorizado)*" (Código de Defesa do Consumidor Comentado pelos autores do Anteprojeto, *Editora Forense Universitária, 6ª edição, pág. 411*).

Feitas tais considerações, de rigor o decreto de procedência da cautelar, a fim de que o réu exiba ao autor cópia das notificações/comunicações objeto da demanda, sob as penas de estilo, invertida a sucumbência.

Isto posto, pelo meu voto, dou provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1010613-37.2015.8.26.0196, da Comarca de Franca, em que é apelante J.S.P. (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado P.S.A.P..

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 1ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento em parte ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto n. 29.161)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores CLAUDIO GODOY (Presidente) e CHRISTINE SANTINI.

São Paulo, 9 de maio de 2016.

FRANCISCO LOUREIRO, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: REGULAMENTAÇÃO DE GUARDA. Filho menor que se encontra aparentemente adaptado ao convívio com ambos os genitores, com quem mantém bom relacionamento, embora manifeste o desejo de permanecer residindo com o genitor. Genitora que, embora tenha requerido a guarda unilateral do menor, pretende, após a fixação em favor do genitor, a fixação de guarda compartilhada, sem o pagamento de alimentos. Fixação de guarda compartilhada que não se confunde com mera divisão de tempo entre os

genitores (guarda dividida), o que permite a fixação da residência dos menores e do regime de convivência com o genitor que com eles não reside. Guarda compartilhada que não exclui o dever do genitor que não reside com o menor de custear parte de suas despesas. Parcial provimento do recurso, apenas para estabelecer a guarda compartilhada entre os genitores, mantendo-se a custódia física do adolescente com o pai, mantendo-se, ainda, os alimentos fixados em seu favor. Ação parcialmente procedente. Recurso parcialmente provido.

VOTO

Cuida-se de recurso de apelação interposto contra a r. sentença de fls. 72/76 dos autos, que julgou parcialmente procedente a ação de divórcio com pedido de partilha de bens, regulamentação de guarda e fixação alimentos ajuizada por J.S.P. em face de P.S.A.P..

A sentença decretou o divórcio do casal, voltando a autora a usar seu nome de solteira. Determinou a divisão dos bens móveis que guarneciam a residência comum na proporção de 50% para cada cônjuge. Atribuiu ao genitor a guarda unilateral do adolescente G.S.P., fixando regime de visitas livres à mãe e pensão alimentícia a ser paga pela autora ao menor, no valor de 20% do salário mínimo.

Fê-lo a sentença, forte no argumento de que a decretação do divórcio não depende de decurso de tempo ou discussão de culpa, cuidando-se de mero direito potestativo.

No tocante ao filho menor, que conta, atualmente, com 16 anos, restou apurado pelo laudo social elaborado que reside com o genitor e passa os finais de semana com a genitora, e deseja que tal regime se mantenha.

Recorre a autora, afirmando a necessidade de que lhe sejam atribuídos bens móveis específicos da residência, quais sejam a televisão, geladeira, armário de cozinha, mesa com cadeiras, sofá e micro-ondas. No tocante à guarda do filho, afirma o desacerto da r. sentença que atribuiu ao genitor do menor a guarda unilateral, quando, na verdade, deveria ter fixado a guarda compartilhada entre os genitores. Caso acolhido o pedido, devem ser extintos os alimentos, vez que cada genitor assumiria as despesas do adolescente no período em que estiver em sua companhia.

O recurso foi contrariado.

A D. Procuradoria de Justiça se manifestou no sentido do não provimento do recurso (fls. 107/108).

É o relatório.

Acesso ao Sumário

1. O recurso comporta parcial provimento, unicamente para fixar a guarda do adolescente GUILHERME na modalidade compartilhada entre os genitores, mantendo com o pai a custódia física do menor, nos moldes da Lei n. 13.058/2014.

Sabido que de acordo com o art. 1.631, *caput*, do Código Civil, durante o casamento e a união estável, compete o poder familiar a ambos os pais, em iguais condições. Na falta ou impedimento de um deles, com base também no *caput* do art. 1.631 do CC, o outro exercerá tal poder com exclusividade, tendo-se por falta a morte de um dos pais, e impedimento como ausência ou aprisionamento de um dos genitores.

O artigo 1.584 do novo Código Civil, em sua antiga redação, para efeito de guarda de filhos, determinava que tal mister incumbiria, unilateralmente, àquele que revelasse "*melhores condições*" de exercê-la.

Embora a guarda compartilhada encontrasse previsão legal e preferencial, em razão das alterações legislativas introduzidas pela L. 11.698/98, sua fixação pressupunha perfeita harmonia entre os genitores, em atenção ao melhor interesse da criança.

Esse entendimento, no entanto, foi superado pelo advento da Lei n. 13.058/14, que alterou a redação dos arts. 1.583, 1.584, 1.585 e 1.634 do Código Civil, introduzindo modificações substanciais no tocante à atribuição da guarda dos filhos menores aos genitores.

A referida lei inovou ao estabelecer a guarda compartilhada como regra, mesmo e, sobretudo, se não houver acordo entre os genitores quanto à guarda do filho, desde que ambos estejam aptos a exercer o poder familiar, salvo se um dos genitores declarar ao magistrado que não deseja a guarda do menor (art. 1.584, §2º).

A guarda compartilhada define os dois genitores, do ponto de vista legal, como iguais detentores da autoridade parental para tomar todas as decisões que afetem os filhos. Sua proposta é manter os laços de afetividade, buscando abrandar os efeitos que o fim da sociedade conjugal pode acarretar aos filhos, ao mesmo tempo em que tenta manter de forma igualitária a função parental, consagrando o direito da criança e dos pais **(Conrado Paulino da Rosa, Nova Lei da Guarda Compartilhada, 1ª ed., Saraiva, p. 63)**.

Acesso ao Sumário

A preferência legal é pelo compartilhamento, pois este garante maior participação de ambos os pais no crescimento e desenvolvimento da prole, retirando da guarda a ideia de posse e propiciando a continuidade da relação dos filhos com ambos os pais, ainda que não exista acordo entre eles.

Nesse diapasão, somente quando ambos os pais se manifestarem expressamente pela guarda unilateral o juiz não pode impor o compartilhamento. Caso apenas um dos genitores não a aceite, a guarda compartilhada pode e deve

ser determinada, de ofício, pelo juiz, ou a requerimento do Ministério Público, desde que atenda ao melhor interesse da criança.

Tem-se, portanto, que o significado mais saliente da mudança é que o compartilhamento da guarda deixa de depender da convivência harmônica dos pais. As situações de litigiosidade não mais servem de fundamento para impedir a divisão equilibrada da guarda" **(Maria Berenice Dias, Manual de Direito das Famílias, 10ª ed., RT)**.

Isso porque, determinar a guarda unilateral como regra geral de conduta é diminuir os cuidados inerentes ao poder familiar daquele genitor a quem não foi outorgada a guarda e representa um prejuízo ao desenvolvimento da personalidade do filho que se vê afastado de um dos genitores.

Assim, o que se pode concluir é que nenhum juiz deve deixar de aplicar a guarda compartilhada pelo fato de qualquer dos pais com ela não concordar. Isso equivaleria a deixar o exercício dessa prerrogativa paterna e materna à mercê da vontade do outro progenitor, em flagrante prejuízo do maior interessado: o filho. O estado de dissintonia mantido pelos pais, caso existente, não pode ser ignorado pelo magistrado, mas há de ser relevado e tratado **(Conrado Paulino da Rosa, Nova Lei da Guarda Compartilhada, 1ª ed., Saraiva, p. 81/82).**

O entendimento do C. STJ vai na mesma senda, tendo afirmado a D. Min. Nancy Andrighi, em Acórdão recente proferido no julgamento do RESp 1251000-MG, que "*a guarda compartilhada é o ideal a ser buscado no exercício do Poder Familiar entre pais separados, mesmo que demandem deles reestruturações, concessões e adequações diversas, para que seus filhos possam usufruir, durante sua formação, do ideal psicológico de duplo referencial. Apesar de a separação ou do divórcio usualmente coincidirem com o ápice do distanciamento do antigo casal e com a maior evidenciação das diferenças existentes, o melhor interesse do menor, ainda assim, dita a aplicação da guarda compartilhada como regra, mesmo na hipótese de ausência de consenso. A inviabilidade da guarda compartilhada, por ausência de consenso, faria prevalecer o exercício de uma potestade inexistente por um dos pais. E diz-se inexistente, porque contrária ao escopo do Poder Familiar que existe para a proteção da prole. A imposição judicial das atribuições de cada um dos pais, e o período de convivência da criança sob guarda compartilhada, quando não houver consenso, é medida extrema, porém necessária à implementação dessa nova visão, para que não se faça do texto legal, letra morta*".

Importante observar, nesse sentido, que a questão da atribuição da custódia física do menor se impõe pelo fato de que a guarda compartilhada não se confunde com a mera alternância de residências, nem com a guarda alternada.

Isso porque a guarda alternada, que nem sequer encontra previsão em nosso ordenamento jurídico, consiste na alternância da guarda unilateral por

Acesso ao Sumário

períodos de tempo determinados.

De rigor, portanto, na fixação da guarda compartilhada (e não alternada), a atribuição da custódia física do filho ao pai, ou seja, a determinação de sua base de moradia.

Para a determinação da base de moradia dos filhos, na mesma cidade ou não, o critério eleito pelo legislador foi o da residência que melhor "atender aos interesses dos filhos" (art. 1.583, §3º do CC). Dessa forma, ausente o consenso, caberá ao juiz e ao promotor a utilização da perícia social e psicológica, para que, de forma efetiva, esse critério seja atendido.

O estabelecimento do genitor detentor da custódia física da prole acarretará, em consequência, a determinação dos períodos de convivência com o outro genitor, atentando-se ao disposto no §2º do art. 1.583 do CC, que prevê a divisão equilibrada do tempo com o filho entre os genitores, sempre tendo em vista as condições fáticas e os interesses dos filhos.

A respeito da custódia física, afirmou a Min. Nancy Andrighi, que "*a custódia física conjunta é o ideal a ser buscado na fixação da guarda compartilhada, porque sua implementação quebra a monoparentalidade na criação dos filhos, fato corriqueiro na guarda unilateral, que é substituída pela implementação de condições propícias à continuidade da existência de fontes bifrontais de exercício do Poder Familiar. A fixação de um lapso temporal qualquer, em que a custódia física ficará com um dos pais, permite que a mesma rotina do filho seja vivenciada à luz do contato materno e paterno, além de habilitar a criança a ter uma visão tridimensional da realidade, apurada a partir da síntese dessas isoladas experiências interativas. O estabelecimento da custódia física conjunta, sujeita-se, contudo, à possibilidade prática de sua implementação, devendo ser observadas as peculiaridades fáticas que envolvem pais e filho, como a localização das residências, capacidade financeira das partes, disponibilidade de tempo e rotinas do menor, além de outras circunstâncias que devem ser observadas*".

Importante ressaltar, por fim, que a atribuição da custódia física a um dos pais acarreta a responsabilidade do outro progenitor pelo pagamento de pensão alimentícia, vez que, via de regra, o genitor que detém o filho em sua custódia física provê o atendimento de suas necessidades de forma direta.

Absolutamente equivocada a ideia de que a atribuição da guarda compartilhada aos genitores teria o condão de eximir um dos pais do pagamento da prestação alimentícia ou mesmo reduzi-la. Como é evidente, grande parte dos gastos infanto-juvenis se voltam às despesas com escola, plano de saúde, material escolar, remédio, roupas e calçados e se manterão fixos, independentemente do período em que a criança permaneça com cada um de seus genitores.

2. No caso em análise, embora as partes inicialmente requeressem a fixação

Acesso ao Sumário

da guarda unilateral para si, reputo possível a fixação da guarda compartilhada, diante do ânimo apresentado pela genitora em seu recurso de apelação, e do melhor interesse do adolescente.

Dos elementos coligidos aos autos, verifica-se a perfeita adequação do regime de guarda compartilhada à situação vivenciada pelos ex-cônjuges e pelo filho adolescente, que reside com o genitor e passa os fins de semana com a genitora, em regime de livre convivência, visitando-a diariamente antes da escola.

Como bem apurou o estudo, se trata de adolescente com 16 anos de idade, que bem expressa suas vontades a transitar livremente pelos núcleos familiares do genitor e da genitora, e que manifestou-se no sentido da manutenção da dinâmica familiar da maneira como já vem ocorrendo desde a separação dos genitores.

Ao que tudo indica, ambos os genitores tem condições psicológicas de atender às necessidades do menor, além de, pelos elementos trazidos aos autos, possuírem condições econômicas e financeiras equivalentes, não obstante, parece evidente a relevância da manifestação do adolescente que, perto de completar a maioridade, prefere permanecer residindo com o genitor e visitando livremente a mãe.

A melhor solução, portanto, visando os interesses do menor, é o compartilhamento da guarda entre os genitores, atribuindo-se a custódia física do menor ao genitor, que já a possui, de fato. Determina-se a residência do genitor como sua base de moradia e mantém-se regime de convivência livre em favor da mãe, como já vem ocorrendo.

O regime de guarda compartilhada, que diz respeito a tarefas e responsabilidade, não altera o valor dos alimentos.

Causa certa surpresa, inclusive, a postura da autora, que pleiteia a guarda unilateral do menor para si, com a consequente fixação de alimentos, demonstrando entender perfeitamente cabível o pedido, e depois afirma que a guarda deve ser fixada unilateralmente, sem qualquer pagamento de alimentos em favor do menor.

3. Também não se cogita de atribuir à autora a propriedade de determinados bens móveis da residência do casal, vez que se desconhece seus respectivos valores e as partes não entraram em consenso.

Nesse sentido, mantém-se a partilha dos bens móveis indicados, na proporção de 50% para cada parte, devendo a autora utilizar-se dos instrumentos processuais cabíveis para fazer valer seu direito, ainda que necessária a venda dos bens e divisão do numerário obtido.

O parcial provimento do recurso não altera a distribuição das verbas de sucumbência.

Acesso ao Sumário

Dou parcial provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1025611-10.2015.8.26.0196, da Comarca de Franca, em que é apelante C.S.F. (MENOR(ES) REPRESENTADO(S)), é apelado J.A.F..

ACORDAM, em 9ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 32.579)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ALEXANDRE LAZZARINI (Presidente) e COSTA NETTO.

São Paulo, 10 de maio de 2016.

MAURO CONTI MACHADO, Relator

Ementa: Investigação de paternidade. Indeferimento da inicial. Procedência da anterior ação negatória de paternidade, apesar da não realização do exame de DNA. Possibilidade de relativização da coisa julgada. Busca da verdade real e proteção do interesse da menor em ter certeza quanto à sua paternidade. Extinção afastada. Recurso a que se dá provimento.

VOTO

Trata-se de ação de investigação de paternidade ajuizada pela apelante mediante a alegação de que nasceu durante a constância do matrimônio de sua representante legal e do apelado. Diz que logo depois de seu nascimento, o relacionamento foi rompido, mas ele a registrou e pagava pensão até o julgamento da ação negatória de paternidade (processo 1022134-13.2014.8.26.0196). Prossegue afirmando a r. sentença que excluiu a paternidade fundou-se na não realização do exame de DNA, em razão de sua ausência e na infertilidade do apelado, mas o fato é que o apelado e sua genitora tiveram outra filha na constância do casamento. Pede a restabelecimento da paternidade e da pensão alimentícia.

A r. sentença proferida à fl. 27, indeferiu a inicial com fundamento no art. 267, inc. I, do antigo CPC, entendendo que a autora tenta revogar ou tornar sem efeito o trânsito em julgado da ação negatória de paternidade.

O recurso manifestado pleiteia a reforma da r. sentença alegando que a

ação negatória de paternidade foi julgada sem a realização do exame de DNA, portanto, sem a certeza da paternidade. A ausência da apelante ao exame é fato que deve ser atribuído à sua genitora, pois se trata de uma menor, que não pode ser prejudicada por culpa de sua representante legal.

Recurso tempestivo, isento de preparo, com parecer da Douta Procuradoria de Justiça, opinando pelo provimento do recurso.

É a suma do necessário.

Conforme já relatado, trata-se de ação investigatória de paternidade ajuizada depois da procedência da ação negatória de paternidade, que foi julgada sem a realização do exame DNA, por ausência de comparecimento da menor para realização do exame. Fundou-se, também, a decisão da negatória na infertilidade do suposto pai, comprovada por exame realizado dois anos depois do nascimento da ora apelante.

O MM. Juízo "a quo" houve por bem indeferir a inicial, diante do trânsito em julgado da r. sentença de procedência da ação negatória de paternidade.

Respeitado o entendimento do MM. Juízo "a quo", tem-se que o recurso examinado comporta acolhimento.

É que, nas ações de estado, a coisa julgada pode ser relativizada. E, tratando-se de investigação de paternidade, a relativização tem lugar na busca da verdade real e na proteção do direito do menor conhecer quem realmente é seu genitor.

Este Tribunal, em casos parelhos, já se pronunciou no sentido de que a coisa julgada deve ser relativizada em caso de exclusão da paternidade, em razão da fragilidade do conjunto probatório (Apel. nº 656.488-4/0-00, , Rel. Des. Erickson Gravazza Marques, DJ 18/11/2009; Apel. 00014741820128260444, Rel. Des. Mendes Pereira, j. 22/05/2013, Data de Publicação: 23/05/2013).

Não diverge desse entendimento, o seguinte julgado C. S.T.J.: "PROCESSUAL CIVIL. FAMÍLIA. INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO ANTERIOR POR FALTA DE PROVAS. COISA JULGADA. RELATIVIZAÇÃO. 1. A coisa julgada deve ser relativizada quando da propositura de nova ação de investigação de paternidade, se a primeira ação foi julgada improcedente por insuficiência de provas. 2. Não se conhece de recurso especial em que se alega divergência jurisprudencial, quando a orientação do Tribunal firmou-se no mesmo sentido da decisão recorrida (Súmula n. 83/STJ)". 3. Recurso especial não-conhecido." (REsp 872.056, Rel. Min. João Otávio de Noronha, DJ 04/12/2009).

O caso dos autos é este, pois a anterior ação negatória de paternidade foi julgada procedente sem a realização do DNA, com base apenas na infertilidade do suposto pai, apurada dois anos após o nascimento da menor. É certo que o exame de DNA não se realizou em razão do não comparecimento da menor,

Acesso ao Sumário

contudo, tal conduta deve ser atribuída à sua genitora e representante legal e não pode prejudicar o direito da apelante em ter certeza quanto à sua paternidade.

Destaca-se aqui o parecer do D. Procurador Geral de Justiça: "A desídia da representante legal da menor não podia tê-la prejudicado. Por isso mesmo é que o inciso I do art. 9º do Código de Processo Civil determina que 'o juiz dará curador especial ao incapaz, se não tiver representante lega ou se os interesses destes colidirem com os daquele'. C.S.F. nasceu no dia 22 de Dezembro de 2012 (fl. 14). Logo, uma vez que a conduta de sua representante legal foi de encontro ao seu próprio interesse, dever-lhe-ia ter sido um curador especial. Não foi o que ocorreu e, mesmo sem a necessária prova pericial, foi declarada a inexistência da relação de paternidade entre a menor e J.A.F.".

Theotonio Negrão e José Roberto F. Gouvêa anotaram acerca da relativização da coisa julgada, nos comentários ao art. 467, no Código de Processo Civil e legislação processual civil em vigor: "A idéia de relativização da coisa julgada material consiste no excepcional afastamento da sua eficácia, a fim de que um outro valor igualmente caro ao ordenamento jurídico sobre ela prevaleça, por falar mais alto do que a imutabilidade e a indiscutibilidade do julgado no específico caso concreto. Tal prevalência se operaria independentemente da apresentação de ação rescisória, bastando a formulação de pretensão voltada à declaração de ineficácia da coisa julgada, quer em demanda especificamente ajuizada para tanto, quer no contexto de outra demanda. São conhecidos os casos de relativização da coisa julgada em matéria de investigação de paternidade, com apoio nos avanços científicos e no estabelecimento da verdade real em questão atinente ao estado das pessoas".

Diante de tal quadro, impõe-se o afastamento da extinção do processo, determinando-se o prosseguimento do feito.

Posto isto, dá-se provimento ao recurso.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1061873-53.2015.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante/apelado GREENLINE SISTEMAS DE SAÚDE S/A, é apelado/apelante JOSE WILSON DO NASCIMENTO (JUSTIÇA GRATUITA).

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 6ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Anularam de ofício a sentença, julgando extinto o feito sem resolução de mérito, prejudicado o exame dos recursos interpostos. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 35.749)**

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

São Paulo, 13 de maio de 2016.

VITO GUGLIELMI, Relator

Ementa: CONDIÇÕES DA AÇÃO. ILEGITIMIDADE PASSIVA. OCORRÊNCIA. AÇÃO COMINATÓRIA CUMULADA COM INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. AUTOR QUE MANTÉM SUA CONDIÇÃO DE EMPREGADO DA EMPRESA VIAÇÃO VIP S/A, ESTANDO O CONTRATO DE TRABALHO SUSPENSO EM DECORRÊNCIA DA CONCESSÃO DO BENEFÍCIO DE AUXÍLIO DOENÇA. PLEITO DE MANUTENÇÃO DO PLANO DE SAÚDE QUE DECORRE DIRETAMENTE DO CONTRATO DE TRABALHO. INAPLICABILIDADE DOS ARTS. 30 E 31, DA LEI Nº 9.656/98, ENQUANTO EXISTENTE VÍNCULO TRABALHISTA. MATÉRIA COGNOSCÍVEL DE OFÍCIO. SENTENÇA ANULADA. RECURSO PREJUDICADO.

VOTO

1. Trata-se de recurso, tempestivo e bem processado, interposto contra sentença que julgou parcialmente procedente ação de obrigação de fazer cumulada com indenização por danos morais, com pedido de tutela antecipada, ajuizada por José Wilson do Nascimento em face de Greenline Sistemas de Saúde S/A.

Afirma o autor ser funcionário da empresa Viação VIP S/A, tendo se aposentado em 2002 e continuado a laborar na empresa, encontrando-se atualmente afastado de suas funções em razão de acidente de trabalho sofrido em janeiro de 2013. Aduz que desde sua contratação passou a ser beneficiário do plano de saúde coletivo fornecido por seu empregador, oferecido como salário indireto. Alega, porém, que sem qualquer motivo ou aviso prévio, teve seu plano cancelado em maio de 2015. Sustenta estarem cumpridos os requisitos do artigo 31, da Lei nº 9.656/98, razão pela qual requer a manutenção do plano para si e sua esposa, arcando com seu valor integral.

A tutela antecipada foi concedida (fls. 64/65).

O juízo (fls. 163/167), afastando a preliminar de ilegitimidade passiva aventada pela requerida e entendendo garantida pela Lei nº 9.656/98 a

Acesso ao Sumário

possibilidade de continuidade da vinculação do requerente ao contrato coletivo de que gozava, determinou a reintegração do autor ao plano de saúde oferecido pela requerida, nos termos do artigo 31 da Lei nº 9.656/98. Afastou, porém, o pedido de indenização por danos morais, julgando a demanda parcialmente procedente.

Opostos embargos de declaração por ambas as partes (fls. 169/173 e 178), foram eles rejeitados (fls. 175 e 179).

Inconformada, apela a requerida (fls. 181/190). Inicialmente, destaca que o encerramento do plano se deu em decorrência de solicitação da empregadora do demandante. Afirma que não cumpriu o autor os requisitos previstos no artigo 31, da Lei nº 9.656/98 para que ocorra sua manutenção no plano por tempo indeterminado, posto que não contribuía para seu custeio, e teria laborado na empresa, após a aposentadoria, por período inferior aos 10 anos exigidos em lei. Conclui pela improcedência da demanda ou, subsidiariamente, pelo reconhecimento da sucumbência recíproca.

Recebido (fls. 202) e processado o recurso, vieram aos autos as contrarrazões do demandante (fls. 204/220).

Em sede adesiva (fls. 221/227), discorre o autor sobre os danos morais sofridos. Conclui, assim, pela condenação da requerida ao pagamento de indenização por danos morais, nos termos requeridos na exordial.

Recebido (fls. 228), vieram aos autos as contrarrazões da ré (fls. 230/235).

Intimadas as partes para manifestação acerca da possibilidade de julgamento virtual, quedando-se inertes (fls. 239).

É o relatório.

2. Preliminarmente - e com prejuízo do exame dos apelos interpostos - é caso de se reconhecer a ilegitimidade passiva da requerida Greenline Sistemas de Saúde S/A, afastando-se, de ofício, a r. sentença e julgando-se extinta, sem julgamento de mérito, a presente demanda.

Explique-se, de toda sorte, que o conhecimento da aludida matéria relativa às condições da ação, ainda que ausente impugnação recursal específica das partes interessadas, tem lugar em virtude de sua natureza essencialmente pública e de sua prejudicialidade em relação ao próprio ajuizamento da demanda, na esteira do que se vem bem decidindo:

> "***Tratando-se de condições da ação ou pressupostos processuais, inexiste preclusão para o julgador, podendo este reapreciá-los a qualquer tempo e grau de jurisdição ordinária, pelo fato de não ter se exaurido o seu ofício na causa, porquanto pendente o julgamento definitivo da lide.***" (STJ - REsp 399.222/GO - Quarta Turma - Rel. Min. Jorge Scartezzini - j. 09.03.06).
>
> "***A ausência das condições da ação, aliás, por constituir matéria***

Acesso ao Sumário

***de ordem pública, pode ser reconhecida até mesmo de ofício pelas instâncias ordinárias, não se podendo falar, desse modo, em julgamento extra ou ultra petita.*"** (STJ - REsp 904.425/PR - Primeira Turma - Min. Denise Arruda - j. 09.09.08).

Ademais, importante frisar estar sendo respeitado o disposto no artigo 10, do Código de Processo Civil de 2015, que assim determina: "*O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício*".

Isso porque a questão atinente à ilegitimidade passiva foi levantada pela requerida quando da apresentação de sua contestação (fls. 77/95), tendo o demandante já se manifestado a respeito em sua réplica de fls. 151/162.

E, no caso em tela, percebe-se claramente que o autor ainda ostenta a condição de empregado da empresa Viação VIP S/A, encontrando-se afastado de suas funções em razão de acidente de trabalho, consoante se depreende não apenas de suas alegações, mas dos documentos de fls. 32/35.

Não se trata, portanto, de hipótese de aplicação do artigo 31, da Lei nº 9.656/98, que assegura ao aposentado contribuinte de plano de saúde coletivo por período superior a dez anos, quando findo o contrato de trabalho, a continuidade da assistência médica gozada, desde que haja a assunção de sua responsabilidade pelo pagamento integral das parcelas.

Desse modo, enquanto existente o vínculo empregatício, ainda que suspenso em razão da concessão do benefício de auxílio doença ao empregado, deve a questão atinente ao cancelamento de plano de saúde ser discutida diretamente com a empregadora. Ora, a condição de beneficiário do plano decorre diretamente do contrato de trabalho, somente sendo cabível eventual pleito a respeito da manutenção do plano de saúde nos termos dos artigos 30 ou 31 da Lei 9.656/98 quando ocorrer o desligamento do funcionário da empresa empregadora.

Note-se, ainda, que a demanda, na forma como fora proposta, carece de interesse jurídico na modalidade adequação.

Como venho sempre sustentando, o interesse de agir se traduz na necessidade de recorrer o titular do direito ao Poder Judiciário para alcançar sua pretensão, e que disto lhe possa resultar alguma utilidade, o que se corporifica na adequação procedimental, daí as expressões "*interesse-necessidade*" e "*interesse- adequação*".

É ideia, no mais, de todo semelhante àquela de E. T LIEBMAN (*Estudos sobre o processo civil brasileiro*, São Paulo, Bushatsky, 1976, p. 125) para quem "*interesse processual, ou interesse de agir, existe, quando há para o autor utilidade e necessidade de conseguir o recebimento de seu pedido, para obter,*

Acesso ao Sumário

por esse meio, a satisfação do interesse (material) que ficou insatisfeito pela atitude de outra pessoa. É, pois, um interesse de segundo grau, porque consiste no interesse de propor o pedido, tal como foi proposto, para a tutela do interesse que encontrou resistência em outra pessoa, ou que, pelo menos, está ameaçado de encontrar essa resistência.".

Na hipótese, como supramencionado, pleiteia o requerente a manutenção de plano de saúde cancelado por sua empregadora enquanto vigente o contrato de trabalho.

Logo, objetivando o apelante a discussão acerca da manutenção de benefício que decorre diretamente de seu contrato de trabalho, deveria ter ajuizado ação de obrigação de fazer em face da própria empregadora, perante a Justiça do Trabalho.

A respeito do tema, importante destacar decisões do Tribunal Superior do Trabalho em casos bastante semelhantes:

> "***AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. RITO SUMARÍSSIMO. 1. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. O acórdão recorrido decidiu em consonância com a Súmula 331, IV, do TST. 2. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. CANCELAMENTO DO PLANO DE SAÚDE . SUSPENSÃO DO CONTRATO DE TRABALHO. AUXÍLIO-DOENÇA. O Regional asseverou que a reclamante, durante o afastamento por auxílio-doença, foi surpreendida com o cancelamento de seu plano de saúde no momento em que necessitava se submeter a procedimento cirúrgico, fato que lhe ocasionou sofrimento e constrangimento. Esta Corte trabalhista vem adotando entendimento de que subsistem algumas obrigações patronais, entre elas a manutenção do plano de saúde, mesmo nos casos de suspensão do contrato de trabalho em razão de afastamento previdenciário. Logo, tendo sido configurado o dano moral decorrente da conduta ilícita da empregadora, deve ser mantida a decisão regional. Agravo de instrumento conhecido e não provido.***" (TST - AIRR nº 20940-77.2009.5.17.0161 - 8ª Turma - Rel. Min. Dora Maria da Costa j. 04.05.2011).
>
> "***RECURSO DE REVISTA. ACIDENTE DO TRABALHO. SUSPENSÃO DO PLANO DE SAÚDE CUSTEADO PELO EMPREGADOR. DANO MORAL E MATERIAL. INDENIZAÇÃO. Decisão proferida com fundamento na análise dos elementos do conjunto probatório, tendo o Tribunal Regional concluído que o fato de a reclamada excluir a reclamante do plano de saúde, quando havia necessidade de tratamento médico em razão do acidente do trabalho, causou à empregada danos moral e material. Violação de dispositivos***

Acesso ao Sumário

de lei federal não caracterizada. Divergência jurisprudencial não demonstrada. Recurso de revista de que não se conhece. ACIDENTE DO TRABALHO. SUSPENSÃO DO CONTRATO DE TRABALHO. PLANO DE SAÚDE CUSTEADO PELO EMPREGADOR. MANUTENÇÃO. 1. Deve ser mantido o plano de saúde no caso de empregados aposentados por invalidez, quando ocorre a suspensão, e não a extinção, do contrato de trabalho, porquanto o benefício não está vinculado à prestação de serviços, mas, sim, ao emprego. Precedentes. 2. A Lei nº 8.213/1991 não fixou o prazo de cinco anos para que a aposentadoria por invalidez converta-se em definitiva; de maneira que o direito ao plano de saúde não cessa enquanto perdurar o período de suspensão do contrato de trabalho. Precedentes. 3. A Súmula nº 217 do STF, aprovada em 1963 e vigente a partir de 1964, segundo a qual a aposentadoria por invalidez se tornaria definitiva após cinco anos, não interpreta a atual legislação previdenciária, à qual o art. 475 da CLT expressamente remete a solução da controvérsia. Recurso de revista a que se nega provimento." (TST - RR nº 204900-25.2005.5.02.0442 - 5ª Turma - Rel. Min. Kátia Magalhães Arruda - j. 26.04.2011).

Destarte, em suma, reconhecida a ilegitimidade passiva da requerida e a ausência de interesse processual do demandante, é caso de se afastar, de ofício, a r. decisão e julgar-se extinta a demanda sem resolução de mérito, prejudicado o exame dos recursos.

Com o resultado, atento à regra da causalidade, condena-se o autor ao pagamento das custas e despesas processuais, além de honorários advocatícios ao patrono da requerida, que se fixa, por equidade, em mil reais, observada, de toda sorte, a gratuidade de justiça a ele concedida.

3. Nestes termos, anula-se de ofício a sentença, julgando-se extinto o feito sem resolução de mérito, prejudicado o exame dos recursos interpostos.

ACÓRDÃO

Acesso ao Sumário

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0003932-19.2012.8.26.0505, da Comarca de Ribeirão Pires, em que são apelantes MEDISERVICE - ADMINISTRADORA DE PLANOS DE SAÚDE S.A. e BRADESCO SAÚDE S/A, são apelados EDENIRCIO TURINI (JUSTIÇA GRATUITA) e SOLVAY INDUPA DO BRASIL S.A.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 10ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do

relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 28.503)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores ELCIO TRUJILLO (Presidente), CARLOS ALBERTO GARBI e JOÃO CARLOS SALETTI.

São Paulo, 3 de maio de 2016.

ELCIO TRUJILLO, Relator

Ementa: ILEGITIMIDADE PASSIVA - Não configuração - É responsabilidade da operadora do seguro, e não da ex-empregadora, a prorrogação do contrato - Preliminar afastada.

SEGURO SAÚDE - Pedido de manutenção de aposentado no plano coletivo empresarial por tempo indeterminado após sua demissão sem justa causa - Procedência - Preenchidos todos os requisitos do artigo 31 da Lei nº 9.656/98 - O pagamento integral do plano pela empregadora não afasta o direito do autor, seja porque tal prerrogativa é concedida como salário indireto, seja porque não lhe foi dada ciência prévia acerca da restrição decorrente do pagamento feito apenas a título de coparticipação - Irrelevante, também, o motivo da rescisão do contrato de trabalho, sendo suficiente a condição do autor de aposentado na ocasião do desligamento - RECURSO NÃO PROVIDO.

VOTO

Trata-se de recurso de apelação interposto contra a sentença de fls. 327/330, de relatório adotado, que julgou a ação procedente para declarar a manutenção do autor no seguro saúde oferecido pela Mediservice, arcando aquele com as mesmas mensalidades dos funcionários ativos, de forma integral.

Inconformada, sustenta a ré, em resumo, que é parte ilegítima para figurar no polo passivo; que o autor não contribuía financeiramente com a apólice, tendo efetuado pagamentos tão somente a título de coparticipação; e que o motivo do desligamento do autor da empresa empregadora foi demissão sem justa causa, e não aposentadoria (fls. 359/373).

Recebido (fls. 374) e impugnado (fls. 387/392).

É o relatório.

O recurso não comporta provimento.

Acesso ao Sumário

Consta dos autos que o autor trabalhou para a empresa Solvay Indupa do Brasil S/A de 1972 a 2006, e de 2007 a 2011, quando foi dispensado sem justa causa, sendo que, dada a sua condição de aposentado, pretende a manutenção, por tempo indeterminado, do seguro saúde coletivo disponibilizado pela ex-empregadora aos seus funcionários.

Em primeiro, cumpre afastar a preliminar de ilegitimidade passiva da ré. A administração do benefício do autor é de responsabilidade exclusiva da operadora do seguro saúde, de modo que a empresa ex-empregadora não possuirá mais participação na nova relação a ser estabelecida com a prorrogação do contrato.

Além disso, o direito previsto no artigo 31 da Lei nº 9.656/98 não foi assegurado em virtude da relação de emprego propriamente dita, mas em virtude do próprio contrato de assistência à saúde, para que esta não seja repentinamente retirada do consumidor.

Por esses motivos, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo reconhece a responsabilidade das operadoras de plano de saúde pela prorrogação contratual em comento, conforme segue:

> "*Sem razão a apelante, posto que sua legitimidade decorre diretamente de sua condição de prestadora de serviços de assistência médica e hospitalar à ex-empregadora do autor e a pretensão deduzida pelo autor é para que se mantenha a sua vinculação ao convênio médico hospitalar de responsabilidade da ré, sob as mesmas condições que tinha ao tempo em que mantinha o vínculo de emprego com a empresa em que trabalhava*". (Relator(a): Fábio Quadros; Comarca: São Paulo; Órgão julgador: 4ª Câmara de Direito Privado; Data do julgamento: 26/03/2015; Data de registro: 08/04/2015).
>
> "*ILEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM - Pretensão de manutenção no seguro saúde, na forma do disposto no art. 31, da L. nº 9.656/98 - Prefacial arguida por operadora de seguro saúde, sustentando legitimidade passiva apenas da ex-empregadora da autora - Descabimento - Pedido de cumprimento do comando legal que deve ser dirigido a quem incumbe o seu cumprimento, isto é, à prestadora da assistência médica - Prefacial afastada*". (TJSP, Apelação nº 0034548-52.2012.8.26.0577 São José dos Campos, Rel. João Batista Vilhena, 10ª Câmara de Direito Privado, julgado em 11/02/2014).

No mérito, de rigor reconhecer que foram preenchidos todos os requisitos do artigo 31 da Lei nº 9.656/98 para a manutenção do benefício do autor nas mesmas condições e por tempo indeterminado.

Isso porque na data da rescisão do contrato de trabalho o autor já era aposentado, conforme documento de fls. 31, e figurava como beneficiário de

Acesso ao Sumário

seguro saúde em razão do emprego há muito mais de dez anos.

E é irrelevante o fato de o autor ter continuado a trabalhar depois da concessão do benefício previdenciário, pois o texto legal exige a mera condição de aposentado, e não que a aposentadoria tenha sido propriamente o motivo do desligamento do empregado da empresa empregadora.

Assim, ao contrário do entendimento da ré, o artigo 31 da lei aplicável deve prevalecer em detrimento do artigo 30, de modo que a continuidade da assistência deve ser garantida por tempo indeterminado:

> "*SEGURO SAÚDE - Obrigação de fazer - Procedência - Confirmação - Ilegitimidade passiva - Inocorrência - Apelante é a administradora dos serviços de assistência à saúde prestados aos autores - Art. 31 da Lei n° 9.656/98 - Aplicação - Aposentado que continuou trabalhando - Plano mantido nas mesmas condições da época em que estava na ativa, mediante pagamento integral das prestações - Jurisprudência do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo - Recurso não provido.*" (TJSP, Apelação 0143972-10.2009.8.26.0000, Rel. Sousa Lima, 7ª Câmara de Direito Privado, julgado em 09/02/2011).
>
> "*PLANO DE SAÚDE - Segurado aposentado enquanto beneficiário de contrato coletivo de assistência médica - Vinculação mantida com a empregadora mesmo após a aposentadoria, com posterior dispensa sem justa causa - Desligamento que não afasta, por si só, a aplicabilidade do disposto no artigo 31 da Lei n°9.656/98 - Direito adquirido quando do pleito de aposentadoria - Ausência de contribuição por parte do empregador que não é óbice à concessão do direito, já que assumirá o contratante a responsabilidade pelo pagamento integral da prestação devida - Recurso desprovido.*" (TJSP, Apelação 0060527-84.2010.8.26.0577, Rel. Galdino Toledo Júnior, 9ª Câmara de Direito Privado, julgado em 12/07/2011).
>
> "*PLANO DE SAÚDE - Contrato coletivo decorrente de relação empregatícia - Autor que contribuiu para o plano de assistência à saúde por período superior a 10 anos - Manutenção dos benefícios conferidos pelo plano de saúde, nas mesmas condições de cobertura assistencial vigentes ao tempo da relação empregatícia - Possibilidade - Aplicabilidade do disposto no art. 31 da Lei 9.656/98 e não de seu art. 30 - Apelado que já era aposentado quando da rescisão do contrato de trabalho sem justa causa - Sentença de procedência mantida - Recurso desprovido.*" (TJSP, Apelação 0032881-84.2010.8.26.0000, Rel. De Santi Ribeiro, 1ª Câmara de Direito Privado, julgado em 28/09/2010).

Irrelevante, também, a alegação da ré no sentido de que a ex-empregadora arcava de forma integral com o seguro saúde, e que o autor efetuava pagamentos apenas a título de coparticipação.

Acesso ao Sumário

Tal fato não afasta o direito à manutenção da assistência médico-hospitalar, uma vez que essa prerrogativa não foi concedida por mera liberalidade, mas em decorrência dos serviços prestados, como salário indireto.

Trata-se de posicionamento firmado pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, conforme segue:

> "*A aludida ausência de contribuição direta por parte do ex-empregado para o plano de saúde coletivo não obsta a sua manutenção neste. Isso porque a cota do empregado, que sempre foi paga pelo empregador, em virtude do vínculo empregatício, pode ser considerada parcela salarial indireta, paga em nome e em favor do empregado*". (Relator(a): Lucila Toledo; Comarca: São Paulo; Órgão julgador: 9ª Câmara de Direito Privado; Data do julgamento: 28/04/2015; Data de registro: 05/05/2015).
>
> "*E nem se argumente que a falta de contribuição direta do ex-empregado, que apenas possuía coparticipação no prêmio, o exclui da proteção dada pelo art. 31 da referida lei. Isso porque é pacífico o entendimento de que o empregado, direta ou indiretamente, contribui para o custeio do seu seguro saúde. Aliás, já se decidiu que o plano de saúde oferecido pela empregadora nada mais é do que o pagamento salarial indireto, pois a contribuição integrava o seu salário*". (Apelação nº 4001527-14.2013.8.26.0405 - Osasco, Rel. Maia da Cunha, 4ª Câmara de Direito Privado, julgado em 13/02/2014).

Ou seja, o autor efetivamente contribuiu para os serviços através de seu trabalho, mediante repasse de valores pela empregadora à ré.

Mesmo que assim não fosse, tal fato somente poderia prejudicar o autor se a ré tivesse dado prévia e inequívoca ciência de que o pagamento apenas da coparticipação não é considerado contribuição para os fins do artigo 31 da Lei nº 9.656/98, qual não foi o caso:

> "*A exclusividade da função moderadora da participação deve constar de estipulação expressa no contrato do plano e ser informada com destaque e diretamente a cada um dos consumidores filiados, pena de não poder ser oposta a eles, se desconhecerem a restrição*". (BOTTESINI, Maury Ângelo. Lei dos planos e seguros de saúde: comentada artigo por artigo, doutrina, jurisprudência. Maury Ângelo Bottesini, Mauro Conti Machado. 2. ed. rev., ampl., e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. p. 269).

Assim, de rigor reconhecer o direito do autor à manutenção do seu seguro saúde junto à ré por prazo indeterminado, nas mesmas condições contratuais de que gozava antes da rescisão do contrato de trabalho, mediante pagamento integral do prêmio, nos termo da r. decisão recorrida.

Desta forma, a sentença merece ser integralmente mantida, inclusive por seus próprios fundamentos.

Acesso ao Sumário

Ante o exposto, **NEGO PROVIMENTO** ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0015884-28.2010.8.26.0161, da Comarca de Diadema, em que é apelante PRISCILA DE SIMONI PEREIRA, são apelados ART BEL COSMÉTICOS INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA. (E OUTROS(AS)), ANDRE CINTRA PEREIRA e ANFEMA ADMINISTRAÇÃO E PARTICIPAÇÃO LTDA.

ACORDAM, em 5ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso, V.U. Sustentou oralmente o Doutor Flavio Luiz Yarshell.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 19026)**

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

São Paulo, 18 de maio de 2016.

ERICKSON GAVAZZA MARQUES, Relator

Ementa: MEDIDA CAUTELAR DE PROTESTO CONTRA ALIENAÇÃO DE BENS - REQUISITOS PARA CONCESSÃO DA CAUTELAR - ABUSO DE PODER E DESVIO DE FINALIDADE POR MEIO DA PERSONALIDADE JURÍDICA - IMPUTAÇÃO DE CONDUTA FRAUDULENTA VISANDO ESVAZIAR O PATRIMÔNIO DA EMPRESA DISSOLVIDA - EXISTÊNCIA DE PROVA DE INCAPACIDADE FINANCEIRA PARA PAGAMENTO DA DÍVIDA - DESPEJO DA DEVEDORA QUE CORROBORA OS DEMAIS INDÍCIOS DE INSOLVÊNCIA - LIGAÇÃO EMPRESARIAL ENTRE OS IRMÃOS - EMPRESAS CONSTITUÍDAS OU ADMINISTRADAS POR MEMBROS DA FAMÍLIA, ATUANTES NO MESMO RAMO - APLICAÇÃO DO ARTIGO 50 DO CÓDIGO CIVIL - INDÍCIOS DE CONFUSÃO ENTRE PERSONALIDADE FÍSICA E JURÍDICA - TRANSFERÊNCIA FRAUDULENTA DE BENS IMATERIAIS, MARCA E MATERIAIS,

Acesso ao Sumário

IMÓVEIS, PARA OUTRAS EMPRESAS DO GRUPO PARA SE EVITAR A COBRANÇA - FRAUDE CONTRA CREDORES - PROTESTO CONTRA ALIENAÇÃO DE BENS CONCEDIDO - SENTENÇA PARCIALMENTE REFORMADA - AÇÃO JULGADA TOTALMENTE PROCEDENTE – RECURSO PROVIDO.

VOTO

Vistos.

Trata-se de medida cautelar de protesto contra alienação de bens ajuizada por Priscila de Simoni Pereira contra Art Bel Cosméticos Indústria e Comércio Ltda., Anfema Administração e Participações Ltda., e André Cintra Pereira, que a respeitável sentença de fls. 581/582, cujo relatório fica fazendo parte integrante do presente, julgou parcialmente procedente a ação para manter o protesto contra a alienação de bens somente em relação à marca AMEND, mantida a revogação referente aos imóveis, eis que pertencentes à empresas, com sócios distintos, que não participaram da ação principal de dissolução, devendo cada parte arcar com o pagamento dos honorários dos seus respectivos patronos.

Inconformada, apela a autora pedindo, em síntese, que seja reformado o r. *decisum* de fls. na parte que confirmou a revogação das averbações das matrículas dos imóveis de propriedade da empresa Anfema descritos na inicial. Isso porque deveria ter sido levado em consideração o fato de que o sócio remanescente, Sr. André Cintra, através de várias manobras, vinha esvaziando o patrimônio da Art-Bel Cosméticos, por exemplo transferindo a marca Amend para empresa que ele mesmo criou, de nome Anfema, e cujas sócias seriam duas outras empresas constituídas no Uruguai.

Sustenta ainda que a atitude do Sr. André, de transferir não só a marca Amend, como também diversos imóveis descritos na inicial, para o patrimônio da já citada empresa Anfema, é fraudulenta, tendo como único objetivo impedir a ora apelante de receber o crédito que tem junto a empresa Art-Bel Cosméticos.

No mais, diz a apelante que o Sr. Felipe André Cintra, irmão de André Cintra, na qualidade de procurador deste junto as empresas uruguaias sócias da Anfema, teria constituído um verdadeiro agrupamento econômico, formado pela empresas Episcia, Anubia, Aquilamare, Bem Estar, Bellpratica, para empreender fraudes contra vários credores, inclusive ela própria, bem como contra as autoridades fiscais. Pede a reforma da sentença para que passe a fazer constar, das matrículas dos imóveis de propriedade da empresa Anfema Administração e Participações Ltda., descritos na inicial, uma menção à presente cautelar de protesto contra a alienação de tais bens.

Acesso ao Sumário

O recurso foi recebido, preparado e respondido.

É o relatório.

À Mesa.

De início, verifica-se que a apelante e o co-apelado André eram sócios da empresa Art-Bel Cosméticos que, à época, era detentora da marca "Amend". Em 2003, a recorrente retirou-se da sociedade e, em 2005, ajuizou ação de dissolução e apuração de haveres, a qual foi julgada procedente e, atualmente, aguarda julgamento do recurso de apelação, a ser decidido juntamente com o presente.

Alegando que seu antigo sócio André, com o auxílio do irmão Felipe, vinha tentando esvaziar o patrimônio da Art-Bel Cosméticos Indústria e Comércio Ltda., mediante alienação de bens e constituição de empresas fictícias, a recorrente ajuizou esta ação cautelar, na qual pretendeu obter o protesto contra a alienação de todos esses bens que estavam sendo alienados, inclusive da marca "Amend", cedida para a empresa Anfema, de modo a garantir a futura satisfação de seu crédito.

Destarte, o pleito da autora, ora recorrente, se fundamenta na prática de atos ilícitos pelos demandados, o que ensejaria, segundo ela, a desconsideração da personalidade jurídica das empresas e a responsabilização dos sócios envolvidos nas fraudes, Felipe e André.

Logo, diante da imputação de conduta fraudulenta, e pedido de desconsideração da personalidade jurídica para responsabilização dos sócios e devidas consequências, mister se faz examinar se as condições previstas para tal desconsideração estão reunidas na espécie.

Diz o artigo 50 do Código do Civil que:

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

Dentro deste contexto, a empresa Art-Bel Cosméticos Indústria e Comércio Ltda., além de figurar em inúmeras demandas executivas no polo passivo, alienou seu principal ativo que é a marca "Amend" à empresa Anfema, cujo quadro societário é composto por empresas *offshore* situadas no Uruguai e por Felipe Cintra Pereira, irmão e sócio do também devedor André Cintra Pereira.

E se tudo isso não bastasse, a empresa devedora sequer vem honrando seus pagamentos, o que faz presumir que talvez não possa honrar também o valor devido à recorrente, sendo que tal presunção se reforça ainda mais se

considerarmos o fato de que a empresa foi despejada por falta de pagamento, já demonstrado nos autos, o que revela sua precária situação financeira.

Por oportuno, observe-se que a recorrente aponta, em várias passagens nos autos, diversos modos através dos quais o sócio André confundiu o seu patrimônio com o da pessoa jurídica Art-Bel Cosméticos Indústria e Comércio Ltda. Essa circunstância é necessária para comprovar o efetivo abuso da personalidade jurídica, de modo a descaracterizá-la, conforme preconiza o dispositivo legal acima mencionado.

Assim, a não localização de bens penhoráveis em valores insuficiente para a satisfação de seu crédito ficou devidamente demonstrada nos autos, motivo este suficiente para tal decretação da desconsideração, constituindo-se em necessária prova de fraude e abuso por intermédio da pessoa jurídica.

E nem se argumente que a marca "Amend" seria suficiente para satisfazer o crédito da apelante (marca avaliada em torno de R$ 3.000.000,00), quer porque segundo consta, seu valor é inferior aos haveres que esta tem para receber de seus antigos sócios, ora apelados, quer porque a marca, ao menos em tese, não lhes pertence mais. Aliás, a alienação de um dos maiores bens da empresa, bem como a transferência de todos os imóveis descritos na inicial, para as empresas *offshore*, constituídas no Uruguai, parece ter sido a principal causa das medidas cautelares que foram tomadas pela credora, a exemplo desta demanda e da cautelar incidental de arresto. Tudo a fim de se evitar fraudes.

Sabe-se que a desconsideração da personalidade jurídica tem por escopo adequar a pessoa jurídica aos fins para os quais ela foi criada e, desse modo, constituir uma forma de limitar e coibir o uso indevido deste privilégio, que é a atuação na atividade econômica por meio do véu, do manto de uma pessoa moral. Trata-se, porém, de uma medida drástica e excepcional, pois a segurança das relações comerciais e empresariais requer, como regra, a supremacia da autonomia patrimonial da sociedade em relação aos sócios, sendo excepcionais as hipóteses que regem a aplicação da *disregard of legal entity doctrine* em nosso direito positivo. Assim, apenas se comprovado cabalmente o desvio no uso da pessoa jurídica é que caberia sacrificar a sua autonomia patrimonial.

E não foi por outro motivo que eminentes especialistas e convidados para as "Jornadas de Direito Civil", promovidas pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, aprovaram o Enunciado nº 146, nos seguintes termos:

> "*nas relações civis, interpretam-se restritivamente os parâmetros de desconsideração da personalidade jurídica previstos no art. 50 (desvio de finalidade social ou confusão patrimonial)*".

Desse mesmo modo, a constituição de diversas empresas que atuam no ramo de produção, comercialização e distribuição de cosméticos e que

Acesso ao Sumário

possuem como sócios ou são administradas por membros da família, revelam fortes indícios de desvio de finalidade das empresas envolvidas na fabricação e distribuição dos produtos Amend.

Outrossim, parece indubitável a confusão entre a personalidade dos sócios e das empresas, haja vista que os mesmos advogados representam Felipe, Anfema e Bem Estar, ou seja, defendem os interesses do sócio e administrador e também das respectivas empresas. Ora, se tal fato não pode ser interpretado, isoladamente, como indicativo de confusão societária, serve para embasar o juízo de que as empresas demandadas, com exceção da Ultra Distribuidora, constituem um grupo que se presta a movimentar ilicitamente o patrimônio obtido com a exploração da marca Amend.

Além disso, há provas de que a empresa Anfema, criada em junho de 2009, e para cuja titularidade foi transferida fraudulentamente a marca "Amend", também adquiriu 12 salas comerciais no bairro de Moema, a um valor de R$ 1.611.947,40 (fls. 117/127 dos autos da cautelar), imóveis registrados sob as matriculas de nºs 192.819 e 192.8320, sendo que este preço de aquisição é muito inferior ao preço de mercado estimado em R$ 300.000,00 por sala comercial. O que indica mais uma fraude, ou seja indícios de que a escrituras foram passadas por valores muito inferiores aos reais preços de mercado.

Com o mesmo "modus operandi", a empresa Anfema comprou um prédio comercial inteiro situado no nº 792 da avenida Prestes Maia, com uma área construída de 4.835,43 m² (matrícula nº 46.063), pelo valor de R$ 2.800.000,00 (fls. 128/130 dos autos da cautelar), além de um conjunto comercial estimado em R$ 150.872,00, situado no nº 817 da Rua Araguari, na Vila Uberabinha, no edifício Work Space Moema (matrícula nº 192.873).

Em suma, percebe-se que o objetivo dos apelados é justamente dar aparência de licitude a certos negócios, sem deixar rastros de ilegalidade, é possível que, dos elementos constantes dos autos se conclua, racionalmente, pela tentativa de dissipação do patrimônio da Art-Bel Cosméticos Indústria e Cosméticos Ltda. e de desvio de finalidade, bem como de confusão patrimonial e societária entre as demais empresas, justificando, assim, o protesto contra a alienação de bens, que se resumem não só nos registros da marca "Amend" junto ao INPI, mas também na necessidade de averbação da presente decisão nesta cautelar de protesto junto as matrículas de todos os imóveis descritos na inicial de fls.

Nestes termos, a ação é totalmente procedente, devendo ser reformada parcialmente a r. sentença de fls. no sentido de que seja averbada a presente decisão nesta cautelar de protesto contra a alienação de bens junto à matrícula de todos os imóveis descritos na inicial, considerando haver provas suficiente de que os mesmos sejam objeto de fraudes envolvendo os apelados.

Acesso ao Sumário

Por fim, arcarão os réus, ora apelados com as custas processuais e honorários advocatícios arbitrados em R$ 10.000,00, à título de sucumbência.

Pelo exposto, DOU PROVIMENTO AO RECURSO para reformar parcialmente a sentença e JULGAR PROCEDENTE a ação cautelar.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1011084-74.2014.8.26.0071, da Comarca de Bauru, em que é apelante CONDOMÍNIO RESIDENCIAL PARQUE DAS CAMÉLIAS, é apelado PAULO KAZUO SHODA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 4ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 33.462)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores NATAN ZELINSCHI DE ARRUDA (Presidente), HAMID BDINE e ENIO ZULIANI.

São Paulo, 11 de maio de 2016.

NATAN ZELINSCHI DE ARRUDA, Relator

Ementa: Obrigação de fazer. Autor arrematou imóvel em público leilão. Credor era o próprio condomínio. Bem que possuía dívidas abrangendo taxas e despesas condominiais. Hasta pública observou o necessário. Produto originário da arrematação substitui o imóvel em relação aos credores, haja vista que a garantia se limitava ao bem, e nada além disso. Obrigação do condomínio em emitir declaração de quitação em prol do arrematante abrangendo dívida anterior à arrematação deve sobressair. Entendimento jurisprudencial observado. O fato de se tratar de obrigação 'propter rem' é irrelevante para o caso. Apelo desprovido.

VOTO

1. Trata-se de apelação interposta tempestivamente, com base na r. sentença de págs. 46/48, que julgou procedente ação de obrigação de fazer.

Alega o apelante que no caso em exame não incide os efeitos da revelia,

reportando-se à doutrina e à jurisprudência. Continuando declarou que, apesar de executar o proprietário anterior do imóvel por débitos condominiais, fazendo com que a unidade autônoma fosse à venda judicial e arrematada pelo apelado, ainda não recebera os valores do crédito, haja vista a existência de diversas dívidas com a Caixa Econômica Federal e outros, restando instaurado o concurso de credores, persistindo então a dívida face ao caráter *propter rem*, mencionando textos legais e ementas de acórdãos. A seguir requereu a conversão do julgamento em diligência em relação aos créditos e situações pendentes de solução em outra demanda. Em sequência fez referência aos honorários advocatícios e custas processuais, destacando que em decorrência da revelia não houve resistência nos autos, não cabendo a condenação na sucumbência. No mais pré-questionou a matéria, pleiteando o provimento do apelo, para que a ação seja julgada improcedente.

Sem contrarrazões, conforme certidão de pág. 80.

É o relatório.

2. A r. sentença apelada merece ser mantida.

O caso envolve execução de crédito decorrente de despesas condominiais de unidade autônoma, portanto, configura obrigação *propter rem*, estando a dívida vinculada ao bem, contudo, existem aspectos específicos, devendo ser levado em consideração o limite do valor do imóvel em relação aos créditos mencionados, independentemente da classificação dos valores.

A arrematação é modo de aquisição originário do bem, e no caso em exame, o exequente foi o próprio condomínio, então credor de taxas condominiais e correlatas.

Desta forma, tendo o arrematante pago o preço correspondente, já atingira o valor do imóvel, portanto, nada poderá ser exigido a mais, uma vez que ultrapassaria a garantia que o imóvel proporciona às obrigações *propter rem*.

Com efeito, o arrematante não tem nenhuma obrigação em relação a débitos condominiais anteriores à data da expedição da carta de arrematação, quando se tornara titular de domínio.

Oportunas às transcrições jurisprudenciais:

"*A arrematação em hasta pública extingue o ônus do imóvel arrematado, que passa ao arrematante livre e desembaraçado de tributo ou responsabilidade, sendo, portanto, considerada aquisição originária*" (REsp n.º 1.179.056/MG. Relator Ministro Humberto Martins. Segunda Turma. J. 07-10-2010).

"*A arrematação de bem em leilão caracteriza-se como aquisição originária da propriedade, liberando-o dos ônus até então incidentes. Precedentes do STJ.*" (REsp n.º 1.038.800/RJ. Relator Ministro Herman Benjamin. Segunda Turma. J. 20-08-2009).

Acesso ao Sumário

Importante ressaltar que nada consta dos autos de que o edital para alienação judicial fizesse referência expressa sobre débitos condominiais, logo, o valor pago pelo arrematante já abrangeu a integralidade da garantia, porquanto ocorrera substituição do bem pelo numerário correspondente.

Confira-se do E. STJ:

"*A jurisprudência consolidada desta Corte Superior estabelece que, diante da ausência de previsão no edital da hasta pública acerca de débitos condominiais anteriores à praça, não haverá responsabilização do arrematante pelo pagamento da dívida, a qual deverá ser quitada com o valor obtido na alienação judicial*" (REsp n.º 1.186.373/MS. Relator Ministro Luis Felipe Salomão. Quarta Turma. J. 24-03-2015).

Assim, questões outras sobre o concurso de credores abrangendo a classificação do crédito não têm pertinência, haja vista que o produto da venda equivale ao próprio valor do bem, cabendo aos credores os valores correspondentes, não havendo mais nenhuma vinculação do arrematante com o destino do numerário configurado como produto da venda judicial.

Deste modo, presentes os requisitos da venda judicial, ante a expedição da carta de arrematação e o registro correspondente, compete ao condomínio emitir declaração de inexistência de débitos abrangendo taxas e despesas condominiais, conforme pleiteado pelo autor.

3. No mais, os honorários advocatícios estabelecidos na r. sentença foram fixados com equilíbrio, levando em consideração o trabalho exercido pelo titular da capacidade postulatória que representa o polo ativo.

4. Por último, no que tange ao prequestionamento, é interessante destacar 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.

O STJ também já se pronunciou sobre a desnecessidade da menção expressa aos textos de lei em que se baseia o acórdão, mediante sua Corte Especial, 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.

5. Com base em tais fundamentos, **nega-se provimento ao apelo**.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1021675-37.2015.8.26.0564, da Comarca de São Bernardo do Campo, em que é apelante SOCIEDADE BENEFICENTE ISRAELITA BRASILEIRA HOSPITAL ALBERT EINSTEIN, é apelado GUNTER PETER EMANUEL LEMMENS.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 3ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 34.458)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores BERETTA DA SILVEIRA (Presidente) e VIVIANI NICOLAU.

São Paulo, 16 de maio de 2016.

DONEGÁ MORANDINI, Relator

Ementa: AÇÃO DE INDENIZAÇÃO DE DANOS MORAIS

I. Ausência de fundamento negocial válido à inscrição. Ré que não comprovou a relação jurídica que lastreia o registro no cadastro de inadimplentes. Débito inexigível. Ilícito reconhecido.

II. Apontamento desabonador que importa em danos morais. Aplicação do Enunciado nº 24 desta C. Câmara. Arbitramento em R$ 5.000,00 (cinco mil reais). Redução. Afastamento. Adequação às diretrizes traçadas pelo artigo 944 do Código Civil.

SENTENÇA MANTIDA. APELO DESPROVIDO.

Acesso ao Sumário

VOTO

1. Trata-se de ação de indenização de danos morais julgada PROCEDENTE pela r. sentença de fls. 104/108, prolatada pelo Maurício Tini Garcia e de relatório adotado, para "*condenar a ré a: a) declarar a inexigibilidade da dívida que é objeto da demanda; b) condenar a ré a pagar ao autor indenização por danos morais no valor de R$ 5.000,00 (cinco mil reais), a ser corrigido monetariamente e acrescido de juros de mora de 1% ao mês, a partir da citação. Condeno a ré nas custas e despesas processuais, bem como em honorários advocatícios que fixo em 20% do valor da condenação*".

Recorre a ré.

Busca, consoante as razões de fls. 104/108, a inversão do julgado com

a improcedência da demanda. Sustenta que não há comprovação nos autos de fraude de terceiros, sendo lícita a anotação. Alternativamente, pretende a redução do montante da indenização por danos morais.

O recurso foi processado e respondido (fls. 122/126).

É O RELATÓRIO.

2. O recurso é insubsistente, preservando-se a r. sentença de fls. 104/108.

Com efeito.

Por primeiro, evidente a configuração de conduta ilícita por parte da apelante. Não há elementos fáticos probatórios a evidenciar a relação jurídica mantida entre as partes que justificasse o débito exigido e inscrito nos órgãos de proteção ao crédito. Saliente-se, por excesso, que descabe o acolhimento da culpa de terceiro para afastamento da responsabilidade, na medida em que, consoante entendimento consolidado, "**responde pelo ato aquele que promoveu a inscrição em razão de negligência e/ou do risco inerente a sua atividade (art. 927, par. único, CC)**" (Enunciado 24, II, desta Câmara).

Por outro lado, o autor comprovou nos autos que já foi vítima de fraude e seu nome foi utilizado indevidamente por terceiro não identificado (fls. 09 e fls. 14/18).

Sendo assim, evidente é a ilicitude do lançamento no cadastro de maus pagadores. Manifesta a negligência, resultando indevida a negativação, há também clara lesão moral indenizável, nos termos do Enunciado 24, desta Câmara: "**I- A ausência de relação jurídica entre as partes desautoriza a inscrição no cadastro de inadimplentes. II- Responde pelo ato aquele que promoveu a inscrição em razão de negligência e/ou risco inerente a sua atividade (art. 927, par. único, CC), independentemente da atuação de terceiro fraudador. III- A indevida inscrição, por si só, gera indenização por dano moral, dispensada a prova do abalo à honra e à reputação do lesado**".

Importante ressaltar, outrossim, que os cheques em nome do apelado foram emitidos para o pagamento de despesas hospitalares em nome do paciente Lorenzo Vasques Masullo (fls. 37), tendo como responsável pelo pagamento Carina Cristina Vasquez (fls. 113). Todavia, como era de rigor, não se estabeleceu qualquer vínculo do recorrido com o paciente e nem tampouco com a responsável pelo pagamento Carina. Pouco importa a causa de devolução dos cheques (falta de fundos), sendo relevante, na espécie, a ausência de qualquer relação negocial entre as partes, ou seja, entre a apelante e o recorrido.

Patenteada a responsabilidade da apelante pelo indevido cadastramento, o valor da condenação não comporta a redução pretendida. O montante arbitrado (R$ 5.000,00 - cinco mil reais) compõe, com adequação, a lesão sofrida pelo autor, servindo, ainda, de punição à recorrente para que não reincida na conduta e segue as diretrizes traçadas pelo artigo 944 do Código Civil. A redução

Acesso ao Sumário

postulada, se atendida, implicaria num verdadeiro estímulo oficial às novas violações.

3. Diante de todo o exposto, é o caso de manutenção da r. sentença por seus próprios e jurídicos fundamentos.

NEGA-SE PROVIMENTO AO APELO.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1039294-82.2013.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que são apelantes/apelados FRANCISCO ALBERTO DE PIERI e MARIA SOCORRO FONTELES DE PIERI, é apelado/apelante SAGITTARIUS EVEN EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS LTDA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 2ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento em parte aos recursos. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 14484)**

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 maio de 2016.

GIFFONI FERREIRA, Relator

Ementa: COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA - ATRASO NA ENTREGA DA OBRA INEQUÍVOCO - ALEGAÇÃO DE FORÇA MAIOR AFASTADA - CLÁUSULA DE TOLERÂNCIA HAVIDA POR VÁLIDA - MULTA CONTRATUAL NÃO PREVISTA EM CONTRATO - INVIABILIDADE DE SUA FIXAÇÃO PELO JUDICIÁRIO - RETARDAMENTO DA ENTREGA A SER SANCIONADO PELA RESPONSABIZAÇÃO DA CONSTRUTORA PELOS ALUGUÉIS DO PERÍODO DE ATRASO - LOCATIVOS DEVIDOS ATÉ ENTREGA DAS CHAVES - FIXAÇÃO EM 0,4% DO VALOR DO BEM - CONTAMINAÇÃO DO SOLO NÃO COMPROVADA - DANOS MORAIS INEXISTENTES POR MERO PROBLEMA EM

Acesso ao Sumário

CONTRATO - HONORÁRIOS CONTRATUAIS NÃO EXIGÍVEIS DE QUEM NEM SEQUER PARTICIPOU DESSE AJUSTE - SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA - DECISÃO REFORMADA EM PARTE - RECURSOS PARCIALMENTE PROVIDOS.

VOTO

Cuida-se de Apelação Cível exprobando a R. sentença de fls. 266/272, que deu pela parcial procedência do feito Ordinário movido por adquirente contra a incorporadora e a construtora de unidade residencial, para condenar as Requeridas ao pagamento de indenização por danos morais, no importe de R$ 15.000,00, ante os transtornos causados aos Requerentes pelo atraso na entrega da obra.

Irresignados, recorrem os Autores, sustentando a ilegalidade da cláusula de tolerância. Argumentam que a mora deve ser considerada até a data de entrega das chaves, e não até a expedição do HABITE-SE. Postulam, também, pela fixação de multa pelo atraso, lucros cessantes e majoração dos danos morais. Pugnam, ainda, por indenização, na razão de 20% do valor do bem, em razão do prédio estar situado em local de solo contaminado. Aduzem, por fim, que os honorários contratuais devem ser suportados pela parte contrária.

Por seu turno, as Requeridas, conjuntamente, afirmam que o atraso decorreu de força maior. Pleiteiam o afastamento da indenização por danos morais.

Recursos bem processados; respondidos.

Esse o breve relato.

Com efeito, ambos os apelos merecem parcial acolhimento.

No que tange ao atraso, a alegação de caso fortuito ou força maior não vinga, por absoluta falta de provas; as Requeridas lançaram essa tese nos autos, mas sem o menor adminículo probatório - coisa que se tem por insuficiente: instituto de tal envergadura e importância, bastante para a exculpação de indigitado inadimplente, haveria que haver comprovação - mas nada e nada a respeito existe nos autos, pelo que se afasta, de proêmio, a pretensão. Inequívoca, portanto, a culpa das Demandadas pelo atraso.

De outra banda, a cláusula de tolerância é absolutamente válida, deferida por calcinada jurisprudência, e deve ser observada, nada contendo de abusivo, sendo justo que a construtora haja um período para se precatar de problemas inesperados. A mora se situa mesmo empós do decurso desses 180 dias, lembrando-se de que o pacto, ademais, foi livremente firmado.

Assim, será tomado o prazo depois de computada a cláusula de tolerância,

Acesso ao Sumário

até a entrega das chaves, uma vez que, na hipótese dos autos, não houve o pagamento por meio de financiamento, o que ensejaria a constatação do término da obra pela expedição do HABITE-SE.

Diante do atraso na entrega, são devidos lucros cessantes, que serão compostos pelos locativos da unidade pelo período de atraso; pouco interessa se o bem fora ou não destinado a locação, já que esse alvitre é plenamente aceitável para firmar o que a parte deixou de lucrar com a não entrega de seu bem; o cálculo do locativo será de 0,4% do valor do bem, ante a retração pública e evidente do mercado de alugueres, considerando-se o valor da unidade conforme o contrato, depois de corrigido o valor do lançamento pelos índices desta Relação - apurando-se em execução a verba devida, tudo para evitar violação ao Princípio insculpido no Art. 884 do Código Civil.

No que toca à multa, sem embargo do engenho do Dr. Advogado dos Autores, o Judiciário não pode criar cláusula contratual; se os Autores aceitaram condições desvantajosas no ajuste, cabe-lhes aceitar as consequências de sua incúria - e a postulação que tal remete para as Kalendas Gregas o Princípio da Autonomia da Vontade, afastada a pretensão que tal, que não reverencia o Direito.

Quanto à alegada contaminação do solo, tal pretensão fora trazida desacompanhada de qualquer elemento probatório, pelo qual deve ser afastada. Nos termos do *decisum*, a parte Autora "*nem mesmo pediu pela produção de provas capazes de corroborar tal alegação, na fase processual oportuna. Portanto, abriu mão dessa comprovação que lhe era devida, não fazendo jus à obtenção daquilo que pleiteia com relação a ela*" fls. 269.

Por outro lado, claudicou a R. sentença, com deferir danos morais, que não podem ser havidos em mero problema existente em contrato, e já reparada a culpa da incorporadora e da construtora com os locativos assentados; aqui os motivos brandidos são insuficientes para o exsurgir da maltratada figura, compertos os prejuízos dos Autores.

Por derradeiro, os honorários contratuais são manifestamente indevidos: o Dr. Advogado pactuou diretamente com seus clientes. Ante isso, não pode ser exigido o regresso contra terceiros, nem sequer partícipes da relação contratual.

Recíproca a sucumbência, custas e honorários pelas partes.

Vale lembrar que os apelos foram interpostos durante a vigência do Código de Processo Civil de 1973 e por este Diploma devem ser regrados.

Para tais fins, pois, suso alinhavados, DÁ-SE PARCIAL PROVIMENTO aos recursos.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0204733-70.2010.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante ALESSANDRA GOMES CRIVELARO (JUSTIÇA GRATUITA), são apelados GLOBO COMUNICAÇÃO E PARTICIPAÇÕES S/A, FAUSTO CORREA SILVA e RADIO E TELEVISÃO RECORD S/A.

ACORDAM, em 1ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento aos recursos. V.U. Sustentação oral do Dr. Marcelo Cabral.", de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 25.658)**

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

São Paulo, 31 de maio de 2016.

CHRISTINE SANTINI, Relatora

Ementa: Agravo retido e Apelação Cível.

Agravo retido - Interposição pela autora contra decisão que declarou encerrada a fase de instrução - Cerceamento de defesa não caracterizado - Elementos dos autos suficientes para embasar o julgamento, desnecessárias, portanto, as provas pretendidas - Laudo pericial que se apresenta suficiente para o deslinde da questão - Recurso desprovido.

Ação de indenização por violação de direito autoral - Criação pela autora de programa televisivo intitulado "Brasil em Contato" - Alegação de plágio praticado pela corré Globo Comunicações e Participações S.A. de reprodução de programa com formato semelhante - Inocorrência - Prova pericial que constatou notáveis diferenças entre as obras - Simples semelhança de ideias - Programa de criação da autora que não constitui obra intelectual passível de proteção pela Lei de Direito Autoral - Manutenção da R. Sentença.

Nega-se provimento aos recursos de agravo retido e de apelação.

Acesso ao Sumário

VOTO

1. Trata-se de ação de indenização por violação de direito autoral

movida por Alessandra Gomes Crivelaro em face de Globo Comunicações e Participações S.A., Rádio e Televisão Record S.A. e Fausto Corrêa Silva, alegando, em síntese, que em 10.02.2006 promoveu o registro de sua obra denominada "Brasil em Contato" que tem por objetivo, via de um jogo televisivo, a concessão de oportunidades a novos talentos para que apresentem sua obra. Alega que encaminhou o projeto por meio de carta registrada para a Record, que nunca entrou em contato. Sustenta que em abril de 2009, ao assistir o denominado "Garagem do Faustão", viu que seu projeto estava sendo utilizado, produzido e veiculado. Aduz que a sua obra é nova pois inexiste gênero de programa idêntico; criativo, pois nasceu da observação da autora; e original já que inexiste trabalho ou programa com tal formatação. Argumenta que elaborou e formatou o programa televisivo minuciosamente, desde o nome do programa, estabelecimento de apoio e espaço cênico, passando pelo argumento, linguagem, mensagem e roteiro. Alega que a Record deveria ter devolvido o projeto enviado ou mantido sob sua guarda e responsabilidade em seus arquivos. Sustenta que a Rede Globo teve acesso ao projeto idealizado tendo o introduzido em sua programação, sem a autorização da autora. E, em razão disso, a obra intelectual da autora passou a ser utilizada com finalidade comercial pela ré, gerando altos ganhos com inserção de propaganda e venda de publicidade. Aduz que os ganhos financeiros decorrentes do programa são ilegais. Postula assim a condenação dos requeridos ao pagamento de danos morais e materiais.

A ação foi julgada improcedente, nos termos da R. Sentença de fls. 659/662, com a condenação da autora ao pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios de R$ 1.500,00, ressalvada a gratuidade da justiça.

Inconformada, apela a autora, requerendo, preliminarmente a apreciação do agravo retido interposto contra a R. Decisão que declarou encerrada a fase de instrução. No mais, sustenta o desacerto da R. Sentença, pleiteando sua reforma para o julgamento de procedência da ação (fls. 681/686).

Processado regularmente o recurso, foram apresentadas contrarrazões (fls. 697/710, 713/718 e 720/727).

É o relatório.

2. Por primeiro, não merece provimento o agravo retido de fls. 634/639, ora reiterado, em face da R. Decisão que declarou encerrada a instrução (fls. 613).

Isso porque os documentos necessários à formação do convencimento do magistrado encontram-se nos autos, sendo desnecessárias, portanto, as provas pretendidas para o deslinde da controvérsia.

Ademais, não há questões que demandem esclarecimentos do perito, de modo que a prova pericial era suficiente e os demais quesitos formulados pelo

Acesso ao Sumário

apelante não agregariam maiores informações ao deslinde da questão discutida.

Por fim, o recurso de apelação não comporta provimento.

A propriedade autoral está amparada pela Lei nº 9.610/98, que assim dispõe:

"*Art. 7º São obras intelectuais protegidas as criações do espírito, expressas por qualquer meio ou fixadas em qualquer suporte, tangível ou intangível, conhecido ou que se invente no futuro, tais como:*

I - os textos de obras literárias, artísticas ou científicas;

II - as conferências, alocuções, sermões e outras obras da mesma natureza;

III - as obras dramáticas e dramático-musicais;

IV - as obras coreográficas e pantomímicas, cuja execução cênica se fixe por escrito ou por outra qualquer forma;

V - as composições musicais, tenham ou não letra;

VI - as obras audiovisuais, sonorizadas ou não, inclusive as cinematográficas;

VII - as obras fotográficas e as produzidas por qualquer processo análogo ao da fotografia;

VIII - as obras de desenho, pintura, gravura, escultura, litografia e arte cinética;

IX - as ilustrações, cartas geográficas e outras obras da mesma natureza;

X - os projetos, esboços e obras plásticas concernentes à geografia, engenharia, topografia, arquitetura, paisagismo, cenografia e ciência;

XI - as adaptações, traduções e outras transformações de obras originais, apresentadas como criação intelectual nova;

XII - os programas de computador;

XIII - as coletâneas ou compilações, antologias, enciclopédias, dicionários, bases de dados e outras obras, que, por sua seleção, organização ou disposição de seu conteúdo, constituam uma criação intelectual."

Deste modo, o que se protege é o inédito, a criação original, o que trazido para o campo televisivo reflete em uma abordagem inovadora, ainda não divulgada, ou seja, um programa único, com formatação desconhecida.

Posteriormente, a mesma norma legal, excepciona as hipóteses que não estariam acobertadas pela proteção autoral, ao dispor:

"*Art. 8º Não são objeto de proteção como direitos autorais de que trata esta Lei:*

I - as ideias, procedimentos normativos, sistemas, métodos, projetos ou

Acesso ao Sumário

conceitos matemáticos como tais;

II - os esquemas, planos ou regras para realizar atos mentais, jogos ou negócios;

III - os formulários em branco para serem preenchidos por qualquer tipo de informação, científica ou não, e suas instruções;

IV - os textos de tratados ou convenções, leis, decretos, regulamentos, decisões judiciais e demais atos oficiais;

V - as informações de uso comum tais como calendários, agendas, cadastros ou legendas;

VI - os nomes e títulos isolados;

VII - o aproveitamento industrial ou comercial das ideias contidas nas obras."

No caso, o programa a que a autora atribui sua criação não reúne os requisitos que possibilitem pleitear a proteção aqui discutida.

Das provas juntadas aos autos percebe-se que o formato do programa da autora não constitui qualquer inovação no meio televisivo de modo que programas similares ao da autora já vinham sendo exibidos, com formatação semelhante, como bem apontado pela prova pericial (fls. 276/277)

Assim, o programa de criação da autora não pode ser considerado uma obra intelectual para fins de proteção pelo direito autoral.

Nesse sentido, já se pronunciou a esta Colenda 1ª Câmara de Direito Privado:

"*Direito Autoral - Formato de programa televisivo - Plágio - Inocorrência - Caso em que a suposta obra não passa de um projeto, de um método de apresentação das ideias, expressamente excluídos da proteção legal - Art. 8º da lei nº 9.610/98 - Invenção, originalidade e exclusividade não verificadas - Ação improcedente - Recurso provido. (Apelação nº 0349455-32.2007.8.26.0577, 1ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Rui Cascaldi, v.u., j. em 04.02.2014).*"

Ademais, a prova pericial apontou que:

"***No caso houve mera semelhança de ideias, não plagio**, já que os elementos de contato entre as obras intelectuais mencionadas são em numero inferior do que os que as distanciam. E, quando ocorrem, se dão sobre **elementos já conhecidos e comumente empregados na indústria do entretenimento, como competição musical e premiações correspondentes, havendo outros programas televisivos desta natureza.**" (fls. 276) (g.n.)*

"***As diferenças nos elementos criativos são muitas**, constatáveis no perfil, na linguagem, na mensagem, no roteiro, no nome, no cenário dentre*

Acesso ao Sumário

outros. ***Somente nos elementos de menor importância, quais sejam, os não criativos, se constata parcial semelhança****." (fls. 278) (g.n.)*

Assim, manifesta a distinção entre o programa idealizado pela autora e o programa "Garagem do Faustão", pelo que tenho como afastada a ocorrência de plágio.

3. À vista do exposto, pelo meu voto, nego provimento aos recursos de agravo retido e de apelação.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1000126-57.2014.8.26.0579, da Comarca de São Luiz do Paraitinga, em que é apelante M.E.S. (ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA), é apelada A.S.A. (ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA).

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 7ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 12996)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores LUIS MARIO GALBETTI (Presidente), MARY GRÜN e RÔMOLO RUSSO.

São Paulo, 2 de junho de 2016.

LUIS MARIO GALBETTI, Relator

Ementa: União estável - Requisitos - Inocorrência. Do que se depreende dos autos é certo que autora e réu viveram sob o mesmo teto por determinado período e que tiveram relacionamento afetivo. Contudo, a prova não permite conclusão a respeito da natureza do relacionamento. Ainda que tenha existido proximidade entre as partes e também uma relação de confiança e suporte, não se vislumbra a existência de união estável, uma vez que não há elementos que indiquem o interesse de constituir família e sequer de que efetivamente houve um relacionamento afetivo duradouro. Recurso provido.

VOTO

1. Trata-se de apelação interposta contra sentença que julgou parcialmente

Acesso ao Sumário

procedente os pedidos formulados em ação de reconhecimento e dissolução de união estável cumulada com partilha de bens.

Alega o apelante: a) a autora juntou os documentos de fls. 64/82 e 89/101, porém, não lhe foi dada oportunidade para manifestar-se; b) os documentos foram relevantes e decisivos para o julgamento da lide e foram citados na sentença; c) existe relação de parentesco entre as partes, sendo a autora sua prima; d) os documentos não juntados com a inicial não devem ser considerados meios de prova; e) o conjunto probatório não evidencia a existência de união estável; f) o réu apelante não teve oportunidade de manifestar-se a respeito dos documentos, havendo nulidade por cerceamento de defesa; g) a prova documental constante dos autos restringe-se a fotos tiradas em janeiro de 2010 no estado da Bahia; i) a prova fotográfica comprova somente uma reunião familiar à beira de um rio, em data anterior à alegada; h) o fato das contas de consumo estarem em nome da apelada é irrelevante; i) a prova testemunhal produzida pela autora é muito frágil; j) suas testemunhas indicaram que a autora foi contratada como doméstica para ajudar sua mãe de oitenta anos, na casa não havia cama de casal e a autora dormia com a idosa; k) manteve diversos relacionamentos com várias pessoas.

2. Na inicial, diz a autora que conheceu o réu em janeiro de 2010 no Estado da Bahia e, após quatro meses de namoro, passaram a conviver sob o mesmo teto, como se casados fossem. Em busca de trabalho, em setembro de 2010, mudou-se para São Paulo e, embora separados, mantiveram contato. Em agosto de 2011, resolveram restabelecer a união, passando a viver em Lagoinha. Com o casal morava seu filho e a genitora do réu. Trabalhava na empresa do réu e também cuidava dos afazeres domésticos.

Diz ainda que não recebia nenhuma remuneração por seu trabalho e que o réu a impedia de trabalhar em outro lugar, porque não poderia ajudá-lo em sua empresa e cuidar da idosa. Passou a vender produtos de limpeza e cosméticos de "porta em porta" durante os períodos da manhã. Durante a união, foi adquirido em terreno, um trator e um automóvel. O relacionamento teve seu fim em dezembro de 2013 como consequência do ciúme excessivo do réu.

Acesso ao Sumário

O réu teve inúmeras oportunidades para manifestar-se nos autos após a juntada dos documentos pela autora, não ocorrendo o alegado cerceamento de defesa.

Segundo Milton Paulo de Carvalho Filho, são requisitos da união estável: "a) ***convivência pública***: a publicidade exigida pela lei é a que significa notoriedade da relação, ou seja, que a união seja reconhecida no meio social em que vivem os companheiros, não podendo ser, portanto, secreta ou clandestina; b) ***duradoura e contínua***: a união do homem e da mulher deve ser durável, e não passageira, breve, circunstancial ou momentânea, para que seja considerada

estável. Ainda que o legislador não tenha estabelecido o ***prazo*** mínimo para seu reconhecimento - que poderia ser de dois anos, segundo Regina Beatriz Tavares da Silva, em ***Novo Código Civil comentado*** (São Paulo, Saraiva, 2002) -, exigiu que se considerem a consistência e a efetividade da união. O ***prazo*** necessário será estabelecido pelo juiz em cada caso concreto, diante de suas circunstâncias, como por exemplo, "a vida em comum sob o mesmo teto, ou não; existência de filhos; notoriedade da convivência; casamento religioso; contrato escrito reconhecendo a união; atos e negócio jurídicos que se referem à união (nomeação da companheira como procuradora, segurada ou dependente, contrato de locação, contas conjuntas, cartão de crédito comum etc.), sem esquecer o elemento subjetivo, muito esclarecedor: numa verdadeira união estável, os conviventes tem o ***animus*** de constituir família, assumem, perante a sociedade, um ***status*** em tudo semelhante ao de pessoas casadas, concedendo-se mutuamente o tratamento, a consideração, o respeito que se dispensam, reciprocamente, os esposos" (cf. Veloso, Zeno, ***Código Civil comentado*** direito de família. São Paulo, Atlas, 2003, v. XVII)... ...c) ***objetivo de constituição de família***: não é qualquer relação amorosa que caracteriza a união estável. Mesmo que celebrada em contrato escrito, pública e duradoura, com relações sexuais, com prole, e, até mesmo, com certo compartilhamento de teto, pode não estar presente o elemento fundamental consistente em desejar constituir família. Assim, o namoro aberto, a "amizade colorida", o noivado não constituem união estável. É indispensável esse ***elemento subjetivo*** para a configuração da união estável."[1]

Do que se depreende dos autos é certo que autora e réu viveram sob o mesmo teto por determinado período e que tiveram relacionamento afetivo.

Contudo, a prova não permite conclusão a respeito da natureza do relacionamento.

Não há nos autos prova de que havia convivência pública. As testemunhas da autora, E.L.S. e K.N.M., em que pese afirmem que as partes viviam como se casados fossem, dizem que nunca os viram em manifestações de carinho, sequer de mãos dadas. (fls. 154/157)

As testemunhas do réu, V.S.O., S.R.S. e J.B.M., disseram que a autora foi contratada para cuidar da casa e da mãe do réu. Por sua vez, K.R.N. disse que sua cunhada indicou a autora para o emprego na casa do réu e que não sabia se ambos mantinham um relacionamento.

De tal modo, ainda que tenha existido proximidade entre as partes e também uma relação de confiança e suporte, não se vislumbra a existência de união estável, uma vez que não há elementos que indiquem o interesse de constituir família e sequer de que efetivamente houve um relacionamento

Acesso ao Sumário

1 ***Código Civil comentado: doutrina e jurisprudência: Lei n. 10.406, de 10.01.2002: contém o Código Civil de 1916***/coord. Cezar Peluso. - 5ª ed. rev. e atual. - Barueri, SP: Manole, 2011, pp. 2031/2032.

afetivo duradouro.

Os pedidos comportam o julgamento de improcedência.

Em razão da alteração da sentença, arcará a apelada com o pagamento das custas e despesas processuais, além de honorários advocatícios, que fixo, nos termos do disposto no § 4º do artigo 20 do CPC, em R$ 2.000,00, observada a gratuidade de justiça concedida à autora.

3. Ante o exposto e tudo mais que dos autos consta, **DOU PROVIMENTO** ao recurso para julgar improcedentes os pedidos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0182761-10.2011.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante CENTRAL DE TRADUÇÕES LTDA., é apelado CENTRAL DE TRADUÇÕES LTDA. ME.

ACORDAM, em 2ª 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 04.998)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores CARLOS ALBERTO GARBI (Presidente sem voto), CAMPOS MELLO e RICARDO NEGRÃO.

São Paulo, 11 de abril de 2016.

CAIO MARCELO MENDES DE OLIVEIRA, Relator

Ementa: ABSTENÇÃO DO USO DE NOME COMERCIAL - Ação indenizatória - Decisão judicial impeditiva da utilização da denominação social da autora pela ré - Evidência de descumprimento com a utilização maliciosa de interposta pessoa, neste Estado - Dano patrimonial presumido, devendo ser apurado em liquidação de sentença - Ação proposta dentro do prazo prescricional - Recurso provido em parte.

VOTO

Sentença proferida a f. 285/8 acolheu, em parte, ação cominatória e indenizatória e condenou a ré, no período compreendido, entre o ajuizamento de ação que tramitou perante a 1ª Vara Cível de Joinville - SC e o respectivo

trânsito em julgado, a responder por 15% do seu lucro líquido, estabelecendo sucumbência recíproca quanto aos ônus processuais.

Rejeitados embargos declaratórios, a ré recorreu, apresentando os seguintes fundamentos: (a) não atua no estado de São Paulo e apenas mantém parceria aqui com a Global Languages Comunicação Corporativa, Serviços e Comércio de Livros Ltda., tratando-se de pessoa jurídica diversa, sendo parte ilegítima para ser demandada; (b) detém o registro da marca Central de Traduções Junto ao INPI, anteriormente ao providenciado pela ré, estando protegida pelas disposições da Lei 9279/96 e da Constituição Federal; (c) a Global Languages, que não é parte no processo, não pode ser impedida de informar ser sua parceira e de divulga-la; (d) ausência de demonstração de qualquer prejuízo que teria sofrido a autora em decorrência da similaridade de nomes, não estando estes alegados prejuízos nem sequer especificados nos autos; (e) a proibição de se utilizar do nome da autora no Estado de São Paulo só se fez presente a partir do trânsito em julgado da ação que tramitou em Joinville; (f) a fixação prévia de indenização em 15% dos seus lucros líquidos não encontra respaldo na legislação vigente; (g) reconhecimento de prescrição trienal, contada do ajuizamento da ação.

Recurso tempestivo, preparado, recebido em ambos os efeitos e contrariado.

Anota-se decisão anterior desta Câmara dando provimento a recurso da autora à vista do indeferimento preliminar da petição inicial (f. 108/9).

Este o relatório, adotado, no mais, o da sentença.

O apelo comporta provimento parcial.

Observa-se dos autos que a apelada saiu vencedora de ação proposta para obrigação de não fazer, pois confirmou-se que se prevalecia da anterioridade do registro da marca Central de Traduções e do seu nome comercial, que é idêntico, praticamente, ao da apelante.

Apenas, em grau de recurso, se delimitou que a restrição geraria efeito somente no Estado de São Paulo (f. 22/34).

Então, não há dúvida de que está acobertada a apelada pelo manto da coisa julgada e não pode, portanto, a apelante se utilizar das mesmas denominações neste Estado.

E os argumentos do recurso se afiguram inconsistentes, pois a r. sentença deixou evidenciado, sem contrariedade, que está havendo, através da Global Languages, no âmbito da *internet*, acesso ao domínio (endereço eletrônico constante no texto original).

Então, por interposta pessoa, a apelante está burlando o impedimento havido em decisão judicial.

Acesso ao Sumário

Aqui não há consistência alguma no argumento de que a Global Languages tem personalidade jurídica própria e não faz parte da relação processual, pois está bem demonstrado que ambas as sociedades são representadas pelas mesmas pessoas (f. 143/5 e 148/51).

Não bastasse isso, a apelante foi citada no endereço da Global Languages (f. 133).

Aqui pode ser lembrada a disposição do art. 129 do Código Civil, aplicada analogicamente, no sentido de que se verifica a condição quando a parte, maliciosamente, obstar-lhe o implemento.

Os outros argumentos do apelo também são afastados.

A questão da anterioridade do registro já foi decidida na ação julgada em Joinville e de prescrição não se pode cogitar, considerando-se que aquela demanda foi julgada no Tribunal de Justiça de Santa Catarina em 3.3.2011 e esta ação indenizatória ingressou em juízo somente alguns meses depois.

Presume-se mesmo que tenha havido prejuízo para a apelada, com o descumprimento malicioso da apelante, quanto ao que foi decidido judicialmente, mas é certo que não há base legal para a prefixação das perdas e danos, tal como feito pela r. sentença, sendo mais razoável que se adote o critério mais favorável à prejudicada, de acordo com o disposto no art. 210 da Lei 9279/96, com apuração em liquidação de sentença.

Só aí reside o provimento do apelo, pois o período para apuração dos danos, tal como definido na sentença, fica mantido na medida em que a demanda julgada em Joinville produziu efeitos *ex tunc*.

Por estas razões, meu voto dá provimento parcial ao recurso.

ACÓRDÃO

Acesso ao Sumário

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0062133-55.2012.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que são apelantes AMBIENTE GLOBAL COMUNICAÇÃO PARA O DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL LTDA. ME. (E OUTROS(AS)) e ECOIMAGINATION PRODUTOS PARA UM PLANETA SUSTENTÁVEL LTDA. ME., são apelados INTEGRARE EDITORA E LIVRARIA LTDA. e CARLA GOES SOUZA PEREZ.

ACORDAM, em 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 29.387)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores CARLOS ALBERTO GARBI (Presidente sem voto), CAMPOS MELLO e RICARDO NEGRÃO.

São Paulo, 11 de abril de 2016.

ARALDO TELLES, Relator

Ementa: Ação de abstenção do uso de marca. Alegação, das autoras, de violação da marca "BELEZA SUSTENTÁVEL", pelas rés, na edição de livro com a utilização do termo em seu título. Questão, a rigor, que diz respeito a direito autoral. Ilegitimidade, então, das apelantes nesse particular, pois o beneficiário da proteção que a lei confere à produção intelectual é o autor da obra. Proteção à propriedade industrial possível. Autoras que são detentoras da marca "BELEZA SUSTENTÁVEL". Termo, ademais, insuscetível de proteção marcária, por se tratar de expressão de uso vulgar (art. 124, VI, da Lei nº 9.279/1.996). Impossibilidade, contudo, de confusão dos consumidores, pois os livros estão dedicados a públicos diferentes, com autoras, capa, conteúdo e, ainda, subtítulos absolutamente diversos. Improcedência da ação mantida. Recurso desprovido.

VOTO

Trata-se de recurso de apelação contra a r. sentença de improcedência em ação de abstenção do uso de marca, com pedido cumulado de indenização, intentada pelas recorrentes contra as recorridas.

Inconformadas, recorrem as vencidas acusando as rés da prática de concorrência desleal, pois, de forma parasitária, publicaram livro aproveitando-se, no título, da marca de sua titularidade, "**BELEZA SUSTENTÁVEL**". De resto, clamam por aplicação do art. 302 do Código de Processo Civil, vez que a r. sentença teria sido proferida contrariamente ao conjunto probatório existente nos autos e, por fim, a condenação das requeridas em danos materiais e morais.

Com contrariedade e recolhido o preparo, vieram-me os autos.

É o relatório, adotado o de fls. 307/315.

A r. decisão recorrida, muito bem fundamentada, não merece reparo.

Reclamam, as autoras, de violação, pelas rés, da marca **BELEZA SUSTENTÁVEL**, dizendo que a corré Integrare Editora e Livraria Ltda.

Acesso ao Sumário

teria publicado livro, de autoria da corré **Carla Goes**, com título que viola sua propriedade industrial.

É certo que a acionante **Ambiente Global Comunicação** detém, de fato, a marca nominativa **BELEZA SUSTENTÁVEL** desde 2012 e, realizado o depósito em 2009, ostenta o registro, perante o INPI, com concessão em 2012, vigente até 25.9.2022 (fls. 49).

A diretora das autoras, Maria das Graças Rodrigues Pereira - Graça Lara, escreveu o livro "**Beleza sustentável - o conceito que vai mudar sua vida**" (fls. 91), ou, como consta do registro na Biblioteca nacional, "**Beleza sustentável - o guia universal do ser sustentável**" (fls. 93).

Sabido, também, que ***as certidões desse depósito firmam presunção juris tantum de propriedade da obra***.[1]

Não menos certo, porém, como ensina Silvio Rodrigues, é que ***o autor é o beneficiário direto da proteção que a lei confere à produção intelectual***.

Do que visto, pelo menos no tocante à alegada violação de direito autoral, não há o que deliberar, simplesmente porque as apelantes, pessoas jurídicas, nada têm com o direito da autora da obra literária, **Graça Lara**, que, embora seja sua sócia-diretora, com elas não se confunde.

Há de se analisar, então, se houve violação marcária.

E a resposta é negativa.

O livro de autoria da corré **Carla Goes** encontra-se encartado às fls. 100, ostentando o título "**Beleza sustentável - como pensar, agir e permanecer JOVEM**".

Há de se observar, primeiro, que a proteção da marca busca, essencialmente, a repressão da concorrência desleal, eliminando do mercado os produtos ou serviços que possam gerar confusão no consumidor, que os adquire pensando no outro.

Não é, entretanto, o caso dos autos.

É que a expressão comum ("Beleza Sustentável"), a despeito do registro ostentado pelas autoras, é corriqueira e de uso vulgar, tratando-se da hipótese prevista no inciso VI do art. 124 da Lei de Propriedade Industrial.

Nesse sentido, caso análogo julgado pela C. 5ª Câmara de Direito Privado desta Corte, sob a relatoria do Des. Moreira Viegas:

> "***AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER COM PRECEITO COMINATÓRIO - ALEGAÇÃO DE QUE A UTILIZAÇÃO DA EXPRESSÃO "TIC TAC" NO NÚCLEO DO TÍTULO DA OBRA LITERÁRIA AFRONTA O DIREITO DO AUTOR DE PROTEÇÃO***

Acesso ao Sumário

1 Direito Civil: Direito das coisas, volume 5/Silvio Rodrigues. 28. ed. rev. e atual. de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10-1-2002). - São Paulo: Saraiva, 2003. Pg. 247.

À MARCA - EXPRESSÃO DE USO VULGAR INSUSCETÍVEL DE EXCLUSIVIDADE - INTELIGÊNCIA DO ART. 124, VI, DA LEI DE PROPRIEDADE INDUSTRIAL - PRECEDENTES - PUBLICAÇÕES DE CONTEÚDOS DIFERENTES E DESTINADAS A PÚBLICOS DIFERENTES - IMPOSSIBILIDADE DE CONFUSÃO PARA OS CONSUMIDORES - IMPROCEDÊNCIA - SENTENÇA MANTIDA - RECURSO DESPROVIDO."[2]

A vedação legal ao registro de marca cujo nome é genérico ou comum visa a emprestar a esta singularidade suficiente para destacá-la do domínio comum, do uso corriqueiro. Isso porque a razão imediata da existência do direito sobre marca é a distintividade, de sorte que não se pode conceder direito de registro quando outra pessoa, natural ou jurídica, já possui sobre o nome direito de uso, ou mesmo quando a coletividade possui direito de uso sobre o mesmo objeto, o qual, por sua vulgaridade ou desvalor jurídico, já se encontra no domínio público.[3]

Não se exige que a marca represente forma linguística absolutamente nova. O que deve apresentar-se como novo é a sua utilização.

"PROPRIEDADE INDUSTRIAL - MARCA - Abstenção de uso de marca - Vocábulo de uso comum - Ausência de exclusividade de uso da expressão "Contemporâneo" que goza de proteção limitada - Concorrência desleal não configurada - Possibilidade de convivência entre as marcas - Ausência de indícios de provas de eventual confusão (...)"[4]

Não fosse isso, o comparativo entre os livros revela que autoras, capa, conteúdo e, ainda, subtítulos, **são absolutamente diferentes**.

Como bem observou o i. magistrado, ***o exame superficial das obras revela que os eventos e os livros produzidos e publicados pelas autoras e por sua diretora, dizem respeito mais à ecologia e sustentabilidade; enquanto o livro publicado pelas rés, cuida mais especificamente de questões médicas e estéticas.***

Assim, não se pode dizer que a simples utilização da mesma expressão seja suficiente para que se opere a confusão das obras com as marcas, com desvio de clientela.[5]

Do que visto, proteção alguma merece a pretensão das autoras, também porque não há sequer início de prova de eventual prejuízo daí advindo.

Acesso ao Sumário

2 Apel. nº 9112500-41.2009.8.26.0000.

3 REsp 605.738/RJ, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 15/10/2009, DJe 26/10/2009.

4 Apel. nº 0152760-08.2012.8.26.0100, sob a rel. do Des. Alexandre Marcondes, da C. 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial desta Corte.

5 Fls. 310.

Por tais fundamentos, nego provimento ao recurso.

É como voto.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1003588-04.2014.8.26.0003, da Comarca de São Paulo, em que são apelantes ZAYAN & ALFERES PROJETOS E CONSTRUÇÕES LTDA, SILVANA ZAYAN ALFERES e ROSANA ZAYAN TIBAU, é apelado ITAÚ UNIBANCO S/A.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da(o) 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 da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 16.873)**

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

São Paulo, 18 de abril de 2016.

SANDRA GALHARDO ESTEVES, Relatora

Ementa: CONTRATOS BANCÁRIOS. AÇÃO MONITÓRIA. CÉDULA DE CRÉDITO BANCÁRIO. PRESCRIÇÃO. PRAZO QUINQUENAL. Não há falar em prazo prescricional trienal, mas quinquenal, previsto no art. 206, §5º, inc. I, do Código Civil, por se tratar de pretensão de cobrança de dívida líquida constante de instrumento particular. E entre as datas de vencimento do contrato e da propositura da execução não houve transcurso desse prazo.

INAPLICABILIDADE DA PENALIDADE PREVISTA NO ART. 940 DO CÓDIGO CIVIL. A penalidade prevista no art. 940 do Código Civil não se aplica à hipótese em exame. A imposição da penalidade exige prova robusta da má-fé do credor. Não demonstrado o dolo que evidenciasse ter o autor agido com mala fides, inadmissível a aplicação da regra.

Apelação não provida.

Acesso ao Sumário

VOTO

Vistos,

1. Trata-se de recurso de apelação interposto contra a r. sentença, prolatada às fls. 107/108, que, nos autos dessa ação monitória que ITAÚ UNIBANCO S/A move em face de ZAYAN E ALFERES PROJETOS E CONSTRUÇÕES LTDA., SILVANA ZAYAN ALFERES E ROSANA ZAYAN TIBAU, acolheu em parte os embargos monitórios e julgou procedente em parte o pedido formulado na inicial, para constituir título executivo a favor do autor, no valor de R$102.412,31.

Consta dos autos que o autor moveu ação monitória em face dos réus, instruindo a petição inicial com cédula de crédito bancário, representativa de contrato de empréstimo, emitida em 30.03.2009, com previsão de pagamento em 36 parcelas mensais, vencendo-se a última em 08.04.2012. Pretende a satisfação do crédito de R$106.338,85, ou a constituição de título executivo judicial nesse valor.

Em seus embargos monitórios, os réus alegam que a pretensão do autor está prescrita, pois o vencimento antecipado da dívida ocorreu em maio de 2009, e entre aquela data e a propositura da ação (28/02/2014) decorreu o prazo trienal previsto no art. 206, §3º, do Código Civil. Afirmam que o autor não descontou os juros abusivos aplicados sobre o valor da parcela vencida em 08/05/2009. Outrossim, foi adotado índice não contratado para correção monetária. Com o expurgo do excesso de cobrança, o valor devido é de R$102.412,31. O indébito deve ser repetido em dobro.

O julgamento do feito dispensou a abertura da fase instrutória, e o nobre magistrado *a quo* entendeu que (a) a pretensão do autor não está prescrita, pois o prazo aplicável à hipótese em exame é o quinquenal, previsto no art. 206, §5º, inc. I, do Código Civil; (b) à míngua de impugnação especificada, deve-se adotar o valor sugerido pelos réus; (c) não há falar em repetição em dobro do indébito, pois a pretensão não foi formulada na via adequada (reconvenção). Assim, acolheu em parte os embargos monitórios e julgou procedente em parte o pedido formulado na inicial, para constituir título executivo a favor do autor, no valor de R$102.412,31.

Opostos embargos de declaração, restaram rejeitados.

Inconformados, os réus apelam às fls. 123/133. Alegam, em suma, que: (a) a pretensão do autor está prescrita; e (b) o indébito deve ser repetido em dobro. Pugna pelo provimento do recurso para reforma da r. sentença.

O autor ofertou contrarrazões (fls. 140/144).

Não houve oposição ao julgamento do recurso em plenário virtual.

É o relatório do essencial.

2. A pretensão do autor não está prescrita.

Acesso ao Sumário

Não há falar em prazo prescricional trienal, mas quinquenal, previsto no art. 206, §5º, inc. I, do Código Civil, por se tratar de pretensão de cobrança de dívida líquida constante de instrumento particular. E entre as datas de vencimento do contrato e da propositura da execução não houve transcurso desse prazo.

Anota-se que o vencimento antecipado da dívida constitui faculdade do credor, e se verifica no momento em que ele decide cobrar o débito antecipadamente, e não quando ocorreu a mora.

No mais, a penalidade prevista no art. 940 do Código Civil não se aplica à hipótese em exame. A imposição da penalidade exige prova robusta da má-fé do credor. Não demonstrado o dolo que evidenciasse ter o autor agido com *mala fides*, inadmissível a aplicação da regra.

O art. 940 do Código Civil em vigor é mera repetição do art. 1.531 do Código Civil de 1916, com pequena mudança na redação.

Àquela época, já prevalecia a orientação de que a condenação desse jaez, de tão grave e desproporcionada, só era admissível diante de inconcussa e irrefragável comprovação de má-fé e dolo.

Nada há nos autos nesse sentido.

3. Em face do exposto, nega-se provimento ao recurso, mantida a r. sentença por seus próprios fundamentos, além dos ora expendidos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0002953-84.2012.8.26.0205, da Comarca de Getulina, em que é apelante PREFEITURA MUNICIPAL DE GUAIMBÊ, é apelado MIGUEL SERAFIM (JUSTIÇA GRATUITA).

ACORDAM, em 23ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento em parte ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 01003)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PAULO ROBERTO DE SANTANA (Presidente sem voto), JOSÉ MARCOS MARRONE e SEBASTIÃO FLÁVIO.

São Paulo, 13 de abril de 2016.

MARCOS GOZZO, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: RESPONSABILIDADE CIVIL - Contrato de transporte de pessoas. Ambulância médica.

Autor que estava desacompanhado na parte traseira da ambulância e foi arremessado do veículo em movimento. Ré que não conseguiu comprovar culpa exclusiva do autor. Responsabilidade objetiva decorrente do transportador. Inteligência dos arts. 734 e 738 do Código Civil.

DANOS MORAIS. Prejuízos suportados pelo autor que extrapolam aqueles considerados como mero aborrecimento. Fixação do valor da indenização que deve cumprir o critério punitivo-pedagógico e o compensatório. Provimento em parte do apelo para minorar a indenização.

Recurso provido em parte.

VOTO

Trata-se de recurso de apelação interposto contra a r. sentença proferida às fls. 238/245, pela qual foi julgado procedente em parte o pedido da Ação de Reparação de Danos Patrimoniais e Extrapatrimoniais proposta por **Miguel Serafim** em face da **Prefeitura Municipal do Município de Guaimbê**, condenando a ré em indenização por danos morais no importe de R$30.000,00 (trinta mil reais).

Apelou a ré (fls. 256/265). Requer a reforma da sentença para que a prefeitura de Guaimbê seja eximida de qualquer responsabilidade. Subsidiariamente, requer a diminuição do valor arbitrado a título de indenização por danos morais.

O recurso foi recebido em seus regulares efeitos (fls. 266).

Contrarrazões apresentadas às fls. 268/288.

É o relatório.

Trata-se de ação de reparação de danos morais, materiais e estéticos promovida contra a prefeitura de Guaimbê, em razão de falha em serviço de transporte de pessoas, qual seja, ambulância médica.

Foram produzidas provas documentais e testemunhais as quais tornaram incontroverso o fato de que o autor fora arremessado do veículo em movimento, uma ambulância pertencente a ré, enquanto estava sendo transportado do Hospital de Marília para a cidade de Guaimbê. Alega o autor culpa exclusiva da ré, eis que houve falha na prestação do serviço, devido à abertura da porta traseira com o veículo ainda em movimento e por o autor estar desacompanhado.

Por outro lado, aduz a municipalidade pela culpa exclusiva do autor, pois estava sóbrio quando do transporte e a porta traseira da ambulância pode ser

Acesso ao Sumário

aberta por dentro. Afirma, portanto, que o autor abriu a porta espontaneamente, dando causa ao acidente.

É cediço que a responsabilidade do transportador independe de prova de culpa, porquanto é objetiva, nos termos do ditado no art. 734, *caput*, do Código Civil: *O transportador responde pelos danos causados às pessoas transportadas e suas bagagens, salvo motivo de força maior, sendo nula qualquer causa excludente da responsabilidade*, e conforme o disciplinado pelo Código de Defesa do Consumidor que expõe:

> "*Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.*
>
> *§ 3° O fornecedor de serviços só não será responsabilizado quando provar:*
>
> *II - a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro*".

O que se extrai dos autos é que o autor sofreu ferimentos nos membros superiores e inferiores (fls. 50/53), devido à queda do veículo quando este estava em movimento. Além disso, a testemunha "Paulo Roberto Amorim", motorista da ambulância confirma os ferimentos sofridos pelo autor, que foi internado em UTI (fls. 200 *in fine*).

Com efeito, a ré não obteve êxito em comprovar a presença de um dos requisitos que excluíssem sua responsabilidade, como lhe competia, conforme disposto nos arts. 331, II, do Código de Processo Civil e 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor. Trouxe cópia dos autos de sindicância interna (fls. 108/176), a qual somente exime de culpa subjetiva o motorista da ambulância. Suas testemunhas não confirmaram a tese de que o autor abriu espontaneamente a porta da ambulância

Assim, impossível o afastamento da responsabilidade da requerida.

Já a condenação de indenização por danos morais deve ser mantida, porque os prejuízos suportados pelo autor extrapolam aqueles considerados como mero aborrecimento. O requerente foi internado em ala de UTI, devido a traumatismo intracraniano e hemorragias que sofreu, segundo o laudo médico de fls. 50. Cabe, porém, a sua minoração para R$ 20.000,00 (vinte mil reais).

A fixação do valor da indenização por danos morais deve cumprir, a um só tempo, dois critérios: o punitivo-pedagógico, dando oportunidade para que o infrator reveja, serenamente, a ocorrência e as consequências de sua conduta, readequando-a de forma a não mais agir de modo a provocar dano ao patrimônio moral alheio; e o compensatório, que, se não se presta a reparar, exatamente, o montante do dano ocasionado com a conduta inadequada, já que de impossível mensuração, sirva ao menos para aplacar a dor infligida ao espírito da vítima do

Acesso ao Sumário

ato danoso, compensando de alguma forma o prejuízo causado.

E, ainda, há de ser feita de forma a não se mostrar pífia e, por isso, desproporcional e incapaz de cumprir seu duplo papel, pedagógico e punitivo, mas também de modo a não se mostrar excessiva, proporcionando o enriquecimento sem causa da vítima em detrimento do patrimônio do ofensor.

Há que se ter em mente que a fixação do valor indenizatório deve ser feito *cum granum salis*, até para evitar o estímulo perverso à má-fé que pode animar o ajuizamento de demandas semelhantes, mas visivelmente infundadas.

Assim, deve ser reformada a r. sentença para minorar os danos morais em R$ 20.000,00 (vinte mil reais), mantendo-se o restante por seus próprios fundamentos.

Ante o exposto, **DOU PROVIMENTO EM PARTE** ao recurso, mantida a disciplina da sua sucumbência tal qual fixada em primeiro grau.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1002118-84.2014.8.26.0019, da Comarca de Americana, em que é apelante AVON COSMÉTICOS LTDA., é apelado ADIMA SILVA (JUSTIÇA GRATUITA).

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 15ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 3275)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores COELHO MENDES (Presidente sem voto), MENDES PEREIRA e JAIRO OLIVEIRA JUNIOR.

São Paulo, 18 de abril de 2016.

JOSÉ WAGNER DE OLIVEIRA MELATTO PEIXOTO, Relator

Ementa: RESPONSABILIDADE CIVIL - Ação declaratória de inexigibilidade de débito c.c. pedido de indenização por danos morais - Alegação de relação jurídica inexistente - Descumprimento da regra prevista no art. 333, II, do Código de Processo Civil - Inclusão de nome nos órgãos de proteção ao crédito - Ocorrência de danos morais - Dano *in re ipsa* - Inaplicabilidade da Súmula 385 do Superior Tribunal de Justiça - Falta de comprovação de inscrições

Acesso ao Sumário

anteriores ou posteriores àquelas realizadas pela apelante - Valor da indenização (R$ 8.000,00) fixada com razoabilidade - Apelo desprovido.

VOTO

Trata-se de recurso de apelação interposto contra a r. sentença de fls. 122/128, que julgou parcialmente procedente a ação declaratória de inexigibilidade de débito c.c. pedido de indenização por danos morais, para declarar a inexistência de débitos entre as partes e determinar o cancelamento definitivo da anotação negativa efetuada pela apelante contra o nome do apelado, bem como para condenar a apelante ao pagamento de indenização pelo dano moral sofrido pelo apelado, no valor de R$ 8.000,00, regularmente atualizado a partir do arbitramento e acrescido de juros moratórios a partir da citação. Em razão da sucumbência, a apelante foi condenada ao pagamento das custas e despesas processuais, além de honorários advocatícios, que foram arbitrados em 15% do valor da condenação.

A apelante alega, em síntese, que não agiu ilicitamente ao inscrever o nome do apelado nos órgãos de proteção ao crédito, tendo em vista que devidamente comprovada a relação jurídica com ele estabelecida, bem como o seu inadimplemento contratual. Aduz, também, que inexistiu o dano moral, posto que não demonstrados os requisitos da responsabilidade civil (conduta, nexo de causalidade e dano). Afirma, ainda, que, mesmo tendo ocorrido a inserção, deve ser aplicada a Súmula 385 do Superior Tribunal de Justiça, pois existente apontamento distinto daqueles discutidos nos autos. Pretende, assim, a reforma da r. sentença. Subsidiariamente, pede a redução do montante arbitrado (fls. 132/143).

O recurso é tempestivo e foi devidamente interposto, com o recolhimento do preparo recursal. Foram apresentadas as contrarrazões (fls. 149/156).

É o relatório.

Acesso ao Sumário

O apelado propôs a ação com o objetivo de ver declarados inexigíveis os débitos de fls. 26, bem como para receber indenização, pela ocorrência de danos morais, em razão da inscrição indevida de seu nome, pela apelante, nos órgãos de proteção ao crédito.

Na inicial, narrou que jamais teve qualquer relação jurídica com a apelante.

A ação foi julgada parcialmente procedente. Os débitos foram declarados inexigíveis e a apelante foi condenada ao pagamento de indenização no valor de R$ 8.000,00.

Em que pesem os argumentos contidos nas razões do apelo, a r. sentença não comporta reparo.

A apelante não trouxe aos autos qualquer fato modificativo, extintivo ou impeditivo das alegações do apelado, ônus que lhe cabia nos termos do art. 333, II, do Código de Processo Civil, sequer se preocupando em acostar à contestação, o momento processual próprio (CPC, artigos 396 e 297), ou no trâmite, documentos de seus arquivos relativos à relação jurídica contratual estabelecida com o apelado.

Como bem observado pela magistrada prolatora da sentença, bastaria à apelante ter trazido aos autos cópias dos documentos apresentados pelo apelado, bem como a aposição de sua assinatura na avença. No entanto, limitou-se a trazer informações constantes em seu sistema de dados, que nada comprovam acerca da contratação, posto que produzidas unilateralmente.

Portanto, a declaração de inexigibilidade dos débitos era medida de rigor.

Quanto aos danos morais, o mero apontamento do nome do apelado em cadastro de órgãos de proteção ao crédito, de forma indevida, é motivo suficiente para o reconhecimento do direito à indenização, sendo desnecessária a prova do prejuízo em concreto, posto que se trata de dano *in re ipsa*, decorrente da própria inscrição desabonadora.

Neste sentido:

"*AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITO C.C. INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL JULGADA PROCEDENTE - contrato de prestação de serviços de monitoramento de veículo - instalação do equipamento não realizada corretamente - necessidade de nova instalação - pagamento do boleto da taxa de instalação e das mensalidades - inclusão indevida do nome da apelada nos órgãos restritivos de crédito referente ao valor de duas taxas de instalação - hipótese de dano in re ipsa - valor da indenização - fixação em valor (R$ 10.000,00) adequado às circunstâncias do fato, proporcional ao dano e com observância ao caráter educativo-punitivo que deve compor a verba - indenização que, dadas as circunstâncias dos autos, foi fixada até moderadamente - recurso desprovido, com alteração de ofício do termo inicial de incidência dos juros de mora...*" (**TJ/SP - Apelação nº 0037129-10.2012.8.26.0005 - Rel. Des. Castro Figliolia - 15ª Câmara de Direito Privado - Julgada em 17 de abril de 2015**).

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é pacífica no sentido de que o dano moral decorre do próprio ato lesivo de inscrição indevida nos cadastros de restrição ao crédito, "*independentemente da prova objetiva do abalo à honra e à reputação sofrido pelo autor, que se permite, na hipótese, facilmente presumir, gerando direito ao ressarcimento*" (REsp. 110.091/MG, rel. Min. Aldir Passarinho Júnior, DJ. 28.08.00; REsp. 323.356/SC, Rel. Min. Antônio Pádua Ribeiro, DJ. 11.06.02). E mais, "*o dano moral decorre do*

Acesso ao Sumário

próprio ato lesivo de inscrição indevida nos cadastros de restrição ao crédito, independentemente da prova objetiva do abalo à honra e à reputação sofrida pelo autor, que se permite, na hipótese, facilmente presumir, gerando direito a ressarcimento" (REsp n.º 724304-PB - T4 - Rel. Min. Jorge Scartezzini - j. 28.6.05).

Também não há se falar em aplicação da Súmula 385 do Superior Tribunal de Justiça. As únicas inscrições nos órgãos de proteção ao crédito foram aquelas realizadas pela apelante, conforme se pode verificar às fls. 21/26. Não há comprovação de qualquer anotação realizada por pessoa diversa da apelante.

O valor arbitrado (R$ 8.000,00) resulta suficiente para a reparação do dano, bem como para evitar novas condutas lesivas por seu causador, e incapaz de causar enriquecimento ilícito para aquele que o recebe e, também, de causar grande impacto econômico-financeiro para aquele que tem o dever de indenizar.

Não há exorbitância. O arbitramento foi realizado dentro dos limites da razoabilidade. Esta Egrégia 15ª Câmara de Direito Privado tem fixado, em casos semelhantes, montante até superior ao da condenação.

> "*RESPONSABILIDADE CIVIL. AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITO, CUMULADA COM PEDIDO DE INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. CONTRATAÇÃO DE EMPRÉSTIMO E REALIZAÇÃO DE SAQUES NÃO RECONHECIDOS PELO TITULAR DE BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. SUPOSTA AÇÃO DE FRAUDADOR. APLICAÇÃO DA LEGISLAÇÃO CONSUMERISTA (SÚMULA 297 DO STJ. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DA INSTITUIÇÃO FINANCEIRA. APLICAÇÃO DA TEORIA DO RISCO DO NEGÓCIO. MATÉRIA PACIFICADA PELO JULGAMENTO DO RECURSO ESPECIAL Nº 1.199.782/PR, COM BASE NO ARTIGO 543-C DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. A INSTITUIÇÃO FINANCEIRA NÃO SE DESINCUMBIU DO ÔNUS DE DEMONSTRAR QUE AS TRANSAÇÕES FINANCEIRAS FORAM REALIZADAS PELO AUTOR (ART. 6º, VIII, DA LEI Nº 8.078/90). INEXIGIBILIDADE DO DÉBITO RECONHECIDA, COM DEVER DA INSTITUIÇÃO FINANCEIRA DE RESTITUIR OS VALORES INDEVIDAMENTE DEBITADOS DA CONTA CORRENTE DA CORRENTISTA. DANO MORAL CONFIGURADO. SENTENÇA REFORMADA. SUCUMBÊNCIA INVERTIDA. RECURSO PROVIDO - (...) A indenização, por sua vez, deve ser fixada de maneira equitativa e moderada, observando as peculiaridades de cada caso, para que não se tenha a dor como instrumento de captação de vantagem. Ela deve proporcionar ao ofendido uma compensação pelo dano sofrido e ao ofensor uma punição, para que a ofensa não se repita. Em casos como este, tem-se concedido indenização com observância aos princípios da proporcionalidade e razoabilidade. Com base nisso, fixo a indenização*

Acesso ao Sumário

por dano moral em R$ 15.000,00 (quinze mil reais), valor que atende aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, cumpre com os propósitos de reparação, punição e desestímulo à prática de novos atos ilícitos, sem gerar enriquecimento ilícito do autor" (TJ/SP - **Apelação nº 1008720-53.2014.8.26.0161 - Rel. Des. Coelho Mendes - 15ª Câmara de Direito Privado - Julgada em 29 de junho de 2015 - grifo nosso**).

Anoto ainda entendimento pacífico de que o órgão julgador não está obrigado a citar todos os artigos de lei ordinária, infraconstitucional, ou da Constituição Federal para fins de prequestionamento, no que se consideram automaticamente prequestionadas todas as disposições legais discutidas nos autos.

Na temática o Colendo Superior Tribunal de Justiça estabelece que: "***São numerosos os precedentes nesta Corte que tem por ocorrente o prequestionamento mesmo não constando do corpo do acórdão impugnado a referência ao número e à letra da norma legal, desde que a tese jurídica tenha sido debatida a apreciada***" (*Rec. Esp. 94.852, SP, Rel. Min. Fontes de Alencar, DJ 13.09.99, pg.1088*).

Diante do exposto, pelo meu voto, **nego provimento** ao apelo.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0004144-77.2015.8.26.0297, da Comarca de Jales, em que é apelante GOOGLE BRASIL INTERNET LTDA., é apelado DULCIMAR VILELA DE QUEIROZ.

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 n° 13.296)**

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

São Paulo, 25 de abril de 2016.

ROBERTO MAIA, Relator

Ementa: Ação de obrigação de fazer - Informações sobre processos criminais inseridos no *site* de buscas da *Internet* denominado "Google Search" - Pretensão de exclusão dos dados, em virtude da reabilitação

Acesso ao Sumário

criminal concedida - Possibilidade - Aplicação do instituto conhecido como "direito ao esquecimento" - Não configurado o interesse público em manter tais informações - Sentença mantida - Recurso não provido.

VOTO

RELATÓRIO:

Trata-se de apelação interposta por *Google Brasil Internet Ltda.* contra a r. sentença de fls. 13/136 que, em ação de obrigação de fazer proposta por *Dulcimar Vilala de Queiroz*, julgou parcialmente o pedido, para condenar a empresa ré a retirar do "Google Search" os resultados referentes às "URLs" descritas a fls. 80 e 81, confirmando a tutela antecipada. Condenou-a, ainda, na totalidade das verbas de sucumbência, por ter o autor decaído de parte mínima do pedido, fixando os honorários advocatícios em 20% sobre o valor da causa. As custas, com correção monetária desde o efetivo desembolso, e, os honorários, desde a citação.

Pretende a ré a reforma do julgado (fls. 141/155). Alega que a decisão está em desacordo com uníssona jurisprudência do C. Superior Tribunal de Justiça. Aduz: (A) impossibilidade jurídica de remoção de resultados dos provedores de pesquisa na Internet, uma vez que: a) o conteúdo indesejado é localizado em páginas públicas da *internet* - páginas do *site* JusBrasil, hospedadas por terceiros e não pela *Google*, que podem ser acessadas por qualquer pessoa, independentemente de sua indexação nos resultados do "Google Search", observando-se que a remoção de resultados da ferramenta de pesquisa não trará qualquer benefício prático ao autor; (b) a remoção pretendida ameaça o direito da coletividade à informação previsto no artigo 220 da Constituição Federal; (c) mesmo suprimidos os resultados de pesquisa do "Google Search", as páginas indesejadas continuarão acessíveis em outros *sites*, como Jus Brasil, Yahoo Search ou Bing Search; assim, os resultados de pesquisa do "Google Search" em nada influi na existência nas páginas na internet. Quem pretende remover determinado conteúdo da *web*, deve demandar diretamente contra o responsável pela criação do conteúdo e não contra o provedor de pesquisa; (B) inaplicabilidade do "direito ao esquecimento", pois devem prevalecer os direitos fundamentais constitucionais de liberdade de manifestação do pensamento, de inviolabilidade de consciência e de crença, de livre expressão da atividade intelectual, artística científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença e do acesso de toda a sociedade à informação (CF, art. 5º, IV, VI, IX e XIV), em detrimento do direito à intimidade (CF, art. 5º, X) invocado pelo autor; além disso, não se pode comparar este caso aos julgados pela Comunidade

Acesso ao Sumário

Europeia, porquanto, aqui, se pretende apagar informações públicas constantes da imprensa oficial dos Tribunais. Requer a improcedência do pedido, *para se reconhecer que os "provedores de pesquisa não podem ser obrigados a eliminar do seu sistema os resultados derivados da busca de determinado termo ou expressão, tampouco os resultados que apontem para uma foto ou texto específico, independentemente da indicação do URL da página onde estiver inserido"* (fls. 154).

Sem contrarrazões do autor (certidão a fls. 203).

FUNDAMENTAÇÃO:

De início, consigno que este recurso observará regras do Código de Processo Civil de 1973, aplicável à espécie em razão de ter sido ele interposto sob sua égide.

De fato, pelo princípio denominado *tempus regit actum*, incide a lei que vigia à época da publicação da decisão atacada, dando início ao ciclo recursal, pois as fases processuais complexas, cujos atos se produzem sucessiva e concatenadamente, regem-se pelo regime do tempo no qual foram constituídas. Quem recorreu certamente o fez considerando a lei da época e não pode agora ser surpreendido.

Portanto, em que pese o teor do artigo 1.046 do NCPC[1], sua interpretação deve se dar harmonicamente com o artigo 14 do mesmo diploma legal[2], que determina o respeito aos atos já (ou em andamento para serem) praticados e situações consolidadas (ou em vias de consolidação).

Prosseguindo, a r. sentença recorrida, lavrada pelo digno magistrado *Marcos Takaoka*, merece ser mantida.

Alega a apelante estar impossibilitada juridicamente de remover tais informações dos seus resultados de pesquisas na *Internet*.

Ocorre que tal afirmação não procede, vez que contrariada pela própria recorrente, ao revelar, a fls. 180, 182 e 183, que o conteúdo indesejado foi retirado (URLs válidas indicadas - vide fls. 172) em cumprimento à tutela antecipada.

Quanto ao fato de as páginas indesejadas continuarem acessíveis em outros *sites*, isto não diz respeito à apelante, facultando-se ao recorrido demandar posteriormente, caso queira, em face destes outros provedores, buscando a mesma providência aqui deduzida.

Igualmente não merece guarida a alegação de que a remoção pretendida ameaça o direito da coletividade à informação, previsto no artigo 220 da

Acesso ao Sumário

1 NCPC, art. 1.046. Ao entrar em vigor este Código, suas disposições se aplicarão desde logo aos processos pendentes, ficando revogada a Lei no 5.869, de 11 de janeiro de 1973.

2 NCPC, art. 14. A norma processual não retroagirá e será aplicável imediatamente aos processos em curso, respeitados os atos processuais praticados e as situações jurídicas consolidadas sob a vigência da norma revogada.

Constituição Federal.

Isso porque devem também ser sopesados e levados em consideração outros princípios de igual peso, como o da dignidade da pessoa humana, igualmente previsto na Lei Maior.

Quanto à sua resistência na concessão do direito ao esquecimento pleiteado pelo apelado, também sem razão a apelante.

Note-se que o direito fundamental do recorrido à inviolabilidade de sua intimidade e vida privada, disposto no inciso X do artigo 5º da Constituição Federal, deve prevalecer, *in casu*, quando confrontado com eventual direito à liberdade de informação daqueles que buscam dados do apelado por meio do "Google Search".

Isto porque o recorrido, que respondeu a processo penal no qual foi condenado, cumpriu a pena que lhe fora imposta, vindo a ter em seu favor a concessão de reabilitação criminal, concedendo-lhe o Judiciário, nos exatos termos da lei, uma nova oportunidade para viver honrada e anonimamente perante a sociedade. E nenhum outro cidadão pode ou deve lhe tolher tal direito.

Como consequência lógica, nada soa mais natural e instintivo ao apelado do que o desejo de preservar sua honra, dignidade, privacidade e intimidade, sem que o ilícito do passado, já pago com o cumprimento da sanção, venha a lhe trazer sequelas perpétuas e perenes.

Aliás, o enunciado 531 da VI Jornada de Direito Civil do CJF/STJ, assim dispõe: *A tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade da informação inclui o direito ao esquecimento.*

Assim, embora haja doutrinadores que critiquem a existência de um "direito ao esquecimento", pois constituiria um suposto atentado à liberdade de expressão e de imprensa, além de fazer desaparecer informações, com afronta ao direito de memória histórica da própria sociedade, reconhecem eles que deve ser perguntado, em cada caso, se há algum interesse público em manter a informação.

Acesso ao Sumário

A resposta, aqui, é negativa. A autoridade competente, ao conceder a reabilitação criminal, formalizou e oficializou referido direito individual ao apelado. Aqui, então, já não há qualquer interesse público a mitigar dita pretensão, mormente porque já decorridos quase dez anos da extinção da punibilidade (fls. 32/33).

Aliás, *in casu*, as informações do processo criminal extinto e objeto da reabilitação, tiveram a divulgação obstada em razão de liminar concedida no Agravo de Instrumento nº 2108414-39.2015.8.26.000, o que foi mantido pelo v. acórdão proferido em 29.7.2015.

Consoante lá bem fundamentou o digno Relator, no referido agravo de instrumento, *uma vez cumprida a pena pelo agravante, não é razoável que*

se admitam efeitos extrapenais extemporâneos da sentença condenatória em ordem a restringir o exercício de seus direitos fundamentais, dificultando o seu processo de reinserção social.

Estas informações, destaque-se, estão regradas na lei e só poderão ser regularmente obtidas em casos excepcionais previstos no próprio ordenamento.

Confira-se:

Código Penal, art. 93 - A reabilitação alcança quaisquer penas aplicadas em sentença definitiva, assegurando ao condenado o sigilo dos registros sobre o seu processo e condenação.

Parágrafo único - A reabilitação poderá, também, atingir os efeitos da condenação, previstos no art. 92 deste Código, vedada reintegração na situação anterior, nos casos dos incisos I e II do mesmo artigo.

Lei nº 7.210/1984 (LEP), art. 202 - Cumprida ou extinta a pena, não constarão da folha corrida, atestados ou certidões fornecidas por autoridade policial ou por auxiliares da Justiça, qualquer notícia ou referência à condenação, salvo para instruir processo pela prática de nova infração penal ou outros casos expressos em lei.

Enfim, embora não exista unanimidade, reconheça-se, também há jurisprudência do STJ firmada nesse sentido: REsp. 1334097/RJ e REsp 1.335.153-RJ, Rel. Min. Luís Felipe Salomão, 4ª T., j. 28.5.2013, DJE 10.9.2013.

À vista de tudo isso e, após analisar cuidadosa e individualmente cada um dos argumentos trazidos pela apelante em sede recursal, conclui-se que nenhum deles é robusto o suficiente para arranhar a solidez da r. sentença que, portanto, não está a merecer qualquer reparo.

As políticas institucionais da empresa apelante não podem se sobrepor, no território nacional, à lei e à Constituição Federal aqui em vigor. Isto mais se avulta quando se trata de direito fundamental do cidadão.

Por derradeiro, para efeito de prequestionamento, cumpre assinalar que nesta decisão inexistiu violação a qualquer dos dispositivos legais invocados em sede recursal, em especial dos artigos 1º, III, 5º, IV, VI, IX, X e XIV, e 220 da Constituição Federal.

DECISÃO:

Diante do exposto, voto pelo não provimento do recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1128443-55.2014.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante ELIZABETE

Acesso ao Sumário

CAROLINA ALVES DA SILVA (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado COMPANHIA PAULISTA DE TRENS METROPOLITANOS CPTM.

ACORDAM, em 19ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "DERAM PROVIMENTO AO RECURSO DA AUTORA, V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 30.943)**

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

São Paulo, 18 de abril de 2016.

RICARDO NEGRÃO, Presidente e Relator

Ementa: INDENIZATÓRIA - Dano moral - Transporte coletivo - Assédio sexual ocorrido no interior de composição do METRÔ - Culpa e responsabilidade objetiva do transportador - Inteligência do art. 734 do CC - Indenização - Valor fixado de R$ 7.000,00 - Sentença reformada - Recurso da autora provido.

Dispositivo: deram provimento ao recurso da autora.

VOTO

Recurso de apelação interposto pela Sra. Elizabete Carolina Alves da Silva, dirigido à r. decisão proferida pelo Dr. Rodrigo Ramos, MM. Juiz de Direito da E. 21ª Vara Cível da Capital (fl. 116-119), que julgou improcedente a denominada "ação de indenização por danos morais pelo rito sumário c.c tutela antecipada" proposta em face de Companhia Paulista de Trens Metropolitanos - CPTM (fl. 1-17).

Apela a autora, sustentando em apertada síntese, a reforma da r. sentença em razão do assédio sexual sofrido em composição de trem da requerida, por ausência de cumprimento do contrato de transporte e da responsabilidade objetiva do prestador de serviços inexistindo excludente de responsabilidade por fato de terceiro (fl. 123-136).

Preparo ausente ante o deferimento da gratuidade de justiça (fl. 31).

Contrarrazões em fl. 139-158.

Entre os documentos integrantes deste processo, destacam-se: pedido inicial (fl. 1-17), documentos juntados (fl. 18-30), sentença (fl. 31-32), certidão de intimação (fl. 35), contestação (fl. 40-69), documentos juntados (fl. 70-79), réplica (fl. 91-104), sentença (fl. 116-119), certidão de intimação (fl. 122), apelação (fl. 123-136), contrarrazões (fl. 139-158), termo de distribuição (fl.

Acesso ao Sumário

159).

Tempestividade anotada. A r. sentença foi disponibilizada no Diário de Justiça Eletrônica no dia 30 de abril de 2015 (fl. 121) e o recurso foi interposto no dia 13 de maio de 2015 (fl. 123) dentro do quindênio legal.

É o relatório do necessário.

I. DOS FUNDAMENTOS DA R. SENTENÇA

O decreto de improcedência apresenta os seguintes fundamentos (fl. 117-118):

[..]

A responsabilidade civil se extrai da existência de um ato ilícito, o resultado lesivo e o nexo de causalidade. A existência de culpa "lato sensu" do agente insere-se no ato ilícito, mas, na hipótese da responsabilidade ser objetiva, independe de sua prova.

No presente caso, a responsabilidade é subjetiva. O fato narrado na petição inicial que fundamenta a pretensão da autora não induz à responsabilidade de forma objetiva da ré, pois o assédio perpetrado por terceiro é fato que extrapola a obrigação do transportador no contrato de transporte, cuja prestação de serviços envolve o transporte do consumidor ao local preestabelecido.

Trata-se de ato ilícito praticado por usuário do serviço, de sua exclusiva responsabilidade, alheio à obrigação assumida pelo transportador no momento da celebração do contrato.

Não se constata, ademais, a culpa da ré no evento. A culpa exige a inobservância da cautela objetiva, ou seja, pressupõe que o agente devesse agir de uma determinada forma apta para evitar a ocorrência do fato. Contudo não se extrai, no caso em testilha, qual a cautela que a ré deveria observar, pois não há como exigir que esta mantivesse ostensiva vigilância sobre cada um de seus usuários, ou agentes de segurança em todas as composições.

Demais, mesmo se assim fosse, ainda não seria apta a ré a evitar a ocorrência de um fato análogo, pautado justamente em atos soturnos e dissimulados de usuários do serviço, até porque, não se pode imaginar que a ré tenha obrigação de manter um segurança ao lado de cada passageiro a fim de verificar o que eles estão fazendo com seu aparelho celular.

Ora, é notório que a ré mantém significativo contingente de seguranças em suas estações, assim, como rede interna de monitoramento televisivo; precauções, contudo, que, tal qual o aparelhamento estatal de combate à violência, vez ou outra, infelizmente, sucumbem ante o vultoso número de indivíduos que visam atender.

Acesso ao Sumário

Assim, não se constata que o fato narrado caracterize descumprimento ou mau cumprimento de contrato de transporte ou culpa da ré, por falha na administração ou outro comportamento desidioso, de modo que o pedido não merece acolhimento.

II. DAS PROVAS

A condição de passageira da autora encontra-se suficientemente demonstrada pelos elementos probatórios, em especial pelos documentos de fl. 27-29, que informam a data, local, hora e dinâmica dos fatos.

Por outro lado, a contestação não nega a qualidade de passageira, suscita exclusão de culpa exclusiva da vítima e por fato de terceiro equiparando-o ao caso fortuito (fl. 53-54), sugerindo, entretanto, que a autora contribuiu para o evento.

Respeitado o entendimento contrário adotado pelo ilustre Julgador, a r. sentença merece reforma.

Os fatos narrados na inicial encontram-se devidamente comprovados pelos documentos juntados. Houve a lavratura de termo circunstanciado do ocorrido corroborado pelo Boletim de Ocorrência perante autoridade policial, com a presença tanto da vítima quanto do acusado (fl. 27-29).

Consigne-se ainda, que os envolvidos nas circunstâncias foram encaminhados à delegacia de polícia por agentes de segurança da própria empresa requerida como se extrai do documento de fl. 77-79.

Outrossim, o relato do documento emitido pela própria CPTM (fl. 78), descreve que "o vigilante Cícero em TAT fez a abordagem e constatou a filmagem da usuária Elizabete Carolina Alves no celular de João Pereira da Silva Neto."

Estas circunstâncias, em si, permitem o reconhecimento da responsabilidade objetiva do transportador (CC, art. 734), hipótese em que se torna irrelevante eventual culpa de terceiro, na medida em que a vítima não está obrigada a comprovar a ação culposa da empresa contratada.

Evidente a caracterização da responsabilidade do transportador pelo inadimplemento do contrato de transporte, considerando-se, sobretudo, que cabia a ela a fiscalização eficaz no interior de seus vagões para evitar situações constrangedoras experimentadas por usuários do transporte coletivo de massa.

Situações como a descrita nesta inicial, tem se repetido, inclusive mais graves, sendo desnecessário tecer maiores comentários e detalhes sobre os fatos.

Presente, portanto, o nexo causal reclamado pela requerida, assim como a culpa, que somente a ela pode ser imputada.

Importante salientar que os fatos ocorreram no interior de uma composição e dentro de uma estação por ela administrada.

Mutatis mutandis, o teor da Súmula nº 187 do Colendo Supremo Tribunal

Acesso ao Sumário

Federal segundo a qual "A responsabilidade contratual do transportador, pelo acidente com o passageiro, não é ilidida por culpa de terceiro, contra o qual tem ação regressiva".

Por esse motivo, esse fato de terceiro, mesmo que admitido, não pode ser aqui considerado como suficiente a afastar a responsabilização da CPTM pelo assédio sexual sofrido pela autora, causando insegurança, desconforto e lesões de ordem moral.

Mostrou-se a requerida negligente nessas suas atribuições de organização e zelo, pelo que deve responder pelos danos daí emergentes.

Não é correto afirmar que a "não havia como a ferrovia-ré prever a ocorrência do evento, uma vez que não tem como saber o comportamento de cada usuário" (fl. 58, item 41) porque é notória a reiteração de ocorrências como a descrita na inicial e cabe ao transportador tomar providências eficazes para que tais fatos não se repitam (como por exemplo: vagões exclusivos, guardas femininas nos carros, inibição por câmeras estrategicamente colocadas e visíveis, destinação de mais assentos e/ou carros em horários de picos etc.).

A responsabilidade do transportador é de natureza objetiva e, portanto, desnecessária a demonstração de culpa da autora.

Neste sentido, confira-se:

AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 726.484 - RJ (2015/0138590-5)

RELATOR: MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE

AGRAVANTE: SUPERVIA - CONCESSIONÁRIA DE TRANSPORTE FERROVIÁRIO S/A

ADVOGADOS: EDUARDO DE SANSON

SILVIA HELENA NOGUEIRA CLAUSSEN

AGRAVADO: SORAIA BASTOS DE BRITO

ADVOGADO: EDILSON CANDIDO SILVA

AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS.

REVISÃO DO JULGADO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ. DANOS MORAIS

CONFIGURADOS. VALOR INDENIZATÓRIO. FIXAÇÃO. RAZOABILIDADE.

DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL NÃO DEMONSTRADA. AGRAVO IMPROVIDO.

DECISÃO

Trata-se de agravo interposto contra decisão que não admitiu o recurso especial apresentado por SUPERVIA Concessionária de Transporte

Acesso ao Sumário

Ferroviário S.A., com base nas alíneas a e c do permissivo constitucional, desafiando acórdão assim ementado (e-STJ, fl. 123):

AGRAVO INTERNO NA APELAÇÃO. Direito Processual Civil. Decisão monocrática do Relator. Negado seguimento ao apelo da ré. Permissivo legal. Situação recorrente nos Tribunais. Entendimento jurisprudencial. Inexistência de argumento novo capaz de alterar a decisão. Reedição da tese anterior. Hipótese ventilada dissociada da via impugnativa eleita. Mero inconformismo. Agravante vencido em ambas as instâncias. Pretensão recursal fadada ao insucesso, sem albergar a imposição de multa procrastinatória. NEGADO PROVIMENTO AO RECURSO.

Na origem, cuida-se de ação de indenização por danos morais proposta pela ora agravada em desfavor da SUPERVIA - Concessionária de Transporte Ferroviário S.A., a qual foi julgada parcialmente procedente pelo Juízo de primeiro grau, que condenou a parte ora recorrente ao pagamento de indenização por danos morais no valor de R$ 6.000,00 (seis mil reais) à autora, tendo o Tribunal de origem mantido tal entendimento.

Nas razões do apelo nobre, sustentou a parte agravante violação dos arts. 333, I, do Código de Processo Civil e 927 e 944 do Código Civil, assim como divergência jurisprudencial. Alegou, em síntese, que não praticou qualquer ato ilícito, devendo ser afastada sua condenação ao pagamento de indenização por danos morais no caso dos autos. Afirmou ainda que deve ser reduzido o valor indenizatório fixado pelas instâncias ordinárias.

Brevemente relatado, decido.

O recurso não merece prosperar.

Com efeito, verifica-se que o Tribunal de origem condenou a parte ora agravante por danos morais, deixando registrado o seguinte nas suas razões recursais:

De efeito, sendo o transporte ferroviário contrato de adesão, a vítima não está obrigada a provar a culpa do transportador pelo abalo sofrido, bastando comprovar a condição de passageira, o fato danoso, o dano e o nexo de causalidade entre este e aquele, a fim de caracterizar a responsabilidade pelo inadimplemento contratual.

Apesar disso, a condição de passageira da autora está comprovada, tanto pelo bilhete, quanto pelas fotografias que instruem a inicial, sendo que essas, aliás, ainda demonstram a presença de homens no vagão privativo de mulheres (pasta 09).

Por seu turno, a ré refuta a pretensão deduzida alegando cumprir os comandos da Lei nº 4.733/2006, assim como não ser obrigada por lei ou por contrato a controlar a entrada e a saída de pessoas das composições férreas. Aduz não dispor de serviço de vigilância nas plataformas

Acesso ao Sumário

e nos vagões femininos, tampouco ter poder de polícia para retirar coercitivamente os indivíduos do sexo oposto dos vagões exclusivos para mulheres.

A despeito de alegar a apelante não haver prova de que a autora estava no interior da composição de mulheres no horário especifico e de que sofreu assédio masculino, verifica-se que o bilhete indica o horário da viagem e as fotografias permitem ver que o vagão exclusivo para mulheres estava sendo utilizado por homens em flagrante infringência à Lei nº 4.733/2006. Igualmente, o aglomerado de pessoas naquele espaço específico indica que as fotografias foram capturadas no horário de maior movimento do transporte (pasta 09).

Como cediço, o contrato de transporte implica necessariamente no dever de assegurar a incolumidade do passageiro, cabendo ao prestador do serviço conduzir o passageiro são e salvo desde o embarque até o destino. Nessa obrigação de índole ampla e abstrata, inclui-se aquela específica definida na Lei Estadual n° 4.733/2006, uma vez que a execução da atividade que desempenha sob delegação deve ocorrer de forma segura consoante dispõem os artigos 54 e 55 do Decreto nº 1.832/961.

Desta forma, resta caracterizado que a ré não assegurou aos consumidores do sexo feminino a exclusividade de viajar nos vagões exclusivos tal como definida na norma estadual em referência, falhando com o dever de incolumidade física e mental da usuária do transporte, expondo-a à situação humilhante e constrangedora.

Além disso, não prosperam as teses eximentes da responsabilidade objetiva defendidas pela ré sob a alegação de por manter ostensiva sinalização nas portas e estações ferroviárias sobre a exclusividade do vagão feminino nos horários de pico, assim como de não deter poder de repressão capaz de evitar o ingresso ou forçar a saída, cumprindo a Lei nº 4.733/2006. Isso porque, para tornar efetiva a lei local, soa necessário, num primeiro momento, informar todos os usuários da existência de composição separada para homens e mulheres nos dias e horários pré-determinados. Além disso, é imprescindível que se faça vigilância regular nos locais de embarque do vagão privativo, concedendo passagem tão somente às mulheres. Frustradas as medidas preventivas, impõe-se a ação da ré para fazer com que o usuário do sexo masculino se retire do vagão exclusivo onde não lhe é permitido permanecer.

Evidentemente, o passageiro transgressor da norma, ao pagar pelo transporte, tem o direito de chegar a seu destino com conforto e segurança e, certamente, procura uma composição menos sobrecarregada nos horários de maior fluxo. Todavia, para exigir o direito que lhe é

Acesso ao Sumário

assegurado, deve fazer uso das composições não exclusivas. E se não o faz, cabe à ré retirá-lo do vagão com urbanidade e embarcá-lo em outro sem restrição, suprindo assim a deficiência de seu serviço.

Ora, a concessionaria de serviço de transporte férreo executa a atividade delegada através de seus agentes, sendo certo que lhe compete o dever de segurança e vigilância do local de embarque, transporte e desembarque dos passageiros, evitando transgressões e arruaças de modo geral, inclusive a proibição de acesso e permanência de homens no vagão privativo do sexo oposto nos horários limitados.

Pontue-se que a ré não logrou êxito em provar a ocorrência da excludente de responsabilidade alegada capaz de afastar o seu dever de indenizar. Portanto, evidente o dano moral por que resultou afronta à dignidade humana, expondo a autora ao assédio masculino, conduta contraposta à Lei Estadual nº 4.733/200 e ao Código de Defesa do Consumidor. Assim, repise- se, afigura-se irrefutável a responsabilidade da parte ré em razão da ausência do dever de cuidado com a passageira. Destarte, o comportamento da ré sugere reparação pecuniária mais pujante, porquanto revelado de forma cristalina o descumprimento do dever legal e contratual importando em violação do princípio da boa-fé objetiva e dos deveres anexos de cooperação e zelo para com o consumidor. (e-STJ, fls. 155-157).

Dessa maneira, depreende-se que a Corte estadual julgou a lide com base no substrato fático-probatório dos autos, cujo reexame é vedado em âmbito de recurso especial, ante o óbice do enunciado n. 7 da Súmula deste Tribunal.

No mais, observa-se que, 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 arbitrada em montante que desestimule o ofensor a repetir a falta, sem constituir enriquecimento indevido.

Com a apreciação reiterada de casos semelhantes, concluiu-se que a intervenção desta Corte ficaria limitada aos casos em que o valor fosse irrisório ou exagerado diante do quadro fático delimitado em primeiro e segundo graus de jurisdição.

Desse modo, não obstante os argumentos apresentados pela parte recorrente, não se vislumbra, em face da quantia afinal mantida pelo acórdão recorrido no valor de R$ 6.000,00 (seis mil reais), a título de danos morais, razão para provocar a intervenção deste Tribunal, em virtude do defeito na prestação de serviço oferecido pela parte ora

Acesso ao Sumário

agravante, diante do descumprimento de norma que assegura às mulheres usuárias do serviço a proibição de acesso e permanência de homens no vagão exclusivo, expondo a agravada a constrangimento e humilhação diante deste fato.

Ademais, não houve demonstração de dissídio jurisprudencial diante da falta do exigido cotejo analítico entre os julgados mencionados, bem como por ausência de similitude fática, de maneira que inviável o inconformismo apontado pela alínea c do permissivo constitucional.

Ante o exposto, nego provimento ao agravo em recurso especial. Publique-se.

Brasília (DF), 23 de junho de 2015.

MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE, Relator

(Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, 04/08/2015)

III. DO VALOR INDENIZATÓRIO

No que se refere ao valor indenizatório a questão deve ser analisada pelo prisma do caso concreto.

A avaliação não segue o padrão de simples cálculo matemático-econômico, mas deve ser fixado segundo critério justo a ser seguido pelo Juiz, sobretudo para não tornar a indenização muito elevada, reduzindo o ofensor em vítima do mesmo episódio.

Nesta esteira, formou-se entendimento remansoso que não apenas a dor, o constrangimento, o prejuízo subjetivo que se visa indenizar presta-se de norte do quantum. Também o caráter punitivo-preventivo da indenização deve ser prestigiado, evitando-se tanto o enriquecimento sem causa e prestígio da denominada "indústria do dano moral", como a sensação de impunidade daquele que age em desconformidade com os preceitos legais, sociais e morais.

Para o caso concreto, entende-se que o valor de R$ 7.000,00 seria adequado para indenizar o dano moral sofrido, que deverá ser atualizado pela Tabela Prática deste Tribunal de Justiça a partir do v. Acórdão, com incidência de juros de mora de 1% ao mês contados da citação.

Observa-se que o objetivo da reparação pelo dano moral não é o de mensurá-lo, pois de impossível verificação quando não guarda reflexos patrimoniais, mas antes de tudo deve representar um reconhecimento pela importância desse bem atingido pelo ato ilícito, proporcionando à vítima uma compensação pela sensação dos transtornos e da dor sofrida e uma eficácia de produzir no causador do mal um impacto tal que o desestimule de novo a igual proceder.

IV. DISPOSITIVO

Em razão do exposto, dão provimento ao recurso, para afastar o decreto

Acesso ao Sumário

de improcedência, julgando-se procedente o pedido inicial, condenando a ré CPTM a pagar indenização por dano moral no montante de R$ 7.000,00, atualizado pela Tabela Prática deste Tribunal de Justiça a partir do v. acórdão, com incidência de juros de mora de 1% contados da citação. Sucumbente a apelada, pagara as custas e despesas processuais e honorários advocatícios de R$ 1.200,00, arbitrados por equidade.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1024330-85.2015.8.26.0562, da Comarca de Santos, em que é apelante EDNA CARVALHO DE JESUS (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado TELECOMUNICAÇOES DE SAO PAULO 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 27445)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores MAURÍCIO PESSOA (Presidente) e CARLOS ABRÃO.

São Paulo, 2 de maio de 2016.

LÍGIA ARAÚJO BISOGNI, Relatora

Ementa: PRELIMINAR - Contrarrazões - Recurso de apelação - Regularidade formal do apelo - Interesse na reforma do julgado evidenciado - Preliminar rejeitada.

AÇÃO DE REPARAÇÃO POR DANOS MORAIS – Atuação de vândalos que implicou incêndio na Central de operações da ré - Indisponibilidade dos serviços de *internet* e telefonia - Ré, todavia, que enviou esforços na seara administrativa, como forma de solucionar o problema - Evidenciada culpa exclusiva de terceiro, nos termos do disposto no art. 12, parágrafo 3º, inciso III, do Código de Defesa do Consumidor - Dano que sequer restou demonstrado - Ausência de menção específica acerca de comprometimento concreto das atividades cotidianas da autora - Danos morais não configurados - Diversas demandas ajuizadas na

Acesso ao Sumário

comarca, com a mesma fundamentação, que sinalizam tentativa de enriquecimento sem causa - Sentença de improcedência mantida - Recurso não provido.

VOTO

Trata-se de ação de indenização por danos morais ajuizada por Edna Carvalho de Jesus contra Telecomunicações de São Paulo S.A. que, pela r. sentença (fls. 98/101), proferida pelo magistrado FREDERICO DOS SANTOS MESSIAS, cujo relatório se adota, foi julgada improcedente, carreando à autora a sucumbência de custas e despesas processuais, além de verba honorária fixada em R$ 1.000,00, observada a gratuidade de justiça e o disposto no art. 12 da Lei 1060/50.

Irresignada, apelou a autora sustentando que, considerando que o bairro onde reside possui frágil rede de telefonia móvel, ficou impossibilitada de utilização de serviços de *internet* e telefone fornecidos pela ré por 35 dias. Afirma que ficou sem poder realizar qualquer tipo de comunicação (por telefone fixo, celular ou *internet*) com familiares, amigos, emprego, médicos e serviços de emergência prestados pela polícia, bombeiros, defesa civil e SAMU. Evocando as disposições do Código de Defesa do Consumidor, considerando se tratar de serviços essenciais, alega que tais fatos trouxeram transtornos consideráveis e situações vexatórias ensejadoras de indenização por danos morais.

Recurso bem processado, acusando resposta (fls. 117/126), com preliminar de inépcia recursal, subiram os autos.

É o relatório.

De início, não prospera a preliminar suscitada pela apelada em suas contrarrazões (págs. 119/121).

Isso porque, dispõe o Código de Processo Civil, em seu art. 514, que a apelação, interposta por petição dirigida ao juiz, deverá conter os nomes e a qualificação das partes; os fundamentos de fato e de direito e o pedido de nova decisão.

Ora, vejo que o recurso de apelação interposto pela autora, embora não seja um primor de boa técnica, conforme inclusive observação a ser feita no final deste julgado, preenche os requisitos previstos na norma supracitada, uma vez que, da simples leitura das razões recursais, constata-se a relação lógica entre o que restou decidido e os argumentos sustentados, donde se conclui pela regularidade formal da apelação (págs. 108/114).

No mérito, restou incontroverso nos autos que, em 04.03.2014, o bairro onde a autora reside ficou privado dos serviços de telefonia fixa e de *internet* prestados pela ré, em razão de ato de vandalismo cometido na central de operações na região (incêndio na Central Nova Cintra). Tal evento fora inclusive

Acesso ao Sumário

noticiado nos meios de comunicação local (págs. 30/31).

A própria autora reconhece que a ré envidou esforços após 15 dias do ocorrido ao fornecer um chip de telefonia celular com crédito de R$ 100,00 e um modem 3G creditado com o mesmo valor, conforme, aliás, se comprova por meio de correspondência encaminhada à consumidora (págs. 24/28) e da NF-e n. 001758701 (pág. 29), não obstante a impossibilidade de se valer do serviço diante da alegada insuficiência da rede de dados.

Destarte, nesta hipótese restou assentado que a indenização por danos morais não é devida por caracterizar o fato culpa exclusiva de terceiro, nos termos do disposto no art. 12, parágrafo 3º, inciso III, do Código de Defesa do Consumidor, na medida em que a incumbência para preservação da central de operações contra a atuação de vandalismo competente ao Estado que, conforme Constituição Federal, tem o dever de zelar pela segurança de todos, visando a preservação da ordem pública e a incolumidade das pessoas e do patrimônio, não podendo atribuir tal conduta à ré.

Nesse sentido, bem observou o magistrado que "*a ré não possui meios de coibir a ação de vândalos, conduta que cabe à polícia, e foi tão vítima do incidente quanto a autora e os demais moradores da região afeta. Não houve, portanto, qualquer ato ilícito da ré a ensejar a sua responsabilização. Tampouco houve desídia na resolução do problema. Em vista da magnitude dos danos causados aos equipamentos da requerida, que demandaram abrangentes reparos, o período de indisponibilidade se mostrou razoável (...) não há nos autos quaisquer indícios de demora injustificada, inércia, cobrança indevida ou outros atos comissivos ou omissivos aptos a ensejar a reparação pretendida na inicial*".

Se isso não bastasse, os genéricos argumentos da autora a respeito de possíveis prejuízos não se prestam para autorizar o reconhecimento de danos morais, tendo em vista que não há sequer menção específica acerca de comprometimento concreto das atividades cotidianas da autora, com repercussão grave no dia-a-dia, gerando angústia, inviabilizando atividades profissionais ou gerando desgastante isolamento.

Acesso ao Sumário

Em circunstâncias semelhantes, o C. STJ tem entendido que seria possível indenização a esse título somente quando comprovada verdadeira ofensa a direito de personalidade, o que não restou demonstrada nos autos, conforme publicação transcrita a seguir: "*diante da amplitude e subjetividade em sua definição, o instituto vem sendo reiteradamente invocado em pedidos de indenização descabidos, quando o sofrimento alegado pelo autor da ação, no fundo, não representa mais do que um mero dissabor. Tais pedidos são formulados muitas vezes com o intuito de enriquecimento sem causa por parte daqueles que afirmam possuir direito à reparação de um dano que está limitado*

ao simples aborrecimento" (in *Dano moral: o esforço diário da Justiça para evitar a indústria das indenizações, publicado em 08.02.2015, disponível no sítio* (endereço eletrônico constante no texto original)).

Ademais, oportuna a lição do eminente Des. YUSSEF SAID CAHALI: "*há danos morais que se presumem, de modo que ao autor basta a alegação, ficando a cargo da outra parte a produção de provas em contrário; assim, os danos sofridos pelos pais em decorrência da perda dos filhos e vice-versa, por um cônjuge relativamente à perda do outro; também os danos sofridos pelo próprio ofendido, em certas circunstâncias especiais, reveladora da existência da dor para o comum dos homens. Há outros, porém, que devam ser provados, não bastando a mera alegação*" (Dano moral RT 2ª ed., pág. 703).

Mesmo porque, mero dissabor não enseja a reparação perseguida, sendo ilustrativa a lição do Des. SÉRGIO CAVALIERI FILHO, do TJRJ, na apelação n° 9.852/01, que "*... só se deve reputar como dano moral a dor, vexame, sofrimento ou humilhação que, fugindo à normalidade, interfira intensamente no comportamento psicológico do indivíduo, causando-lhe aflições, angústia e desequilíbrio em seu bem estar. Mero dissabor, aborrecimento, mágoa, irritação ou sensibilidade exacerbada estão fora da órbita do dano moral, porquanto, além de fazerem parte da normalidade do nosso dia-a-dia, no trabalho, no trânsito, entre os amigos e até no ambiente familiar, tais situações não são intensas e duradouras, a ponto de romper o equilíbrio psicológico do indivíduo. Se assim não se entender, acabaremos por banalizar o dano moral, ensejando ações judiciais em busca de indenizações pelos mais triviais aborrecimentos*".

Por fim, o Poder Judiciário tem evitado coibir ações que tenham o propósito de criar formas de enriquecimento sem causa, o que no caso em testilha, ganhou evidentes contornos na medida em que, consultando dados no sistema SAJ, observa-se a propositura de diversas demandas na mesma região (Comarca de Santos-SP), utilizando o patrono da autora quase os mesmos fundamentos reproduzidos nesta demanda, conforme se observa dos autos a seguir, todos eles ajuizados contra a empresa de Telecomunicações, ora ré: 1031612.77.2015.8.26.0562 (em grau de recurso julgado improcedente em primeira instância); 1006528-40.2016.8.26.0562;1006524-03.2016.8.26.0562; 006520-63.2016.8.26.0562; 1006457-38.2016.8.26.0562;1002213-66.2016.8.26.0562; 002204-07.2016.8.26.0562; 1024333-40.2015.8.26.0562 (autora Elizabeth de Jesus Pataro); 1031615-32.2015.8.26.0562.

Pelo exposto, nego provimento ao recurso.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1012826-95.2015.8.26.0008, da Comarca de São Paulo, em que é apelante IDA GOULART DE MORAES (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado ITAÚ UNIBANCO S/A.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 14ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento em parte ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 6456)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores MAURÍCIO PESSOA (Presidente), THIAGO DE SIQUEIRA e CARLOS ABRÃO.

São Paulo, 2 de maio de 2016.

MAURÍCIO PESSOA, Relator

Ementa: Ação declaratória de inexistência de débito c/c pedido de indenização por danos morais - Contrato bancário - Dívida declarada inexigível - Ostensiva cobrança extrajudicial em razão de envio de inúmeras cartas de cobrança - Hipótese em que as partes litigantes já travaram outra lide a respeito de fato semelhante ao reportado no presente processado - Ato ilícito evidenciado - Dano moral caracterizado - Valor arbitrado com apoio nos princípios da moderação e proporcionalidade - Repetição de indébito (CDC, art. 42) - Descabimento, por não haver pagamento - Sentença reformada em parte - Recurso parcialmente provido.

VOTO

Em "*ação declaratória de inexistência de débito c/c pedido de indenização por danos morais*" (cobrança de crédito bancário), a r. sentença (fls. 67/68), de relatório adotado, julgou parcialmente procedentes os pedidos para declarar a inexigibilidade do débito no valor de R$ 16.752,78 e considerou recíproca a sucumbência.

Recorreu a autora (fls. 70/78) requerendo a procedência dos pedidos de indenização por dano moral e de pagamento em dobro do valor cobrado abusivamente.

Recurso isento de preparo (Lei nº 1.060/50 - fls. 34) foi recebido em ambos os efeitos (fls. 200) e contrarrazoado (fls. 203/206).

Acesso ao Sumário

Não houve oposição à realização de julgamento virtual (fls. 108).

É o relatório.

Sumariada a controvérsia e à vista de todo o processado, o recurso prospera em parte, respeitada a convicção do D. Juízo de origem.

Narra a petição inicial que a apelante no ano de 2011 era titular de um cartão de crédito "Itaucard - Itaú Gold" e o apelado lhe imputou um débito, lançando-o nos órgãos de proteção ao crédito. Tal ato ensejou o ajuizamento de ação judicial no Juizado Especial Cível, onde fora reconhecida a inexigibilidade do débito e arbitrada indenização por dano moral no valor equivalente a 8 (oito) salários mínimos.

Diz que em 2015 a apelada lhe enviou várias cartas de cobranças e telefonemas registrando um débito de R$ 16.75278 referentes a outro contrato, com a observação de que se não fosse liquidado seria anotado nos órgãos de proteção ao crédito.

A prova documental carreada ao processado não deixa dúvida de que já houve uma lide entre as partes, ocasião em que a apelante foi vencedora.

Aqui, restou incontroverso que a dívida ora exigida pelo apelado não tem fundamento contratual, razão pela qual foi declarada inexigível, por sentença irrecorrível por ele.

Não há como sustentar - como quer o apelado - que "*A Apelante, ao ingressar com a ação judicial antes mesmo de procurar o Réu para solucionar o problema enfrentado e minimizar eventuais prejuízos por ela sofridos, fere o princípio da boa-fé objetiva e deixa claro seu interesse em apenas obter indenização por dano moral, em detrimento de solucionar eventual problema, o que não pode ser incentivado pelo Poder Judiciário.*" (fls. 102)

Ora, o apelado já possui um histórico de cobrança indevida contra a apelante. E, ao que parece, continua desidioso, quando não recalcitrante, ao imputar novo débito decorrente de outra relação contratual, também declarada inexistente.

E, com a intenção de satisfazer sua indevida pretensão, direcionou à apelante diversas cartas de cobrança (fls. 16/24), inclusive com proposta de desconto da dívida em 94%!

Os fatos revelados no processando transcendem o aceitável.

O agir do apelado é abusivo, constitutivo de ato ilícito, nos termos do artigo 186 do Código Civil, e gerador do dever de reparar o dano de natureza moral suportado pela apelante.

O dano resulta naturalmente do mundo fático, da ordem natural das coisas, do que soe acontece na realidade da vida.

Em casos tais, geralmente os danos são evidentes, presumidos e, ainda,

Acesso ao Sumário

aferíveis pelas regras de experiência ordinária (NCPC, art. 375), mesmo porque relacionados aos direitos da personalidade e destinados à garantia e à concretização da dignidade da pessoa humana.

O caso concreto traduz o dano moral puro, o que significa que ele se esgota na lesão à personalidade.

A prova do referido dano cinge-se ao próprio ato ilícito - que extrapolou o "limite do aceitável" -, pois o dano moral puro atinge, fundamentalmente, bens incorpóreos, a exemplo da imagem, da honra, da privacidade, da autoestima, tornando extremamente difícil a prova da efetiva lesão (*in re ipsa*).

Por tais razões, estando demonstrado o ato ilícito praticado pelo apelado, o pedido de reparação por dano moral é procedente.

O valor da indenização, equivalente a 20 (vinte) salários mínimos, sugerido pela apelante é desproporcional - ainda que se observe a inescusável reiteração do agir do apelado.

O valor que, aqui, melhor atende a finalidade, a natureza jurídica da indenização por dano moral e, ainda, atende os parâmetros que têm sido adotados por esta C. Câmara, é o de R$ 5.000,00, corrigidos monetariamente pelos índices de variação da Tabela Prática deste Tribunal a partir da data deste julgamento e será acrescido de juros moratórios de 1% ao mês desde a citação.

No que tange à repetição do indébito (CDC, art. 42), o reclamo da apelante não prospera.

A penalidade prevista no Código de Defesa do Consumidor somente é devida caso o consumidor seja cobrado e tenha efetuado o pagamento da quantia indevida.

Aqui, conforme se verifica de todo o processado, houve o envio de cartas de cobrança de dívida declarada inexistente. E, ademais, a apelante não efetuou qualquer pagamento a respeito desta dívida.

Sucumbente em maior extensão, o apelado responderá pelos pagamentos das custas, despesas do processo e honorários de advogado arbitrados em 20% sobre o valor da condenação.

Em face do exposto, meu voto **DÁ PARCIAL PROVIMENTO** ao recurso.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1005209-74.2014.8.26.0152, da Comarca de Cotia, em que são apelantes HENRIQUE SCHNEIDER DE MEDEIROS, ROSIGRAF SERVIÇOS GRÁFICOS LTDA.

EPP e PRESSEXPRESS DIGITAL LTDA. EPP, é apelado ITAÚ UNIBANCO 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 15407)**

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, 27 de abril de 2016.

SÉRGIO SHIMURA, Relator

Ementa: AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS - RESPONSABILIDADE CIVIL - SEQUESTRO "RELÂMPAGO" – Sequestro relâmpago de vítima correntista, que se iniciou na via pública, fora das dependências do estabelecimento bancário - Vítima, que foi obrigada a fornecer cartões e senhas aos sequestradores - Ausência de responsabilidade da instituição financeira - Fortuito externo - Inexistência de provas de que houve falha na prestação de serviços - Leitura da Súmula 479 do STJ - Sentença de improcedência mantida - RECURSO DESPROVIDO.

VOTO

Trata-se de ação proposta por HENRIQUE SCHNEIDER DE MEDEIROS, ROSIGRAF SERVIÇOS GRÁFICOS LTDA. EPP e PRESSEXPRESS DIGITAL LTDA. EPP contra ITAÚ UNIBANCO S.A., objetivando a indenização pelos danos materiais e morais causados em razão de sequestro relâmpago iniciado em via pública.

Sobreveio sentença de improcedência, cujo relatório se adota, sob o fundamento de que o réu não pode ser responsabilizado, pois o crime ocorreu em via pública, fora de seus estabelecimentos, não havendo responsabilidade do banco pela segurança pública. Pela sucumbência, os autores foram condenados ao pagamento de honorários advocatícios fixados em R$ 1.500,00 (fls. 95/100).

Inconformados, os autores vêm recorrer, sustentando, em síntese, que: houve falha na prestação do serviço bancário; não foi observado o limite para saques noturnos de R$ 300,00, sendo, pois, cabível o pedido indenizatório.

Acesso ao Sumário

Argumenta que deve ser invertido o ônus da prova, a cargo do banco apelado (fls. 104/114).

Recurso processado e respondido (fls.120/122). **É o relatório.**

Depreende-se dos autos que, em 20/05/2014, o coautor HENRIQUE SCHNEIDER, juntamente com sua namorada e sócia Agnes Rodrigues da Glória e o irmão desta (Luiz), estavam trabalhando na empresa coautora ROSIGRAF SERVIÇOS GRÁFICOS LTDA., localizada na Rua Vaticano, 199, Jardim Fontana, Cotia/SP.

Ao saírem da empresa, por volta das 20hs, foram abordados por dois indivíduos, que desceram de um veículo e, sob ameaça de arma de fogo, mandaram que entrassem no veículo do autor Henrique; que os sequestradores obrigaram os autores que entregassem os cartões e suas senhas, mantendo-os reféns no interior do veículo; que foram realizados vários saques na conta dos autores na conta do banco réu.

Relatam que o limite de saque noturno para o caso do coautor Henrique é de R$ 300,00, valor bem abaixo do que foi sacado pelos meliantes, e que as operações realizadas na pizzaria, ocorreram fora do padrão dos autores.

Então, propuseram a presente demanda visando à indenização pelos danos materiais aos autores HENRIQUE, no valor de R$ 3.200,00, ROSIGRAF no valor de R$ 3.862,70 e PRESSEXPRESS no valor R$ 4.452,32, bem como a reparação pelos danos morais causados.

Diante desse quadro, cumpre destacar que não se verifica qualquer indício de que houve defeito da prestação do serviço, uma vez que os danos invocados pelos autores decorrem de fato exclusivamente de terceiro, estranho às atividades do Banco réu e fora de suas dependências.

Os saques foram realizados com o uso de cartão e senha fornecidos pelo próprio autor, não havendo indicativos de que o banco tenha contribuído para a ocorrência do ilícito. Quer dizer, no caso em apreço, não se vislumbra qualquer conduta ilícita do apelado a ensejar a pretensão reparatória.

Acesso ao Sumário

Restou plenamente demonstrado que o autor foi abordado em via pública e que os terceiros, subjugando-o, realizaram os saques em caixas eletrônicos e compras com o cartão e senha, circunstância que refoge por completo ao controle e à atividade do banco réu.

Os autores insistem no argumento de que "*o Recorrido é quem detém o domínio e controle de todo sistema operacional, onde constam os dados dos Recorrentes, comprobatórios do limite contratado para saques noturnos. (...) Cumpre observar que o próprio Recorrido às fls. 129 - 4º parágrafo, afirma objetivamente que: o cliente poderia realizar saques até o valor máximo do limite contratado. Pois bem! Qual seria este limite contratado!?*" (fls. 132).

Entretanto, da defesa do Banco não é possível inferir as conclusões que

os autores pretendem emprestar, como se extrai de fls. 129: "*Outrossim, vale informar que o LIS, Limite Itaú para Saque, é uma linha de crédito, também conhecida com cheque especial, com renovação periódica associada à conta corrente, que pode ser utilizada em situações imprevistas, assim como para cobrir despesas do dia-a-dia. Ou seja, no caso em questão, além do saldo disponível em conta, o cliente poderia realizar saques até o valor máximo do limite contratado, pagando os juros sobre o crédito que utilizar.*" (g/n).

Nota-se, pois, que banco apelado apenas esclareceu sobre o *limite de crédito*, denominado "cheque especial" ou LIS, sem qualquer relação com o suposto *limite de saques noturnos*.

Logo, diante do acervo probatório, não há qualquer indicativo de que havia um limite de saques noturnos no importe de R$ 300,00.

Assim, fugindo o episódio da relação de causalidade entre os serviços bancários e o fato danoso, impõe- se reconhecer a ausência de responsabilidade do banco apelado.

Segundo lição de SILVIO RODRIGUES: "Para que se possa impor a alguém a obrigação de indenizar o prejuízo experimentado por outrem é mister que haja uma relação de causalidade entre o ato culposo praticado pelo agente e o prejuízo sofrido pela vítima" ("Direito Civil", vol. 4, p. 177).

Assim vem decidindo o STJ: "AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. DECISÃO MANTIDA PELOS SEUS PRÓPRIOS FUNDAMENTOS. AÇÃO INDENIZATÓRIA. SEQUESTRO RELÂMPAGO SOFRIDO FORA DA AGÊNCIA BANCÁRIA. ATO EXCLUSIVO DE TERCEIROS. EVENTO DANOSO. RESPONSABILIDADE CIVIL NÃO CONFIGURADA. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N° 7/STJ. AUSÊNCIA DE ARGUMENTOS CAPAZES DE DERRUIR A DECISÃO AGRAVADA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO" (AgRg no AREsp 103533/RJ, AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL 2012/0006081-5, Rel. Min. PAULO DE TARSO SANSEVERINO, TERCEIRA TURMA, j. 08/10/2013, DJe 14/10/2013).

Em consonância com este entendimento, restou decidido na Reclamação nº 019357 que "a ocorrência do evento danoso, sequestro relâmpago de cliente, em via pública, não é fato relacionado com os riscos inerentes à atividade explorada pelas instituições financeiras. Assim, não se trata de fortuito interno, mas de fortuito externo, posto que as instituições financeiras não tinham o dever legal de impedir ou dificultar a ocorrência do evento em via pública, já que compete ao estado oferecer a adequada segurança aos cidadãos" (g/n) (Rcl 019357, Rel. Min. RAUL ARAÚJO, publicada em 07/08/2014).

No mesmo sentido, já decidiu esta Colenda 23ª Câmara de Direito Privado: "RESPONSABILIDADE CIVIL - BANCO - AGRAVO RETIDO

Acesso ao Sumário

- ARGUIÇÃO DE ILEGITIMIDADE DE PARTE - MATÉRIA QUE SE CONFUNDE COM O MÉRITO DA DEMANDA DEFEITO DO SERVIÇO - INEXISTÊNCIA - CORRENTISTA VÍTIMA DE SEQUESTRO RELÂMPAGO QUE SE INICIOU NA VIA PÚBLICA E QUE É ACOMPANHADA POR MARGINAL SUPOSTAMENTE ARMADO - SAQUE NO CAIXA DA AGÊNCIA BANCÁRIA - AUSÊNCIA DE RESPONSABILIDADE DO BANCO SENTENÇA REFORMADA - RECURSO PROVIDO" (Apelação nº 9113135-66.2002.8.26.0000, Rel. Des. Paulo Roberto de Santana, j. 05/10/2011).

E ainda: "Ação de indenização - Vítima de sequestro-relâmpago forçada a efetuar saque na instituição bancária - Sequestro que se iniciou em via pública - Culpa exclusiva de terceiro - Impossibilidade de se responsabilizar a instituição financeira - Não demonstração de fatos que pudessem levar à responsabilização do banco - Recurso Improvido." (20ª Câmara de Direito Privado, Apelação nº 9175479-10.2007.8.26.0000, Rel. Des. Miguel Petroni Neto, j. 14.3.2011).

Desse modo, a atuação dos sequestradores configura fortuito externo, o que afasta a responsabilidade da instituição financeira, consoante leitura que se extrai da súmula 479 do STJ ("As instituições financeiras respondem objetivamente pelos danos gerados por fortuito interno relativo a fraudes e delitos praticados por terceiros no âmbito de operações bancárias").

Em conclusão, os apelantes não trouxeram qualquer alegação capaz de infirmar a r. sentença, devendo ser mantida por seus próprios fundamentos.

Do exposto, pelo meu voto, **nego provimento** ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1077277-18.2013.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante BANCO DO BRASIL S/A, são apelados IVETTE BOSI PICCHIOTTI e MARTA BOSI PICCHIOTTI.

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 21340)**

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

São Paulo, 12 de maio de 2016.

MARINO NETO, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: AÇÃO DE REPETIÇÃO DE INDÉBITO C/C INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS - SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA - APELAÇÃO DO RÉU - Realização de resgates de aplicação e saques não reconhecidos pelas clientes - Cabe ao banco a prova da regularidade das transações - Inteligência do art. 6º, VIII, do CDC - Precedente do STJ - Dano moral indenizável - Valor fixado em consonância com os princípios da razoabilidade e proporcionalidade - Sentença mantida. Recurso não provido.

VOTO

Trata-se de apelação de sentença (fls. 100/103) que julgou procedente a "ação ordinária com pedido de tutela antecipada", ajuizada por **Ivette Bosi Picchiotti** e **Marta Bosi Picchiotti** em face de **Banco do Brasil S/A**, para condenar o réu a restituir o valor debitado indevidamente da conta das autoras, qual seja, trinta e quatro mil, cento e vinte e nove reais e setenta centavos (R$ 34.129,70), corrigidos pela Tabela Prática do Tribunal de Justiça desde 10/10/2013, bem como eventuais juros, IOF e taxas deles decorrentes, e ao pagamento de indenização por danos morais no valor de seis mil reais (R$ 6.000,00), corrigidos pela mesma Tabela Prática desde a data da sentença. Sobre os valores devidos incidirão juros de mora de 1% ao mês, desde a citação.

Em razão da sucumbência, o réu foi condenado ao pagamento das custas e despesas processuais, bem como com os honorários advocatícios fixados em 10% sobre o valor da condenação, nos termos do artigo 20, § 3°, do Código de Processo Civil.

O réu apela sustentando que agiu com a máxima diligência em suas operações e não foi uma falha na prestação do serviço que ocasionou os alegados danos, mas sim a ação especializada de terceiro estelionatário, o que exclui a sua responsabilidade e enseja a improcedência da ação. Se esse não for o entendimento, requer a redução do valor da indenização.

O recurso foi respondido.

A apelada Ivette faz jus à **prioridade de julgamento**, nos termos do artigo 71 da Lei n° 10.741/2003 (Estatuto do Idoso).

É o relatório.

Conta da petição inicial que as autoras são correntistas do banco réu desde 2012, e movimentam a conta conjunta apenas uma vez por mês, para realizar o pagamento das parcelas de imóvel que adquiriram. Ao receberem o extrato do mês de julho de 2013, as autoras verificaram que além do habitual resgate de aplicação de R$ 14.500,00, outras operações haviam sido realizadas (resgates e

Acesso ao Sumário

saques), totalizando R$ 30.000,00, além do débito de R$ 114,66 a título de "IR". Posteriormente, as autoras constataram que foram feitos mais dois saques no valor de R$ 2.000,00 cada um. O réu restituiu o valor de R$ 34.000,00, porém, um tempo depois, as autoras receberam uma correspondência informando que a apuração interna não constatou falha do banco, motivo por que o valor foi debitado novamente da conta.

Como as autoras não reconhecem as transações realizadas requerem a devolução do dinheiro e o pagamento de indenização por danos morais.

Em contestação, o banco reiterou a validade dos procedimentos tomados, e afirmou que não existem provas do alegado. Além disso, sustentou que a culpa é exclusiva das autoras, que não tomaram as medidas de segurança necessárias.

Ausentes elementos probatórios, por parte do banco, que demonstrassem como se deram as operações, a presunção é de que as transações decorreram de falha na prestação de serviços, devendo o banco responder objetivamente pelos danos causados ao cliente, nos termos do artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor.

Veja-se, a respeito, a seguinte decisão do C. Superior Tribunal de Justiça:

"CONSUMIDOR. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE REPARAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E DE COMPENSAÇÃO POR DANOS MORAIS. OCORRÊNCIA DE SAQUES INDEVIDOS DE NUMERÁRIO DEPOSITADO EM CONTA POUPANÇA. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. ART. 6º, VIII, DO CDC. POSSIBILIDADE. HIPOSSUFICIÊNCIA TÉCNICA RECONHECIDA. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO FORNECEDOR DE SERVIÇOS. ART. 14 DO CDC.

1. Trata-se de debate referente ao ônus de provar a autoria de saque em conta bancária, efetuado mediante cartão magnético, quando o correntista, apesar de deter a guarda do cartão, nega a autoria dos saques.

2. O art. 6º, VIII, do CDC, com vistas a garantir o pleno exercício do direito de defesa do consumidor, estabelece que a inversão do ônus da prova será deferida quando a alegação por ele apresentada seja verossímil ou quando for constatada a sua hipossuficiência.

3. Reconhecida a hipossuficiência técnica do consumidor, em ação que versa sobre a realização de saques não autorizados em contas bancárias, mostra-se imperiosa a inversão do ônus probatório.

4. Considerando a possibilidade de violação do sistema eletrônico e tratando-se de sistema próprio das instituições financeiras, a retirada de numerário da conta bancária do cliente, não reconhecida por esse, acarreta o reconhecimento da responsabilidade objetiva do fornecedor do serviço, somente passível de ser ilidida nas hipóteses do § 3º do art. 14 do CDC.

Acesso ao Sumário

5. Recurso especial não provido." (REsp 1155770/PB, Relatora Min. NANCY ANDRIGHI, 3ª Turma, j. em 15/12/2011)

Vale destacar que, nestes casos, é perfeitamente cabível a condenação do banco réu ao pagamento de indenização por dano moral, pois presentes todos os pressupostos, quais sejam, o ato ilícito culposo do réu, o dano moral e o nexo causal entre ambos.

Não há dúvidas de que a realização de saques indevidos gera em qualquer pessoa tormentos e abalos motivadores de indenização.

Assim também restou decidido por esta Colenda 11ª Câmara de Direito Privado, em caso semelhante ao dos autos, conforme decisão proferida na Apelação nº 0014830- 98.2011.8.26.0223, Rel. Gilberto dos Santos, J. 21.02.2013, *in verbis*:

"CONTRATO BANCÁRIO. Conta corrente. Saques e empréstimos fraudulentos. Responsabilidade objetiva reconhecida. Danos morais. Ocorrência em face da angústia gerada com a subtração dos recursos. Valor que deve ser fixado com razoabilidade. Honorários advocatícios. Redução. Possibilidade. Recurso parcialmente provido."

Cumpre dizer que o *quantum* indenizatório fixado mostra-se equilibrado e adequado à situação narrada nos autos, estando, pois, em consonância com os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, e cumprindo os propósitos de reparação, punição e desestímulo à prática de novos atos ilícitos, motivo por que deve ser mantido.

Posto isso, nega-se provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1040080-95.2014.8.26.0002, da Comarca de São Paulo, em que é apelante TAM - LINHAS AÉREAS S/A, é apelada CHRISTINA HELENA DE BARROS FANTINI.

ACORDAM, em 22ª 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 38.430)**

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

São Paulo, 5 de maio de 2016.

MATHEUS FONTES, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: INDENIZAÇÃO - VOO INTERNACIONAL - CANCELAMENTO E REALOCAÇÃO PARA O DIA SEGUINTE - NECESSIDADE DE MANUTENÇÃO NÃO PROGRAMADA DE AERONAVE - FATO QUE NÃO CONFIGURA FORTUITO - DANO MORAL - VALOR ADEQUADO E RAZOÁVEL - DANO MATERIAL NÃO DEMONSTRADO - CANCELAMENTO DA MULTA TARIFADA PREVISTA NO ART. 22 DA CONVENÇÃO DE VARSÓVIA - PRECEDENTE DO STJ - SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA - APELAÇÃO PARCIALMENTE PROVIDA.

VOTO

Ação de indenização por dano material e moral em voo internacional foi julgada procedente em parte pela sentença, que condenou a companhia aérea na multa tarifada do art. 22 da Convenção de Varsóvia e em R$ 4.000,00 por danos morais, corrigidos e com juros legais de mora, além de custas, despesas e verba honorária de 10% do total.

Apelou a ré. Justifica o atraso no voo por readequação da malha aérea, que não podia deixar de atender e que configura fortuito. Não há dano material sem prova de prejuízo. Não se configurou dano moral ou seu montante há de ser reduzido.

Recurso tempestivo, preparado, sem resposta.

É o Relatório.

Incontroverso o atraso de vinte e duas horas no voo de volta entre Paris e Guarulhos, operado pela ré e que foi cancelado, saindo na noite do dia seguinte, após o pernoite em hotel próximo, custeado pela transportadora.

Manutenção não programada, assim como defeito na aeronave não se consideram fortuito, por estarem ligados à coisa, cuja manutenção compete à companhia aérea(cf. Carlos Roberto Gonçalves, Responsabilidade Civil, p. 737, Saraiva, ed. 2002). Foi o que se alegou na defesa. Vir em apelação falar de readequação da malha aérea pela autoridade pública, como justificativa para o cancelamento do voo, é inovar em razões recursais, o que não se admite, como cediço.

Acesso ao Sumário

A situação descrita na inicial é compatível com a configuração de dano moral, permitindo aferir-lhe a existência até por norma de experiência (CPC, art. 335), ante o desconforto, aflição, além dos transtornos suportados pelo passageiro (RE nº 172.720-9/RJ, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ 21.02.97; Resp 612.817/MA, Rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa, DJ 08.10.07; AgRg no Ag

442.487/RJ, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, DJ 09.10.06; AgRg no Resp 745.812/MT, Rel. Min. Sidnei Beneti, Dje 23.10.08; AgRg no Ag 1.058.742/SP, Rel. Min. Massami Uyeda, Dje 15.10.08; Resp 786.609/DF, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, DJ 28.10.08; Resp 686.384/RS, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, DJ 30.05.2005).

Não há reparo a fazer ao montante arbitrado - R$ 4.000,00 -, que se mostra até bem razoável, considerado o tempo de atraso, não sendo abusivo ou suscetível de ensejar enriquecimento sem causa (AgRg no Ag nº 1.380.215/SP, Rel. Min. Raul Araújo, Dje 10.05.2012; AgRg no Resp nº 79.684/PR, Rel. Min. Massami Uyeda, Dje 27.04.2012; AgRg no Ag nº 1.389.642/RJ, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, Dje 20.09.2011; AgRg no AREsp nº 17.066/RJ, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, Dje 09.10.2012; AgRg no AREsp nº 83.338/RJ, Rel. Min. Antonio Carlos Ferreira, Dje 04.10.2012; AgRg no AREsp nº 123.975/RS, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, Dje 25.06.2012).

Mas a Convenção de Varsóvia em nenhum momento presume existência de danos materiais ou estabelece qualquer penalidade por atraso de voo, declarando responsabilidade do transportador e limitando a eventual indenização por danos patrimoniais. Assim, estipulados danos morais, e ausente a comprovação de efetivos danos materiais, descabe a condenação da empresa aérea em indenização tarifada com base no art. 22 da Convenção de Varsóvia (Resp nº 575.486/RJ, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, DJ 21.06.2004), que afasto.

Recíproca a sucumbência, cada parte suporta honorários de seu advogado, repartindo-se custas e despesas com fulcro no art. 21, *caput*, do CPC/73, vigente à época da sentença.

Pelo exposto, dou provimento em parte ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1006267-50.2014.8.26.0011, da Comarca de São Paulo, em que são apelantes ANA CRISTINA APARECIDA MORAIS (JUSTIÇA GRATUITA) e GUSTAVO FERREIRA CHAGAS (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado BANCO CIFRA S/A.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 13ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U." de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 21663)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ANA DE

Acesso ao Sumário

LOURDES COUTINHO SILVA DA FONSECA (Presidente), HERALDO DE OLIVEIRA e FRANCISCO GIAQUINTO.

São Paulo, 16 de maio de 2016.

ANA DE LOURDES COUTINHO SILVA DA FONSECA, Relatora

Ementa: DANO MORAL - FIXAÇÃO - Pretensão de majorar o valor da indenização, fixada em R$ 10.000,00 - Descabimento - Hipótese em que o valor fixado a título de indenização se mostra adequado, estando em consonância com o patamar adotado por esta Colenda 13ª Câmara em vários outros casos análogos já julgados, não comportando a reclamada majoração - RECURSO DESPROVIDO.

DANO MATERIAL - Pretensão de que o réu seja condenado a ressarcir o valor do dano material causado - Descabimento - Hipótese em que não há nexo causal entre a manutenção indevida do nome do autor nos cadastros de inadimplentes com o fato por ele alegado - RECURSO DESPROVIDO.

VOTO

Irresignados com o teor da respeitável sentença proferida às fls. 388-390, que julgou parcialmente procedente demanda, apelam os autores.

Sustentam, em apertada síntese, que o valor arbitrado a título de compensação por dano moral comporta majoração e que a coautora deve ser também indenizada.

Alegam, ainda, que fazem jus ao dano material postulado.

Recurso bem processado, com resposta.

É o relatório.

O recurso não comporta provimento.

Com efeito, em relação à coautora Ana Cristina Aparecida Morais, correta a r. sentença, pois seu nome não foi inscrito, tampouco mantido irregularmente nos cadastros de inadimplentes.

Quanto ao valor, nada há para ser alterado.

Em relação à reparação pecuniária, vale lembrar seu "*(...) duplo caráter: compensatório para a vítima e punitivo para o ofensor. O caráter punitivo é puramente reflexo, ou indireto: o causador do dano sofrerá um desfalque patrimonial que poderá desestimular a reiteração da conduta lesiva. Mas a finalidade precípua da indenização não é punir o responsável, mas recompor*

o patrimônio do lesado, no caso de dano material, e servir de compensação, na hipótese de dano moral" (**Carlos Roberto Gonçalves**, "*Responsabilidade Civil*", 9ª ed., São Paulo, Ed. Saraiva, 2005, p.591).

Embora a lei não traga parâmetros que possam ser utilizados na fixação do *quantum* indenizatório, o seu valor deve ser fixado em termos razoáveis para que não se constitua em enriquecimento indevido da vítima e ao mesmo tempo possa dissuadir o réu da pratica de atos iguais.

Não se olvide de que "*o dimensionamento do dano moral e da consequente indenização deve ser feito caso a caso, à luz das respectivas circunstâncias. Tais circunstâncias devem ser confrontadas com parâmetros sedimentados pela jurisprudência em torno da matéria, para que desse confronto resulte um número que reflita a exata quantidade de dinheiro necessária a indenizar o prejuízo em questão. Os parâmetros de que se fala são os seguintes: '(a) a situação pessoal do ofendido; (b) o porte econômico do ofensor; (c) o grau da culpa; (d) a gravidade e a repercussão da lesão*'" (cf. **Luís Guilherme Aidar Bondioli**, "A jurisprudência em torno do dano moral na relação de consumo", *in* "Aspectos processuais do Código de Defesa do Consumidor", RT, 2008, vol. 1, p. 190).

Na hipótese em análise, verifica-se que o valor, fixado em R$ 10.000,00 (dez mil reais) pela r. sentença, não se mostra insuficiente, estando em conformidade com o patamar adotado por esta Colenda 13ª Câmara de Direito Privado em vários outros casos análogos já julgados, não comportando majoração alguma.

Quanto à indenização pelo dano material, ainda correta a r. sentença ao concluir que não há nexo causal entre a manutenção indevida do nome do autor nos cadastros de inadimplentes com o fato por ele alegado.

Como bem ressaltou o d. juiz singular, "*não existe certeza entre referido dano e o ato ilícito praticado pelo Réu. Isto porque, o documento de fls. 174 comprova que os autores também ficaram inadimplentes no pagamento das parcelas do contrato de compromisso de compra e venda do imóvel. Além disso, o documento de fls. 166 evidencia que posteriormente os autores tiveram a aprovação do financiamento, mas não concluíram o contrato. Por fim, verifica-se que os autores não observaram que aquela parcela do financiamento no valor de R$ 134.122,12 sofreria correção monetária até a data do vencimento e do pagamento, fato que não pode ser atribuído ao Réu. Em sendo assim, não procede essa parte do pedido*" (fls. 389-390).

Diante do exposto, **nega-se provimento ao recurso**.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1021230-45.2014.8.26.0114, da Comarca de Campinas, em que é apelante MICROCAMP ESCOLA DE EDUCAÇÃO PROFISSIONAL E COMÉRCIO DE LIVROS S/S LTDA, é apelado ELTON LUIZ PAVANI DE MELO.

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 24868)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores ENIO ZULIANI (Presidente sem voto), FRANCISCO LOUREIRO e HAMID BDINE.

São Paulo, 17 de maio de 2016.

TEIXEIRA LEITE, Relator

Ementa: FRANQUIA. Ação de rescisão com pedido de indenização. Preliminares afastadas. Configurada culpa da franqueadora no insucesso da unidade franqueada. Práticas comerciais abusivas e fornecimento de material didático com erros. Composição das perdas e danos e declaração de inexigibilidade das notas promissórias fornecidos pelo franqueado à franqueadora. Indenização por dano moral afastada, pois a frustração de um negócio não tem o condão de afetar a honra ou dignidade de qualquer das partes. Sucumbência recíproca mantida. Recurso parcialmente provido.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de apelação tirada da r. sentença de fls. 194/206, que julgou procedente a ação de rito ordinário ajuizada por ELTON LUIZ PAVANI DE MELO contra MICROCAMP ESCOLA DE EDUCAÇÃO PROFISSIONAL E COMÉRCIO DE LIVROS S/C LTDA., rescindindo o contrato de franquia entabulado entre as partes e reconhecendo a inexigibilidade das notas promissórias fornecidas à ré, condenando esta ao pagamento de danos materiais, multa rescisória no importe de R$50.000,00 e indenização por danos morais no importe de R$78.800,00.

Inconformada, apelou a ré, aduzindo, em suas razões (fls. 207/221), preliminarmente, ilegitimidade ativa do apelado, pois ele é sócio da pessoa

jurídica franqueada, e falta de interesse de agir e cerceamento de defesa, já que o apelado não detalhou e comprovou os supostos danos materiais que postula, formulando pedido genérico, o que o teria impedido de impugnar a inicial de forma pontual. No mérito, afirma que respeitou todas as cláusulas do contrato, não havendo motivo para se falar em devolução de valores. E, também, que não se trata de contrato de adesão ou que possua cláusulas abusivas, já que passou pelo crivo da ABF - Associação Brasileira de *Franchising*. Refuta, também, a alegação de venda casada, pois não há condicionamento de aquisição de livros para cursar os cursos oferecidos. Aduz, ainda, que deu toda a assessoria ao apelado, realizando treinamentos e visitas técnicas ao seu estabelecimento, bem como reuniões periódicas com os franqueadores, às quais o apelado não compareceu por inúmeras vezes. Além disso, o franqueado deixou de pagar os *royalties* devidos, sendo que sua dívida supera R$200.000,00. Pede a reforma da sentença para que seja afastado seu decreto de descumprimento contratual. Por fim, postula pela não ocorrência dos danos morais. Subsidiariamente, requer a redução do *quantum* indenizatório.

Contrarrazões às fls. 225/245.

É o relatório.

Primeiramente, afasto a preliminar de ilegitimidade ativa do apelado, isso, pois, como já ressaltado pela r. sentença, ele é detentor de 99% do capital social da empresa franqueada (fls. 41/43).

Também está o presente o interesse processual, tanto no aspecto da necessidade como no da adequação. Afasto, ainda, a alegação de cerceamento de defesa, pois os pedidos formulados pelo apelado possibilitaram que a agravante exercesse regularmente seu direito de defesa.

Passando à análise do mérito, considero cabível a rescisão contratual por descumprimento contratual ensejado pela apelante.

Isso, porque, as suas estratégias comerciais já vem sendo alvo de questionamentos diversos, que certamente prejudicam as suas franqueadas. Como ressaltado pela r. sentença:

"*[...] no concernente à Microcamp, suas estratégias vem sendo alvo de processos judiciais há muitos anos. Com especial destaque para o expediente de concentrar cerca de 80% do valor das mensalidades dos consumidores dos franqueados em materiais didáticos, de modo dificultar a rescisão do contrato, com o argumento de que: 'os livros foram entregues', sem embargo de multas elevadas. Já houve procedimentos do Ministério Público buscando ajustamentos de conduta, mas pelo que se vê, ainda não lograram o fim almejado. Há notícia, não impugnada, de Processo (n. 1043/2013), no âmbito da Secretaria da Justiça e Defesa da Cidadania de São Paulo, no bojo do qual foi cautelarmente suspensa temporariamente a oferta e venda de novos cursos e coleção de livros.*

Acesso ao Sumário

A concepção do sistema da Microcamp, com condições abusivas aos consumidores, compromete francamente o sucesso das franqueadas." (fls. 195/196).

Além dos abusos das práticas comerciais da apelante terem prejudicado o apelado, tanto que ele demonstrou ter sofrido processos judiciais por conta disso (fls. 192/193), o apelado também demonstrou a má qualidade do material didático fornecido por ela (fls. 47), o que certamente comprometeu o sucesso de seu empreendimento.

Assim, correta a r. sentença ao decidir pela rescisão do contrato de franquia entabulado entre as partes, com a composição das perdas e danos apuradas em liquidação, além da declaração de inexigibilidade das notas promissórias fornecidas pelo apelado à apelante.

E, diante da rescisão ensejada pela apelante, correta a sua condenação ao pagamento da multa rescisória de R$50.000,00, consoante cláusula 14.3.2 do contrato de franquia (fls. 34).

Todavia, quanto aos danos morais, entendo pela sua não ocorrência, no caso.

A obrigação de indenizar emerge de uma ocorrência apurada a partir de um ato ou de uma omissão com íntima relação desta causa para o resultado que, necessariamente, deve ser o dano experimentado, ou, um prejuízo tirado desta equação negativa, entre o anterior e o posterior.

Como se sabe, não basta aquele simples percalço, de menor proporção, ainda que dele se possa extrair ofensa aos sentimentos ou ao espírito do homem e isto porque, considerando a organização da sociedade, a experiência de vida de cada um ou ainda o ambiente a que estamos expostos, com certeza desenvolvemos, e com maior ou com menor eficácia uma estrutura psicológica que permite lidar com tais obstáculos e contrariedades a que certamente estamos sujeitos.

Assim é com algumas situações que são impostas, mesmo que em consequência de atos ilícitos, mas que, não ultrapassando o patamar da contrariedade, não constituem dano moral indenizável. Na lição de **Sérgio Cavalieri**, só se caracteriza como dano moral:

> *"(...) a dor, vexame, sofrimento ou humilhação que, fugindo à normalidade, interfira intensamente no comportamento psicológico do indivíduo, causando-lhe aflições, angústia e desequilíbrio em seu bem-estar. Mero dissabor, aborrecimento, mágoa, irritação ou sensibilidade exacerbada estão fora da órbita do dano moral, porquanto, além de fazerem parte da normalidade do nosso dia-a-dia, no trabalho, no trânsito, entre os amigos e até no ambiente familiar, tais situações não são intensas e duradouras, a ponto de romper o equilíbrio psicológico do indivíduo" (**Programa de responsabilidade civil, 2ª ed., SP: Malheiros, 1998, p.***

Acesso ao Sumário

78,* apud *Carlos Roberto Gonçalves, Responsabilidade civil, 8ª ed., SP: Saraiva, 2003, p. 549/550).

Isso, porque, não se constata, do ocorrido, qualquer vexame ou abalo à honra que tenha assumido a gravidade necessária a ensejar uma reparação moral. Com efeito, ao se entabular um negócio, assume-se o risco de que este seja bem sucedido ou fracassado, não se constatando que, neste último caso, seja a parte prejudicada violada na esfera moral de direito.

Assim, afasto a condenação da apelante ao pagamento de indenização por danos morais ao apelado.

Como o apelado decaiu de parte mínima dos pedidos, mantenho a sucumbência tal como fixada na sentença.

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

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1000094-68.2013.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante LADDER AUTOMAÇÃO INDUSTRIAL LTDA., é apelado STILREVEST INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA.

ACORDAM, em 24ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento em parte ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 26)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PLINIO NOVAES DE ANDRADE JÚNIOR (Presidente) e SALLES VIEIRA.

São Paulo, 12 de maio de 2016.

JONIZE SACCHI DE OLIVEIRA, Relatora

Ementa: APELAÇÃO - Ação declaratória de inexigibilidade de obrigação e anulação de crédito - Ação cautelar de sustação de protesto - Duas duplicatas mercantis protestadas contra a autora (nºs 35671 e 35823) - Reconvenção ofertada pela ré para que a autora seja condenada ao pagamento dos títulos - Autora alega desconhecimento da origem causal das duplicatas e não reconhece os valores - Afirma não reconhecer a assinatura lançada na Nota Fiscal nº 35671 - Apelação da ré defendendo a legalidade das

Acesso ao Sumário

duplicatas e protestos, pois a autora, ora apelada, comprou materiais e não pagou - Acolhimento parcial das alegações da apelante - Com relação à duplicata nº 35671, reconhece-se a exigibilidade, pois amparada em nota fiscal assinada por pessoa conhecida da apelada e acompanhada de pedido de compra - Com relação à duplicata 35823, mantém-se a inexigibilidade, pois a troca de e-mails não é suficiente para comprovar a relação jurídica e a nota fiscal referente está sem assinatura da apelada - Reconvenção parcialmente procedente para condenar a autora ao pagamento da quantia de R$ 21.595,51, corrigida monetariamente desde o vencimento do título (18/05/2012) - Recurso parcialmente provido, fixando-se sucumbência recíproca.

VOTO

Trata-se de apelação interposta contra respeitável sentença copiada às fls. 164/169 destes autos digitais, a qual, nos autos de Ação declaratória de inexigibilidade de obrigação, cumulada com pedido de anulação de título de crédito, julgou procedentes as demandas principal e cautelar de sustação de protesto, para declarar a inexigibilidade das duplicatas mercantis, bem como determinar a sustação definitiva dos protestos, julgando improcedente a demanda reconvencional. A ré foi condenada ao pagamento das despesas processuais e honorários advocatícios fixados em 10% sobre o valor da causa.

Na inicial a apelada narra que foi surpreendida pelo protesto de duas duplicatas mercantis por indicação, nos valores de R$ 21.595,51 e 198.775,06, e que desconhece tais valores, embora já tenha mantido anteriormente relação negocial com a apelante. Aduz que as duplicatas não foram apresentadas para aceite. Pretende a declaração de nulidade dos títulos.

Acesso ao Sumário

Na contestação, em síntese, a ré, ora apelante, afirma que a autora comprou vários materiais e não os pagou. Alega que as notas fiscais acostadas aos autos reproduzem pedidos feitos por funcionária da autora, Sra. Mara, e confirmados por troca de *e-mails*. Aduz que por se tratar de duplicatas virtuais, não foram enviadas para aceite e não há ilegalidade nessa prática. Afirma que alguns bens dados em garantia pela autora na ação cautelar não são de sua propriedade e que a soma dos valores é insuficiente para garantir a dívida. Pugnou pela condenação da autora nas penas por litigância de má-fé.

A ré também apresentou reconvenção (fls. 01/04 do apenso), afirmando que os títulos são devidos. Alega que a Sra. Mara, funcionária da reconvinda,

enviou por *e-mail*, em 20/04/2012, pedido de compra de mercadorias que foram retiradas no mesmo dia por funcionário, Sr. Ariovaldo, sendo emitida a Nota fiscal 35671. Aduz que em 23/04/12, seu funcionário Renato enviou *e-mail* a Sra. Mara para confirmação tanto dos produtos como do pagamento e que a Sra. Mara respondeu confirmando o valor, pedindo para considerar, no item 1 do pedido, quatro peças ao invés de três, sendo então emitida a Nota fiscal 35823, no valor de R$ 198.775,06, com vencimento inicial em 24/04/12 e, posteriormente, alterado, a pedido, para 07/05/12. Afirma que os materiais foram retirados por preposto da reconvinda, mas ela não cumpriu sua parte, estando inadimplente. Pugna pela condenação da autora ao pagamento de R$ 253.648,13, corrigidos monetariamente, além de honorários advocatícios de 20%.

Em contestação à reconvenção, a autora alega que os títulos não foram apresentados para aceite e que os documentos juntados são ilegíveis. Aduz que a reconvinda não juntou documento algum que demonstre o cálculo dos valores cobrados, o que caracteriza excesso de execução.

O réu apelou, aduzindo que juntou às fls. 36 e 41/42 as notas fiscais e comprovantes de entrega das mercadorias, além dos *e-mails* que comprovam os pedidos. Sustenta que: a) foi a apelada quem designou funcionário para retirar as mercadorias e que ela conhece o Sr. Ariovaldo, pois que ele foi mencionado em *e-mail* como uma das pessoas que recebeu cópia da mensagem eletrônica enviada pela Sra. Mara; b) nos pedidos enviados por *e-mail* constam exatamente os mesmos itens das notas fiscais que diz não conhecer; c) a própria autora enviou *e-mail* contestando o vencimento das notas e pedindo alteração da data, mas não contestou o pedido nem os valores; d) os documentos juntados comprovam a relação jurídica de compra e venda.

Recurso tempestivo e preparado (fls. 180).

Contrarrazões à fls. 183/188, sustentando a recorrida que: a) já teve relação negocial com a apelante, mas não nos valores constantes nos títulos; b) inexiste nos autos comprovante da compra e venda; c) não reconhece os valores; d) o documento de fls. 34 é apócrifo, a assinatura lançada no documento de fls. 36 não é conhecida e não há assinatura no documento de fls. 41. Afirma que as duplicatas não têm origem causal.

É o relatório.

Inicialmente, esclarece-se que esse recurso será apreciado, tanto com relação aos requisitos de admissibilidade, quanto ao seu conteúdo, de acordo com a letra do Código Processual Civil de 1973, considerando-se que a interposição do apelo e a publicação da sentença ocorreram durante a sua vigência.

Com efeito, declarando a autora que desconhece as duplicatas emitidas e protestadas em seu nome, nos valores de R$ 21.595,51 e R$ 198.775,06 (fls. 16/17), e considerando a falta de aceite, é ônus da ré, nos termos do art. 333, II,

Acesso ao Sumário

do Código de Processo Civil, comprovar a regularidade da emissão dos títulos lastreados na compra e venda que alega existir.

Consta nos autos a existência de um pedido de compra realizado pela apelada (fls. 34), corroborado pelos *e-mails* de fls. 25, o qual, apesar de pequena alteração no valor para menos, corresponde à nota fiscal nº 35671, emitida em 20/04/2012 pela apelante, com canhoto de recebimento assinado por Sr. Ariovaldo, na mesma data (20/04/12), conforme fls. 36. Portanto, a duplicata protestada à fl. 16 está aparelhada nesta relação de compra.

Ao contrário do que alega a apelada quanto à assinatura exarada, o Sr. Ariovaldo não é pessoa desconhecida, tanto que na troca de *e-mails* com a apelante, às fls. 35, constou seu nome em cópia, inserido por funcionária da apelada, a Sra. Mara, que, aliás, afirma na mensagem eletrônica que as mercadorias seriam retiradas pela própria empresa.

Com relação à duplicata de nº 035823 (fls. 17), verifica-se que existe nos autos a correspondente nota fiscal às fls. 41, porém não consta qualquer assinatura da apelada e, aliás, como bem considerou o MM. Juiz, bastante ilegível em parte importante, correspondente à descrição dos materiais e valores.

Ademais, ainda que se verifique, às fls. 38/39, troca de *e-mails* entre as partes, correspondente à compra de alguns produtos pela apelada, não é possível verificar qualquer relação com o valor da duplicata protestada (R$ 198.775,06). Nenhum *e-mail* menciona expressamente compra nesse valor e não consta nos autos os boletos enviados à apelada, a fim de se possibilitar comparação nesse sentido. Embora haja missiva eletrônica da apelada solicitando a alteração da data de vencimento das "notas fiscais anexas", não é possível conhecer os anexos trocados nos *e-mails*.

Ou seja, impossível concluir que a troca de correspondência se refira exatamente ao teor da nota fiscal 035823, a qual, sendo apócrifa, não serve de prova para as alegações da apelante.

Tampouco é possível verificar que as mercadorias ali relacionadas tenham sido entregues. O documento de fls. 40, chamado "minuta de despacho", não traz nenhuma assinatura que identifique a apelada nem menciona a data da "saída".

Portanto, quanto a este título de nº 035823, não se desincumbiu a ré do seu ônus de comprovar a efetiva relação jurídica de compra, venda e entrega das mercadorias, referente à nota fiscal de fls. 41, sendo insuficientes os *e-mails* juntados para tal mister.

Decaindo em parte a pretensão da autora e acolhendo-se em parte o pedido reconvencional, deve ser fixada sucumbência recíproca.

Por todo o exposto, dá-se parcial provimento ao recurso para reconhecer a exigibilidade apenas no que se refere à duplicata nº 35671, acolhendo-se, portanto, em parte, a reconvenção, julgando-se parcialmente procedente

Acesso ao Sumário

a ação cautelar de sustação de protesto, pois se admite regular o protesto da duplicata nº 35671, devendo a autora ser condenada ao pagamento da quantia de R$ 21.595,51, atualizado monetariamente desde o vencimento do título (18/05/2012). Caracterizada a sucumbência recíproca, as despesas e custas processuais deverão ser arcadas pelas partes na proporção de 50% cada, além dos honorários advocatícios de seus respectivos patronos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1004867-15.2014.8.26.0071, da Comarca de Bauru, em que é apelante BANCO INTERCAP S/A, é apelada MARA SILVIA RODRIGUES RAMOS.

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 do Banco e deram provimento ao recurso da autora. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 28550)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores. PAULO PASTORE FILHO (Presidente sem voto), IRINEU FAVA e AFONSO BRÁZ

São Paulo, 16 de maio de 2016.

SOUZA LOPES, Relator

Ementa: Indenização - Dano moral - Prosseguimento de atos executórios (bloqueio de numerário e bens) contra quem já não tinha responsabilidade pelo débito - Dever de indenizar configurado - *Quantum* indenizatório - Elevação - Possibilidade - Montante que deve atender aos princípios da proporcionalidade e razoabilidade - Juros de mora - Incidência a contar da citação - Recurso do Banco improvido e provido o da autora.

VOTO

São apelações contra a r. sentença de fls. 152/156, que julgou procedente a ação de indenização que MARA SILVIA RODRIGUES RAMOS dirigiu contra o BANCO INTERCAP S/A.

A autora recorre objetivando a elevação da indenização por danos morais, em valor não inferior a 50 salários mínimos, e a contagem dos juros de mora a

Acesso ao Sumário

contar da citação.

O Banco, por sua vez, insurge-se contra a indenização fixada. Alega que não há indícios de moral abalada em decorrência dos bloqueios dos bens, tampouco de inscrição em cadastro de inadimplentes, ou de prejuízos em nome da Lettera Comunicação Estratégia Ltda., da qual a autora é sócia. Subsidiariamente, pleiteia a redução do *quantum* fixado; a contagem dos juros de mora a partir do arbitramento da indenização, ou, o dia 23/05/2011, data em que houve o pedido de penhora dos bens da autora, e não do dia 16/10/2000, data inclusive, que culminaria na prescrição do pedido.

Contrariado o recurso, subiram os autos.

Esse é o relatório.

Analisa-se o recurso do Banco e verifica-se que não prospera.

A respeito da responsabilidade do réu, a questão foi corretamente examinada em Primeiro Grau, não se vislumbrando nenhum desacerto que mereça alteração por este Egrégio Tribunal.

Como bem mencionado pelo d. Magistrado *a quo*: "*A autora figura na confissão de dívida a fs. 21 unicamente como garantidora hipotecária. Por isso que, conforme decisão copiada a fs. 60, prolatada em 26.3.2012, ela foi excluída de execução após a excutida da garantia*.

Não obstante, apesar de indevida a continuidade da execução, a autora suportou constrições patrimoniais em seus veículos (fs. 44 e seguintes) e em depósitos bancários (fs. 50), a requerimento do credor (fs. 55 e seguintes).

Assim, é certo que a autora suportou danos morais, vez que anos após a extinção de sua responsabilidade pelo débito, ainda permaneceu sujeita à execução promovida pela contestante."

Evidentemente o Banco apelado agiu de forma absolutamente negligente e sua conduta atingiu a esfera íntima da autora, a qual teve sua tranquilidade abalada com a continuidade do processo executivo, com bloqueio de numerário e restrição de seu veículo, por uma obrigação, que da sua parte, já estava extinta.

Acesso ao Sumário

Inafastável o dever de indenizar, resta a análise do *quantum* indenizatório, e verifica-se que prospera, em parte, a pretensão da autora.

A r. sentença de Primeiro Grau fixou a título de indenização por danos morais, a quantia de R$ 5.000,00.

Realmente cinco mil reais não se prestam a inibir a ação do ofensor e muito menos pode constituir fonte de riqueza para a vítima, é sem dúvida, impossível ficar rico com essa quantia que, aliás, sob a ótica desse Relator não se constitui numa indenização, causando, quiçá, verdadeira frustração no ofendido que busca a Justiça para reparar seu dano.

Assim, a elevação do valor da indenização é medida que se impõe, todavia

o *quantum* pretendido é exagerado demais, logo, mostra-se mais razoável a fixação da condenação em R$ 10.000,00, valor que atende aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, reprime a conduta lesiva e, ao mesmo tempo, evita se configure num prêmio à autora.

Por fim, em relação aos juros de mora, de fato, existindo relação contratual, tem incidência a partir da citação. A propósito:

> "***PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AGRAVO REGIMENTAL. AÇÃO INDENIZATÓRIA. RELAÇÃO CONTRATUAL. JUROS MORATÓRIOS TERMO INICIAL.***
>
> ***CITAÇÃO.***
>
> ***1. Há responsabilidade contratual nos casos em que o dever jurídico violado tenha origem em contrato ou negócio jurídico firmado pelo indivíduo.***
>
> ***2. Tratando-se de responsabilidade contratual, os juros moratórios incidirão a partir da citação (artigo 219 do CPC e artigo 405 do Código Civil), e a correção monetária pertinente ao valor dos danos morais, a partir de sua fixação.***
>
> ***3. Agravo regimental provido para, reconsiderando decisão anterior, conhecer do recurso especial e dar-lhe provimento. (AgRg no REsp 1229864/MG Agravo Regimental no Recurso Especial 2010/0225462-7, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, Quarta Turma, j. 24/05/2011, DJe 01/06/2011).***"

Fica prejudicado, em razão disso, o pedido de fixação como data do arbitramento da indenização, formulado pelo Banco réu.

Pelo exposto, nega-se provimento ao recurso do Banco e dá-se provimento ao recurso da autora, para elevar a indenização fixada para R$ 10.000,00 (dez mil reais), atualizados a partir da publicação deste V. Acórdão, e acrescido de juros legais a contar da citação.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1038882-86.2015.8.26.0002, da Comarca de São Paulo, em que é apelante LUCIANO AUGUSTO DAS CHAGAS VECCHIA (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado BANCO ITAÚ S/A.

Acesso ao Sumário

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 12ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 21347)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores JACOB VALENTE (Presidente sem voto), SANDRA GALHARDO ESTEVES e CASTRO FIGLIOLIA.

São Paulo, 18 de maio de 2016.

TASSO DUARTE DE MELO, Relator

Ementa: AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS. Indeferimento da petição inicial. Compra e venda pela *internet*. Fraude. Produto não entregue e não localização da empresa virtual pelo consumidor. Pretensão de responsabilização da instituição financeira, que emitiu o boleto para pagamento. Inadmissibilidade. Ilegitimidade passiva configurada. Sentença mantida. *Recurso não provido*.

VOTO

Trata-se de apelação (fls. 49/56) interposta por LUCIANO AUGUSTO DAS CHAGAS VECCHIA nos autos da ação de reparação de danos materiais e morais ajuizada em face de BANCO ITAÚ S/A, contra a r. sentença (fls. 45/47) proferida pela MMª. Juíza de Direito da 7ª Vara Cível do Foro Regional de Santo Amaro, Comarca de São Paulo, Dra. Adriana Borges de Carvalho, que indeferiu a petição inicial, por ilegitimidade passiva.

Sustenta o Apelante que o Banco-apelado, ao contrário do entendimento da r. sentença, seria sim parte legítima para figurar no polo passivo da ação, pois teria viabilizado ferramentas a fraudários que teriam induzido o consumidor a acreditar na segurança do negócio celebrado; que as instituições financeiras receberiam tarifas pelos serviços prestados e transações efetivadas por seu intermédio, respondente, portanto, objetivamente pelos danos causados ao consumidor, risco da sua atividade; que o boleto da instituição financeira teria dado credibilidade ao negócio efetivado através da *internet* com a empresa "Shop Maluko"; que o golpe somente teria sido efetivado em razão da emissão do boleto de pagamento; que seria vítima de consumo, a teor do art. 17 do CDC; que esse tipo de golpe afetaria milhares de consumidores; que o juízo *a quo* teria analisado o caso de maneira superficial; que seria dever da instituição financeira conferir os documentos no momento da abertura de contas, de forma a evitar a utilização das mesmas para a prática de fraudes, conforme Resolução 2025/93

Acesso ao Sumário

do BACEN; que se aplicaria a Súmula 479 do STJ. Pugna pela reforma da r. sentença.

Sem oposição ao julgamento virtual.

É o relatório.

O recurso não deve ser provido.

Cuida-se de ação de reparação de danos ajuizada pelo Apelante em face do Banco-apelado, para ser reparado pelos danos materiais e morais que sofreu em razão da suposta prática de estelionato por meio da *internet*.

Segundo alega o Apelante em sua petição inicial, teria comprado pelo *internet* dois videogames no valor total de R$ 2.134,61, através do *site* da empresa virtual "Shop Maluko".

Teria efetivado o pagamento da compra através de boleto bancário com o timbre do Banco-apelado, em que constavam todas as informações da empresa vendedora, o que teria dado credibilidade ao negócio.

Aduz que teria sido induzido a erro, por acreditar que se tratava de empresa idônea, devendo o Banco-apelado ser responsabilizado por intermediar a operação, decorrência do risco da sua atividade.

Feitos estes esclarecimentos, passa-se ao julgamento.

O indeferimento da petição inicial, por ilegitimidade passiva, deve ser mantido.

O mero fato da relação jurídica subjacente - compra e venda entre o Apelante e a empresa "Shop Maluko" - ser de consumo, não faz com que qualquer um que, eventualmente, tenha participado de alguma etapa do negócio, integre a cadeia de fornecedores.

Na espécie, o Banco-apelado apenas foi o responsável pela emissão do boleto de pagamento, não tendo qualquer participação no frustrado negócio realizado pelo Apelante com a empresa virtual "Shop Maluko".

Ou seja, não há como se imputar responsabilidade ao Banco-apelado por falha na prestação do serviço bancário, até porque referido serviço não foi determinante na realização do negócio e nem tornou o serviço prestado pelo Banco como defeituoso.

Bem se sabe, nos dias atuais, que é comum a prática de fraudes através da *internet*, sendo de exclusiva responsabilidade do consumidor a escolha dos fornecedores com quem irá negociar, devendo, pois, antes de efetivar o negócio, averiguar a idoneidade do *site* e da empresa contratada.

Muitos são os *sites* hoje que oferecem serviços de pagamento seguro, a exemplo do "mercado livre", que inclusive devolve o dinheiro em caso de não recebimento do produto pelo comprador, e também vários outros *sites* de lojas sedimentadas no mercado, como "Ponto Frio", "Lojas Americanas", "Fast",

Acesso ao Sumário

entre outras.

Contudo, muitas vezes seduzidos pelo preço abaixo do valor de mercado ou pelas facilidades de pagamento, alguns consumidores se aventuram a comprar em lojas virtuais desconhecidas, sem qualquer procedência, assumindo o risco de serem vítimas de um negócio malfadado ou até mesmo de crime de estelionato.

Registre-se que os bancos respondem objetivamente pelos serviços prestados se e quando defeituoso o serviço e esse defeito é causa determinante de um fato.

Sem o defeito, não há fato e nem dever de indenizar os danos dele resultantes.

E nem se diga que os bancos ao emitir boletos bancários para pagamento de produtos vendidos no *e-commerce* passariam a integrar a cadeia produtiva e, por isso, responderiam solidariamente pelo defeito na compra e venda.

Neste caso, os bancos apenas prestam serviços de emissão de boleto à empresa vendedora, o que não é causa determinante ou secundária na contratação da compra e venda.

Portanto, ausente qualquer nexo entre o serviço bancário prestado pelo Banco-apelado e os prejuízos sofridos pelo Apelante em razão de suposta fraude em compra e venda na *internet*, correto o indeferimento da petição inicial pelo juízo *a quo*, cujos fundamentos são incorporados a este v. acórdão:

> "Os vários documentos acostados à inicial dão conta que o autor, por iniciativa própria, buscou na internet os produtos que desejava adquirir e acabou fechando negócio livremente com a empresa Shop Maluko. Portanto, a compra e venda estava tratada entre comprador e vendedora. Até então, não sabia ele quem seria o banco contratado para emissão do boleto para pagamento.
>
> Portanto, ao contrário do alegado na inicial, a escolha do banco Itaú não foi determinante para a realização do negócio frustrado realizado pelo autor.
>
> (...)
>
> Ainda quanto à matéria trazida pelo autor com a inicial (fls. 37/42), há que se destacar que a responsabilidade dos bancos se estende às fraudes praticadas no âmbito das operações bancárias, envolvendo seus clientes ou nos limites de suas agências bancárias. No caso em voga, a operação bancária foi absolutamente lícita, já que o banco atendeu ao seu contratante, de emitir o boleto de pagamento para uma compra licitamente realizada. E o pagamento foi realizado pelo autor através da internet (fl. 18).
>
> O que aconteceu depois (não entrega da mercadoria) excede à atividade bancária, isto é, não está inserida dentre as condutas mencionadas pela

Acesso ao Sumário

matéria supra mencionada." (fls. 46)

Diante do exposto, nega-se provimento ao recurso.

DECLARAÇÃO DE VOTO VENCEDOR

(Voto nº 15806)

Vistos.

Acompanho o voto do i. relator sorteado, o Desembargador Tasso Duarte de Melo, pelo desprovimento do apelo, sem maiores comentos.

Em verdade, a presente declaração tem por escopo ressalvar minha posição a respeito de um aspecto do tema em debate. Mais especificamente, entendo plenamente possível que se reconheça a legitimidade passiva da instituição financeira para responder pelos danos sofridos por aquele que é vítima de golpe, desde que utilizada a estrutura da empresa para tanto. Em outro dizer, se a instituição financeira facilita o trabalho do golpista, permitindo por culpa ou dolo que ele se utilize de tal estrutura para aperfeiçoar o engodo, ela responde.

Dito isso, no caso dos autos, não ficou patenteado de forma cabal o engodo. Se assim fosse e caso demonstrado que houve mesmo deficiência ou omissão dolosa por parte do banco no que concerne às circunstâncias pertinentes à emissão do boleto, ele responderia - o que pode se dar em outros casos, dado que a análise é pontual.

Assim assentado, o meu voto é igualmente pelo desprovimento do recurso.

CASTRO FIGLIOLIA, Desembargador, 3º Juiz

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1005606-55.2015.8.26.0005, da Comarca de São Paulo, em que é apelante MARIA CLAUDINEIDE DOS SANTOS (JUSTIÇA GRATUITA), é apelada GOL - TRANSPORTES AÉREOS S/A.

ACORDAM, em 19ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do **Relator, que integra este acórdão. (Voto nº 24.162)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores RICARDO NEGRÃO (Presidente sem voto), RICARDO PESSOA DE MELLO

Acesso ao Sumário

BELLI e CLÁUDIA GRIECO TABOSA PESSOA.

São Paulo, 16 de maio de 2016.

MARIO DE OLIVEIRA, Relator

Ementa: INDENIZAÇÃO - DANOS MATERIAIS E MORAIS - Prestação de serviços - Transporte aéreo - Voo nacional - Saída programada para 0h01 do dia 2.1.2015 - A autora interpretou tratar-se de 0h01 do dia 3.1.2015 - Perda do voo de ida e cancelamento da reserva do voo de retorno - Danos materiais e morais não caracterizados - A inversão do ônus da prova não pode exsurgir como substituto do dever da parte de comprovar suas alegações - Indenização indevida - Sentença mantida - Recurso improvido.

VOTO

Trata-se de ação de indenização por danos materiais e morais decorrente de transporte aéreo, julgada improcedente pela r. sentença de fls. 123/124, cujo relatório se adota, arcando a vencida com as despesas do processo e com a verba honorária de R$ 1.000,00, ficando a exigibilidade sobrestada, nos termos da Lei nº 1.060/50.

Apela a vencida sustentando que foi induzida a erro pela funcionária da apelada, pois informou erroneamente a data do embarque. Alega que nenhuma medida foi tomada pela requerida para solucionar a questão, salientando que viajava acompanhada de menores de idade. Acrescenta que, em virtude da perda do voo de ida, foi cancelada a passagem em relação à volta. Insiste na tese de que foi vítima da má prestação de serviços. Pede provimento (fls. 126/133).

Sem preparo (justiça gratuita, fls. 19), o recurso foi recebido em ambos os efeitos (fls. 134).

Contrarrazões às fls. 136/147.

É o relatório.

Pretende a autora o recebimento de indenização pelos danos materiais e morais que alega ter sofrido em razão de falha na prestação de serviço de transporte aéreo.

Narra a autora que contratou com a empresa aérea voo nacional com itinerário de ida e volta de Guarulhos-SP a Maceió-AL. A ida estava programada para o dia 2.1.2015, às 0h01, e a volta para o dia 3.2.2015.

Afirma ter sido informada de que o embarque seria dia 2.1.2015 e deveria embarcar à zero hora e um minuto.

Acesso ao Sumário

Observou aquele horário mas perdeu o voo, sendo informada de que deveria ter comparecido considerando zero hora e um minuto do dia 1.1.2015 para 2.1.2015.

Para o remanejamento do voo, seria necessário o pagamento da quantia de R$ 3.000,00, pelo que viajou de carona com caminhoneiro.

De outra parte, ao procurar o guichê da empresa aérea na data da volta, foi informada de que, pela perda do voo de ida, estava cancelada a reserva do retorno.

Foi, assim, na data da volta, "***obrigada a dormir no aeroporto com suas crianças até que fora informada que a companhia aérea lhe forneceria um credito de viagem para o dia 05 daquele mês, no tal credito não se estenderia aos menores. Tal fato causou à autora além do enorme constrangimento grande apreensão e angustia***" (fls. 2).

A ré, em contestação, salienta que a autora não atentou para o horário disposto no bilhete de passagem por ela adquirido; não ocorrendo o embarque no trecho de ida, foi cancelado o trecho de volta, conforme previsão contratual.

Acrescenta que, descontadas as tarifas pertinentes ao caso, parte dos valores pagos pela autora foram reembolsados, mediante depósito na conta da empresa de turismo que intermediou a contratação.

A ação foi julgada improcedente, dando margem a este apelo.

O recurso não merece acolhida.

Importante ressaltar que, embora incida à espécie a Lei Consumerista, o critério de inversão do ônus da prova, a par de exigir a presença de vários elementos, não pode exsurgir como substituto do dever da parte de comprovar suas alegações.

A autora afirma que o bilhete de passagem indica a saída no horário de 0h01 do dia 2.1.2015, e que lhe foi dada a seguinte informação: "***no dia 02/01/2015 deveria embarcar à zero hora e um minuto***" (fls. 2).

Ora, tanto o bilhete como a informação supostamente prestada por funcionário da requerida estão corretos.

A autora compareceu entendendo que o horário de saída era 0h01 do dia 3.1.2015, ou seja, entendeu que deveria comparecer no horário de transição de 2.1.2015 para 3.1.2015.

Mas a empresa aérea forneceu informação precisa. A perda do voo decorreu da errônea intepretação da autora.

Por outro lado, cada bilhete adquirido se referia ao itinerário de ida e volta. Não comparecendo a autora e seus filhos para o voo de ida, naturalmente seria cancelada a vaga reservada para o retorno.

De qualquer maneira, a autora silencia acerca do trecho do contrato

Acesso ao Sumário

reproduzido em contestação, segundo o qual "***os trechos reservados subsequentes ao trecho não usado serão imediatamente cancelados, estando o passageiro sujeito também a eventuais diferenças tarifárias, quando de sua remarcação***" (fls. 37).

Vale mencionar precedentes desta Corte:

"**RESPONSABILIDADE CIVIL - Ação de indenização por danos morais e materiais - Transporte aéreo - Alegação de falta de informação que culminou com o cancelamento das passagens aéreas - Hipótese em que o próprio autor possibilitou o dano sofrido, posto que cancelou o voo de ida, o que ocasionou o cancelamento do bilhete de volta - Não caracterizada qualquer conduta irregular da requerida na prestação de serviço - Informações de aquisição de passagens adequadamente fornecidas pela empresa aérea - Inocorrência de dever de indenizar dano material ou moral - Sentença mantida - Recurso não provido." (Apelação nº 1006479-58.2014.8.26.0565, Rel. Des. Heraldo Oliveira, j. 5.10.2015).**

"Indenização. Danos morais e materiais. Transporte aéreo nacional. Cancelamento de vôo de retorno. Alegação de falta de informação. Hipótese em que os próprios autores ocasionaram os danos sofridos, visto que perderam o vôo de ida o que consequentemente ocasionou o cancelamento do bilhete da volta. Inocorrência do dever de indenizar. Sentença mantida. Recurso desprovido." (Apelação nº 0012199-03.2012.8.26.0562, Rel. Des. Campos Mello, j. 3.4.2014).

Outro aspecto a ser destacado é a ausência de provas ou de indícios da concretização da viagem da autora para Maceió, o que, *de per si*, já dispensaria qualquer discussão sobre o cancelamento da vaga reservada ao retorno.

Cumpre transcrever a seguinte passagem da contestação:

"***Ademais, ainda que a Autora tente fazer crer que a Ré teria a deixado aguardando para um novo embarque somente no dia 05/02/2015, tendo, inclusive, que dormir no aeroporto, tal fato nada mais é do que um artífice, um sofisma, para tentar comover este D. juízo, visto que inexiste qualquer prova neste sentido, bem como não há qualquer passagem adquirida pela Autora no trecho de retorno junto a Ré***" (fls. 46, g.n.).

No concernente aos danos materiais, a autora nem mesmo informa, na inicial, de que maneira chegou ao valor postulado, limitando-se a incluir no pedido a quantia de R$1.555,50 (fls. 4). Também não se manifestou sobre o reembolso alegado em contestação.

Nesse passo, as provas coligidas aos autos são suficientes para demonstrar que a perda dos voos resultou exclusivamente da conduta adotada pela autora.

A responsabilidade objetiva, apregoada no Código de Defesa do

Consumidor, embora dispense a existência de culpa ou dolo, exige a demonstração do dano para ensejar a indenização ora pretendida.

No caso em tela, como visto, não houve a comprovação de dano imputável à requerida.

Partindo-se da premissa de que ato ilícito é aquele praticado em desacordo com a ordem jurídica, assim não é de ser considerado o praticado pela empresa aérea.

Conforme bem asseverou o Magistrado sentenciante (fls. 124):

"***No mérito, a ação é improcedente. Pela leitura da petição inicial, percebe-se que a autora se equivocou ao comparecer para embarque no dia seguinte ao do voo que contratou. A autora deveria ter se apresentado às 23:01 horas do dia 01/01/2015, mas apresentou-se no dia seguinte acabando por perder o voo. O horário está indicado na passagem e a responsabilidade do comparecimento é do passageiro e não da empresa.***

E como a autora perdeu o voo de São Paulo para Maceió foi cancelado o trecho de retorno, nos termos do contrato de transporte aéreo. As passagens não foram adquiridas autonomamente. A falta de embarque no trecho de ida ocasionou o cancelamento do trecho de retorno.

A ré, assim, não descumpriu o contrato celebrado com a autora e, em consequência, não está obrigada a indenizá-la."

De tudo se conclui que não se vislumbra a ocorrência de ato ilícito por parte da ré, que pudesse ensejar a indenização pretendida.

Enfim, a autora não se desincumbiu de demonstrar o fato constitutivo de seu direito, nos termos do artigo 333, inciso I, do Código de Processo Civil

Pelo exposto é que se nega provimento ao recurso, preservada a judiciosa sentença do nobre Magistrado Dr. Mário Daccache.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0004670-29.2004.8.26.0362, da Comarca de Mogi-Guaçu, em que é apelante EMILSON SABATINI (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado BANCO BRADESCO S/A.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 12ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento em parte ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 29.475)**

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

Acesso ao Sumário

São Paulo, 1º de junho de 2016.
CERQUEIRA LEITE, Relator

Ementa: Responsabilidade civil - Repetição de indébito, c.c. reparação por dano moral - Débito automático em conta-corrente bancária gerado por pseudo-dívida oriunda de cartão de crédito - Sentença de parcial procedência da pretensão, a fim de condenar o réu à restituição do indébito e indenizar o autor em R$ 3.390,00 - Recurso de apelação exclusivo do autor - Dano moral - "*Quantum*" indenizatório arbitrado em valor ínfimo quando cotejado com o valor do indébito - Majoração a R$ 10.000,00, que é razoável e com efeito profilático - Repetição sem a dobra do Código de Defesa do Consumidor - Recurso provido em parte.

VOTO

A r. sentença de fls. 173/175, cujo relatório fica incorporado, julgou parcialmente procedente a pretensão do autor nos autos de ação repetição de indébito, c.c. reparação de danos extrapatrimoniais, a fim de determinar ao réu a restituição ao autor dos valores indevidamente debitados na conta-corrente bancária n. 0093210-8, de forma simples, com correção monetária desde os débitos, mais juros de mora, de 1% ao mês, a contar da citação, e condená-lo ao pagamento de R$ 3.390,00 a título de reparação por dano moral, corrigido monetariamente desde o "***decisum***", mais juros de mora, de 1% ao mês, também contados da citação, a cargo do réu as verbas de sucumbência, os honorários advocatícios fixados em 10% sobre o valor da condenação.

Inconformado, o autor interpõe recurso de apelação, advogando que o "***quantum***" indenizatório é ínfimo frente aos problemas experimentados, inclusive porque, nesse patamar, nega aplicação à teoria do desestímulo. Insistindo na tese de que a repetição do indébito deve ser com a dobra do Código de Defesa do Consumidor, pede a reforma da r. sentença.

Recurso recebido e respondido, foi distribuído a este relator em razão de prevenção gerada pelo recurso de apelação n. 9237918-23.2008.8.26.0000.

É o relatório.

Procede o inconformismo do autor, mas só no que pertine à reparação por dano moral.

Não obstante o "comunicado" a fls. 12 diga respeito a dois desabonos

diligenciados pelo Banco ABN AMRO Real S/A, pertinentes a contratos de financiamento, é um truísmo que o débito indevido na conta-corrente bancária traz mais do que um incômodo e ninguém desconhece que quando essa providência é adotada desencadeia verdadeira desordem no orçamento da vítima, com aptidão de causar dano moral.

O direito à reparação do dano moral exsurge do ato em si, ou seja, o dano existe no próprio fato violador e impõe a necessidade de resposta. Surge "***ex facto***", ao atingir a esfera do lesado, provocando reações negativas. Nesse sentido é que se fala em "***damnum in re ipsa***".

Em sede de dano moral não se exige do sujeito passivo do dano a prova da molestação, do incômodo, do desconforto, da frustração. A responsabilização do agente ativo se opera por força do simples fato da violação; do evento danoso surge "***ipso facto***" a necessidade de reparação.

Nesse sentido, Carlos Alberto Bittar doutrinava que o dano moral dispensa prova em concreto. Trata-se de presunção absoluta ("Reparação Civil por Danos Morais", Ed. RT, 1993, pág. 204).

A jurisprudência atual pode ser resumida num precedente do Col. STJ: "*O dano moral, tido como lesão à personalidade, à honra da pessoa, mostra-se às vezes de difícil constatação, por atingir os seus reflexos parte muito íntima do indivíduo - o seu interior. Foi visando, então, a uma ampla reparação, que o sistema jurídico chegou à conclusão de não se cogitar da prova do prejuízo para demonstrar a violação do moral humano*" (RSTJ 135/384).

Feitas essas considerações, é preciso frisar que a indenização pelo dano moral não tem a finalidade de enriquecer o lesado e empobrecer o responsável pela lesão.

O valor fixado na r. sentença, R$ 3.390,00, é ínfimo, frente ao abalo provocado pelo débito indevido em conta-corrente com indisponibilidade ao pagamento de financiamento imobiliário contratado pelo autor.

O "***quantum***" arbitrado deve ser majorado a R$ 10.000,00, pouco mais de quatro vezes o valor do indébito, que, a um só tempo, satisfaz a pretensão da vítima em justa medida, sem proporcionar enriquecimento, e produz no causador do dano impacto suficiente para dissuadi-lo de novo atentado, em especial se o comportamento do réu é reiterado, insubmisso aos termos da sentença reproduzida a fls. 77/81, prolatada em setembro de 2003 nos autos de ação de indenização ajuizada contra o réu perante o Juizado Especial Cível de Mogi Guaçu, que julgou evento similar que comprometeu R$ 1.564,68 do autor.

A correção monetária desde a r. sentença está de acordo com a Súmula nº 362 do Col. STJ, ao passo que os juros de mora, a contar da citação, estão em conformidade com o disposto no art. 219, "***caput***", do Código de Processo Civil de 1973, em vigor à época da prolação da r. sentença.

Acesso ao Sumário

Não é caso de condenar o réu à devolução com a dobra do Código de Defesa do Consumidor, como quer o autor.

O art. 42, parágrafo único, do Código de Defesa do Consumidor, deve ser interpretado em comum com o art. 940 do Código Civil, cuja redação era similar no art. 1.531 do Código revogado, diante de inconcussa e irrefragável má-fé e dolo.

Roberto Rosas, depois de transcrever o enunciado da Súmula n. 159 do Excelso Pretório ("*Cobrança excessiva, mas de boa-fé, não dá lugar às sanções do art. 1.531 do Código Civil*"), expõe que: "*O art. 1.531 do Código Civil quer atingir aquele que pedir mais do que for devido. Como observa Clóvis, é outra pena civil imposta ao que tenta extorquir o alheio, sob color de cobrar dívidas (Comentários, v. 5/240)*".

"Washington de Barros Monteiro, analisando esse dispositivo, assinala que, sem prova de má-fé da parte do credor, que faz a cobrança excessiva, não se comina a referida penalidade. A pena é tão grande e tão desproporcionada que só mesmo diante de prova inconcussa e irrefragável de dolo deve ser aplicada (Curso, v. 5/432)".

*"A jurisprudência do STF mais recuada não discrepava dessa orientação. Assim no RE 3.755, Rel. Min. Waldemar Falcão (Otávio Kelly, Interpretação do Código Civil no STF, v. 2º/115): 'Os casos de '**plus petionibus**' têm sido considerados como aspecto de ato ilícito, pelo quê a jurisprudência se orienta no sentido de somente reconhecer legítima a aplicação da penalidade do art. 1.531 do Código Civil se provados o dolo, a má-fé ou culpa grave da parte do credor que reclama, judicialmente, dívida já paga'".*

"Outro acórdão, da lavra do Min. Laudo de Camargo: 'Não há lugar para aplicação do art. 1.531 do Código Civil quando a parte procede por equívoco, e não por malícia' (Prado Kelly, ob. cit., p. 116) (RE 79.558, RTJ 86/515)" (Roberto Rosas, "Direito Sumular. Comentários às Súmulas do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça", Malheiros Editores, 9ª ed., 1998).

Sendo assim, a restituição do indébito é sem a dobra, porquanto inexiste prova de que o réu agiu de má-fé.

Diante do exposto, dá-se parcial provimento ao recurso.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1000255-77.2014.8.26.0477, da Comarca de Praia Grande, em que é apelante ELIANE

APARECIDA DOS SANTOS (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado ADEMILAR ADMINISTRADORA DE CONSÓRCIO S/A.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 14ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 21269)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores MAURÍCIO PESSOA (Presidente) e THIAGO DE SIQUEIRA.

São Paulo, 2 de junho de 2016.

CARLOS ABRÃO, Relator

Ementa: RESCISÃO DE CONTRATO DE CONSÓRCIO - BEM IMÓVEL - DURAÇÃO DE 15 ANOS - EXCLUSÃO PELO INADIMPLEMENTO - TÉRMINO DO CONSÓRCIO EM 2027 - SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA - RECURSO - NULIDADE DAS CLÁUSULAS - DEVOLUÇÃO 30 DIAS DEPOIS DO ENCERRAMENTO DO GRUPO - ABUSIVIDADE - BOA-FÉ OBJETIVA - LESIVIDADE - BEM IMÓVEL - IMPOSSIBILIDADE DE SE AGUARDAR 15 ANOS SOB PENA DE COMPLETA CORROSÃO DO VALOR - DEVOLUÇÃO IMEDIATA - SENTENÇA REFORMADA - RECURSO PROVIDO

VOTO

Cuida-se de apelo tirado contra a r. sentença de fls. 99/101, " ... Ante o exposto, JULGO IMPROCEDENTE o pedido inicial, nos termos do artigo 269, inciso I do Código de Processo Civil. Diante da sucumbência, custas e despesas processuais pela parte autora, bem como honorários advocatícios, fixados em R$ 500,00, conforme art. 20, §4 do CPC, cuja exigibilidade, todavia, ficará suspensa, em razão da gratuidade concedida.", de relatório adotado, alega incidência do CDC, e que a autora depois de ter investido 10 parcelas não pode aguardar 150 meses, para ter o valor pago restituído, caracterizando cláusula abusiva, pede total reforma, aguarda provimento (fls. 108/116).

Recurso tempestivo isento de preparo (fls. 44).

Recebido no duplo efeito (fls. 117).

Contrarrazões (fls. 120/129).

Houve remessa.

Acesso ao Sumário

É O RELATÓRIO.

Respeitado o entendimento esposado pelo Juízo, o recurso prospera.

Com efeito, manifesto o interesse de agir, a possibilidade jurídica do pedido e a legitimidade da consorciada para reaver o valor pago sem filigranas ou formalismos impostos pela ré.

A irresignação da consumidora, assiste razão, isto porque não faria o menor sentido aguardar até 2027 para reaver aquilo pago no valor R$ 6.874,56.

A avença contém cláusulas que beneficiam tão somente a administradora contratada, em evidente desigualdade, o que proporciona enriquecimento ilícito em prejuízo da parte contrária, no caso a consumidora.

Nesse contexto, impõe-se a nulidade da cláusula contratual que estipula desvantagem ao consumidor, conforme art. 51, inciso IV, do CDC.

É cabível a devolução das parcelas pagas, em razão da desistência do consorciado, deduzindo-se apenas a taxa de administração, taxa de adesão e prêmio de seguro.

Claudia Lima Marques e Bruno Miragem mencionam a vulnerabilidade do consumidor, o dever de informar e cláusulas transparentes relativas à adesão.

O contrato de adesão examinado, além de abusos, lesividades e outras circunstâncias, todas prejudiciais à consumidora, não causa dano algum à ré, a qual poderá diminuir o número de bens fruto da contemplação, ou, simplesmente, substituir a desistente por outra pessoa interessada.

A devolução deve ser descontada a taxa de administração *pro rata temporis*, isto é durante o período no qual a aderente permaneceu junto ao consórcio.

Resultado lógico do julgamento, restituir-se-á, de uma só vez, o valor corrigidamente do desembolso, projetando-se juros de mora da citação, ao contrário do que alega a administradora, até porque, pela atual legislação o numerário fica segregado, cuja sucumbência, na hipótese vertente, acolhido o apelo da autora, deverá ser arcada pela ré.

Isto posto, pelo meu voto, **DOU PROVIMENTO** ao recurso, responsabilizando a administradora do consórcio à restituição imediata do valor pago, corrigido do desembolso, juros moratórios fluem da citação, glosada a taxa de administração, tão somente, *pro rata temporis*, durante o período de permanência junto ao consórcio, carreando a vencida custas, despesas e reembolso e verba honorária de 10% sobre o total indexado restituendo.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1003915-79.2014.8.26.0477, da Comarca de Praia Grande, em que é apelante VALDO MARTINS DOS SANTOS (JUSTIÇA GRATUITA) e são apeladas MOTO HONDA DA AMAZÔNIA LTDA., SANMELL ADMINISTRADORA DE CONSÓRCIOS LTDA. e SANMELL MOTOS 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 APELO. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 32.973)**

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

São Paulo, 6 de abril de 2016.

CELSO PIMENTEL, Relator

Ementa: Se os vícios na motocicleta nova ou zero quilômetro, de que não houve prova e cujo ônus nas circunstâncias não se inverte, ausente verossimilhança, não a tornaram imprópria ao fim a que se destina, o que se confirma pela quilometragem rodada, substitui-se o decreto de extinção do processo sem exame de mérito pelo de improcedência da demanda por rescisão da compra e venda e por indenização.

VOTO

Autor apela da respeitável sentença que julgou extinto sem exame de mérito processo de demanda por rescisão de compra e venda e por indenização. Nega haver decadência, cujo prazo se inicia após o decurso do de garantia contratual. Insiste nas pretensões, acena com violação a princípios e argumenta com a relação de consumo, com a inversão do ônus da prova e com os vícios insanáveis da motocicleta nova adquirida, vazamento excessivo de óleo e barulho no motor, que impedem o seu uso.

Dispensava-se preparo e vieram repostas.

É o relatório.

O pressuposto do direito do consumidor à restituição do preço pago ou à substituição do bem consiste na presença de vício que o torne impróprio ou inadequado ao fim a que se destina.

Acesso ao Sumário

"No sistema do CDC, a responsabilidade pela qualidade biparte-se na exigência de adequação e segurança, segundo o que razoavelmente se pode esperar dos produtos e serviços. Nesse contexto, fixa, de um lado, a responsabilidade pelo fato do produto ou do serviço, que compreende os defeitos de segurança; e de outro, a responsabilidade por vício do produto ou do serviço, que abrange os vícios por inadequação. - Observada a classificação utilizada pelo CDC, um produto ou serviço apresentará vício de adequação sempre que não corresponder à legítima expectativa do consumidor quanto à sua utilização ou fruição, ou seja, quando a desconformidade do produto ou do serviço comprometer a sua prestabilidade. Outrossim, um produto ou serviço apresentará defeito de segurança quando, além de não corresponder à expectativa do consumidor, sua utilização ou fruição for capaz de adicionar riscos à sua incolumidade ou de terceiros. - O CDC apresenta duas regras distintas para regular o direito de reclamar, conforme se trate de vício de adequação ou defeito de segurança. Na primeira hipótese, os prazos para reclamação são decadenciais, nos termos do art. 26 do CDC, sendo de 30 (trinta) dias para produto ou serviço não durável e de 90 (noventa) dias para produto ou serviço durável. A pretensão à reparação pelos danos causados por fato do produto ou serviço vem regulada no art. 27 do CDC, prescrevendo em 05 (cinco) anos. - A garantia legal é obrigatória, dela não podendo se esquivar o fornecedor. Paralelamente a ela, porém, pode o fornecedor oferecer uma garantia contratual, alargando o prazo ou o alcance da garantia legal. - A lei não fixa expressamente um prazo de garantia legal. O que há é prazo para reclamar contra o descumprimento dessa garantia, o qual, em se tratando de vício de adequação, está previsto no art. 26 do CDC, sendo de 90 (noventa) ou 30 (trinta) dias, conforme seja produto ou serviço durável ou não. - Diferentemente do que ocorre com a garantia legal contra vícios de adequação, cujos prazos de reclamação estão contidos no art. 26 do CDC, a lei não estabelece prazo de reclamação para a garantia contratual. Nessas condições, uma interpretação teleológica e sistemática do CDC permite integrar analogicamente a regra relativa à garantia contratual, estendendo-lhe os prazos de reclamação atinentes à garantia legal, ou seja, a partir do término da garantia contratual, o consumidor terá 30 (bens não duráveis) ou 90 (bens duráveis) dias para reclamar por vícios de adequação surgidos no decorrer do período desta garantia" REsp 967.623/RJ, Rel. MIN. NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, j.16/4/2009, DJe 29/6/2009.

Do preciso e didático pronunciamento do Superior Tribunal de Justiça, tem-se em resumo que a decadência disciplinada no art. 26 diz respeito ao vício do produto ou do serviço, de que cuida o art. 18 do Código de Defesa do Consumidor.

Já a prescrição quinquenal do art. 27 diz respeito à "pretensão à reparação pelos danos causados por fato do produto ou do serviço prevista na Seção II

Acesso ao Sumário

deste Capítulo", a que cuida da "responsabilidade pelo fato do produto e do serviço", quer dizer, o acidente de consumo, o defeito, muito mais grave que o vício, que oferece risco ao consumidor e a terceiros, de que cuidam os artigos 12, 13, 14 e 17 do mesmo Código de Defesa do Consumidor.

A motocicleta adquirida pelo autor da segunda ré em 22 de março de 2013 (fl. 24) apresentou vício, não defeito, em julho de 2013 (fls. 97/99).

Havia garantia da fabricante, a primeira ré, de um ano (fl. 22), após a qual se contam os noventa dias do Código de Defesa do Consumidor.

Então e fixado o termo inicial do prazo, a decadência se operaria em 22 de junho de 2014. Como o ajuizamento data de 9 de maio de 2014, não se operou a decadência.

Todavia e a despeito das idas à concessionária, nove vezes (fls. 94/104), os alegados vícios do veículo do autor foram sanados, até os reincidentes, o vazamento de óleo e o barulho no motor. Verifica-se das ordens de serviços exibidas (idem) que apenas duas registram reclamação do autor (fls. 97/99), as demais se referem à revisão com manutenção e troca de óleo (fls. 94/96 e 100/104).

Em outras palavras, os vícios da motocicleta, de que não houve prova e cujo ônus nas circunstâncias não se inverte, ausente verossimilhança, em tempo algum afetaram de modo substancial sua utilidade e segurança e, portanto, não a tornaram imprópria nem inadequada à finalidade.

Aliás, basta ver a quilometragem na primeira revisão, 1.100km (fl. 94), e nas ordens de serviço, 2.609km (fl. 95), 3.103km (fl. 96), 3.549km (fl. 98), 4.512km (fl. 100), 5.838km (fl. 101), 8.273km (fl. 102), 9.724km (fl. 103) e 12.267km (fl. 104) em um ano e cinco meses depois da aquisição, o que confirma a conclusão.

Assim, afasta-se o reconhecimento da decadência, que, aliás, constituiria solução com exame de mérito, e se julga improcedente a demanda.

Pelas razões expostas e com a observação lançada, nega-se provimento ao apelo.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0037967-75.2007.8.26.0506, da Comarca de Ribeirão Preto, em que são apelantes VALDOMIRO TONELLI e CLARICE BALDIN TONELLI, são apelados MARCO AURÉLIO FEIJÓ PANICO e MARCO ANTONIO FEIJÓM PANICO.

ACORDAM, em 32ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça

de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 33.690)**

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

São Paulo, 7 de abril de 2016

RUY COPPOLA, Relator

Ementa: Locação. Ação de despejo c.c cobrança. Demanda ajuizada em face dos locatários e fiadores. Reconhecida a falsidade das assinaturas dos fiadores no contrato. Reconvenção buscando indenização por danos morais. Impossibilidade. Inexistência de culpa dos locadores. Contrato cujas assinaturas tiveram firma reconhecida, levando os locadores a crer pela legalidade da avença. Reconvenção julgada improcedente em 1ª instância. Correção da medida. Apelo improvido.

VOTO

Vistos,

Trata-se de ação de despejo por falta de pagamento c.c. cobrança de alugueres ajuizada por Marco Aurelio Feijó Panico e Marco Antonio Feijó Panico em face de Edna Aparecida dos Santos Américo, Renata Cláudia Fernandes, Valdomiro Tonelli e Clarice Baldin Tonelli, julgada pela r. sentença de fls. 172/179, cujo relatório se adota, para: a) julgar procedente o pedido principal quanto às rés Edna Aparecida dos Santos Américo e Renata Cláudia Fernandes, declarando a rescisão do contrato locatício , decretar o despejo das rés e condená-las, solidariamente, ao pagamento dos alugueres e encargos em atraso, bem como os vencidos durante a demanda até a desocupação. Em razão da sucumbência carreou às rés o pagamento da metade das taxas judiciárias, com as despesas processuais atualizadas a partir do reembolso, com honorários advocatícios fixados em 20% sobre o valor da condenação, atualizados a partir da prolação; b) julgar improcedente o pedido em relação aos réus Valdomiro Tonelli e Clarice Baldin Tonelli; e c) improcedente o pedido de indenização por danos morais inserido na reconvenção, reconhecendo a sucumbência recíproca, arcando autoras/reconvindas e réus/reconvintes com um quarto da taxa judiciária, com as despesas processuais próprias e os honorários dos seus respectivos patronos.

Acesso ao Sumário

Recorrem Valdomiro Tonelli e Clarice Baldin Tonelli (fls. 183/192), pugnando pela condenação dos locadores ao pagamento de indenização por danos morais, no valor sugerido de 100 vezes o salário mínimo vigente, uma vez que patente o dano moral sofrido, pois são demandados em ação judicial em razão de figurarem como fiadores em contrato locatício cujas assinaturas foram falsificadas, o que extrapola o mero dissabor; ressalta o caráter pedagógico da verba, para servir de exemplo a atos culpáveis como o dos locadores; pugnam ainda, caso haja interposição de recurso pelos locadores, a condenação ao pagamento integral das custas processuais, além de majorar os honorários advocatícios para 20%.

Recurso tempestivo, preparado e respondido (fls. 217/223).

É o Relatório.

Cuidam os autos de ação de despejo c.c. cobrança de encargos locatícios ajuizados por Marco Aurelio Feijó Panico e Marco Antonio Feijó Panico em face das locatárias Edna Aparecida dos Santos Américo e Renata Cláudia Fernandes, e dos fiadores Valdomiro Tonelli e Clarice Baldin Tonelli.

Restou devidamente reconhecida pela sentença a improcedência da ação em relação aos fiadores, ora apelantes, pois afirmaram veemente que não assinaram o contrato de locação firmado entre locadores e locatários.

E o douto magistrado o fez nos seguintes termos:

"No tocante aos réus Clarice Baldin Tonelli e Valdomiro Tonelli, a improcedência dos pedidos é medida que se impõe.

Ora, os réus supramencionados aduzem não serem fiadores das locatárias, ressaltando que as assinaturas constantes do contrato em tela não foram por eles apostas e que terceiro as falsificou sem seu conhecimento.

Instada a depositar o salário do perito grafotécnico, a parte autora quedou-se inerte, restando preclusa a prova pericial requerida (fls. 143).

Cumpre notar que cabia à parte autora a demonstração da autenticidade de referidas assinaturas, nos termos dos artigos 388, inciso I, 389, inciso II e 400, inciso II, todos do Código de Processo Civil, *in verbis*:

'Art. 388: Cessa a fé do documento particular quando: I - lhe for contestada a assinatura e enquanto não se lhe comprovar a veracidade'.

'Art. 389. Incumbe o ônus da prova quando: II - se tratar de contestação de assinatura, à parte que produziu o documento'.

'Art. 400. A prova testemunhal é sempre admissível, não dispondo a lei de modo diverso. O juiz indeferirá a inquirição de testemunhas sobre fatos: II - que só por documento ou por exame pericial puderem ser provados'.

Ademais, as testemunhas Ivone Popi Shumacker Canalle (fls. 157/162) e Cristiano Luiz Camara Ursulini (fls. 163/166) afirmaram que os réus Clarice Baldin Tonelli e Valdomiro Tonelli comentaram não ter figurado como fiadores em qualquer contrato de locação e externaram preocupação com a fraude

Acesso ao Sumário

perpetrada por terceiros no tocante a tal avença.

E a testemunha Michelle Aparecida Esteves (fls. 152/156) declarou que tais réus não estiveram presentes na imobiliária que intermediou o contrato de locação em testilha.

Assim, tendo em vista que não restou comprovada a autenticidade das assinaturas dos indigitados fiadores, nenhuma responsabilidade lhes pode ser atribuída em decorrência do contrato de fls. 9/17." (fls. 174/175)

Contudo, buscam os apelantes a condenação dos locadores ao pagamento de indenização por danos morais.

Sem razão.

Diz o Desembargador Rui Stoco:

"O elemento primário de todo ilícito é uma conduta humana e voluntária no mundo exterior.

Esse ilícito, como atentando a um bem juridicamente protegido, interessa à ordem normativa do Direito justamente porque produz um dano. Não há responsabilidade sem um resultado danoso.

Mas a lesão a um bem jurídico cuja existência se verificará no plano normativo da culpa, está condicionada à existência, no plano naturalístico da conduta, de uma ação ou omissão que constitui a base do resultado lesivo.

Não há responsabilidade civil sem determinado comportamento humano contrário à ordem jurídica.

Ação e omissão constituem, por isso mesmo, tal como no crime, o primeiro momento da responsabilidade civil.

Parafraseando o grande Frederico Marques, a conduta humana relevante para essa responsabilização apresenta-se como 'ação' ou 'omissão'. Viola-se a norma jurídica, ou através de um facere (ação), ou de um non facere (omissão). 'Uma e outra conduta se situam no campo naturalístico do comportamento humano, isto é, no mundo exterior, por serem um 'trecho da realidade' que o Direito submete, ulteriormente, a juízo de valor, no campo normativo' (José Frederico Marques, Tratado de Direito Penal, 2ª. ed. São Paulo: Saraiva, 1955, v.2, p. 40-41).

'Só à pessoa pode-se imputar uma ação ilícita'" (*in* "Tratado de Responsabilidade Civil" 6ª. Ed. RT, pág. 131).

Esse, então, o primeiro pressuposto.

O segundo deles diz respeito à culpa.

Examinando a mesma obra encontramos a seguinte passagem sobre esse ponto:

"Significa que tanto o dano patrimonial como o dano extrapatrimonial ou moral, por terem a mesma origem, hão de escorar-se na teoria subjetiva ou aquiliana da responsabilidade, que só pode decorrer da prática de atos ilícitos e que impõem comportamento intencional (doloso) ou culposo do agente.

Acesso ao Sumário

Assim sendo, para que haja ato ilícito, necessária se faz a conjugação dos seguintes fatores: a existência de uma ação; a violação da ordem jurídica; a imputabilidade como componente da culpabilidade, a culpa lato sensu; a penetração na esfera de outrem com a causação de um dano." (ob. cit. Pág. 1674).

No caso dos autos, os locadores ajuizaram a ação em face dos apelantes em razão de um contrato de locação em que eles figuraram como fiadores.

Ora, os locadores-apelados são tão vítimas quanto os fiadores-apelantes, pois a imobiliária que firmou o contrato de locação solicitou o reconhecimento de firma das assinaturas apostas no contrato (fls. 16), demonstrando a idoneidade do firmado.

Não há como se responsabilizar os locadores.

Note-se que o contrato tinha a firma reconhecida dos fiadores pelo 4º Tabelião de Notas de Ribeirão Prêto, e nada indicava suspeição quanto às assinaturas lançadas na avença.

Já julgou este Tribunal:

"Locação. Ação declaratória de nulidade de cláusula de fiança em contrato de locação c.c. pedido de indenização por danos morais. Reconhecimento da falsidade das assinaturas e do reconhecimento das firmas dos fiadores no contrato. Nulidade da fiança declarada. Pedido de indenização por danos morais indeferido, ausente dolo ou culpa dos locadores. Sentença mantida Recurso improvido." (Apelação nº. 0054096-60.2003.8.26.0001; Relator(a): Nestor Duarte; 34ª Câmara de Direito Privado; Data do julgamento: 24/02/2016)

Por outro lado, inadmissível a pretensão de imputar as verbas de sucumbência aos apelados, pois em observância ao principio da causalidade, os apelantes apresentaram reconvenção pugnando pela indenização por danos morais, que fora corretamente julgada improcedente.

Ante o exposto, pelo meu voto, NEGO PROVIMENTO ao recurso, nos termos acima alinhavados.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1052229-86.2015.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelado RICARDO LIVIANU, é apelante NEXTEL TELECOMUNICAÇÕES 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 30.125)**

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

São Paulo, 6 de abril de 2016.

MARCOS RAMOS, Relator

EMENTA: Prestação de serviços - Telefonia - Ação de obrigação de fazer e não fazer c.c. indenização por danos morais - Demanda de consumidor, pessoa natural, em face de concessionária de serviço público - Sentença de procedência - Recurso da ré - Manutenção do julgado - Necessidade - Autor que foi alvo de cobrança e apontamentos nos órgãos de proteção ao crédito, em virtude de serviços que alega não terem sido contratados - Ausência de esclarecimentos, por parte da requerida, em torno do ocorrido - Ré que se limitou a arguir ter agido com cuidado e boa-fé, admitindo, porém, a possibilidade de ocorrência de fraude - Danos morais configurados - Indenização devida - Valor arbitrado segundo a gravidade do dano, suas consequências, as condições socioeconômicas das partes e o caráter preventivo da indenização. Apelo da ré desprovido.

VOTO

VOTO DO RELATOR

Trata-se de ação de obrigação de fazer e não fazer com pleito cumulado de indenização por danos morais, proposta por Ricardo Livianu em face de "Nextel Telecomunicações Ltda.", onde proferida sentença que julgou procedente a pretensão deduzida para tornar definitiva a tutela antecipada que determinou a exclusão dos apontamentos restritivos e condenar a ré no pagamento de R$ 15.000,00 a título de indenização por danos morais, corrigidos monetariamente a partir do arbitramento e acrescidos de juros moratórios legais desde a primeira negativação, além das custas, despesas processuais e honorários advocatícios, fixados em 15% sobre o valor da condenação - fls. 77/79 e 83.

Aduz a empresa ré que o julgado merece integral reforma sob alegação, em apertada síntese, de que, se realmente ocorreu fraude no caso em questão, foi tão vítima quanto o autor. Acresce que toma todos os cuidados para que casos como esse não aconteçam, e que os danos morais não restaram devidamente comprovados. Subsidiariamente, requer a redução de seu montante - fls. 87/90.

Após contrarrazões às fls. 95/103, com pleitos de desprovimento do

Acesso ao Sumário

recurso e de condenação da ré por litigância de má-fé, vieram os autos conclusos a este relator.

É o relatório.

Demanda ajuizada ao argumento de que o autor foi surpreendido com a existência de débitos que desconhece, os quais teriam sido contraídos junto à empresa ré, ao que postulou, em sede de tutela antecipada, pela retirada de seu nome do cadastro de maus pagadores, pela declaração de inexigibilidade da pendência e recebimento de indenização por danos morais, na ordem de R$ 15.000,00.

Conforme certidão de fls. 76, restou decorrido prazo legal sem que a requerida contestasse dos pedidos formulados na inicial, ao que restou proferida a sentença ora combatida.

Diante desse quadro, melhor direito assiste mesmo ao autor.

A apelante é prestadora de serviços públicos e essenciais de telefonia, responsável legal por sua disponibilização e pelo bom atendimento dos usuários.

Não logrou trazer aos autos esclarecimentos necessários, tampouco algum elemento que justificasse os débitos lançados em desfavor do apelado, o que era seu exclusivo ônus, a teor do disposto no art. 333, inciso II, do Código de Processo Civil, assim também no art. 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor, que instituiu a inversão do ônus probante.

E, mesmo que se considere a hipótese de fraude perpetrada por terceiro de má-fé, o sistema de contratação adotado pela ré revela incúria grave, com a ressalva de que sua atividade é de risco, devendo responder pelo dano causado, independentemente de culpa (art. 927, parágrafo único, do Código Civil).

Exsurge, portanto, evidente prejuízo moral, ínsito aos fatos, vez que notório o constrangimento e desgaste psicológico por que passou o recorrido, sendo compelido a comprovar judicialmente que jamais firmou a operação envolvendo o débito indevidamente lançado, obrigando-se a se socorrer do Poder Judiciário a fim de ver restabelecido o *status quo ante*.

De outro lado, nenhum reparo merece o valor da verba indenizatória, na medida em que para seu arbitramento foram levados em consideração o grau do prejuízo causado, as condições socioeconômicas das partes e o caráter preventivo da penalização, tal como constou no julgado:

"... As especificidades do caso concreto ajudam a determinar o valor da indenização. Com esse objetivo, cabe destacar que o autor enfrentou situações concretas de constrangimento indevido no seu âmbito de convivência social e familiar, recebendo cobranças frequentes pelo telefone e não conseguindo obter financiamento para compra e venda de veículo automóvel.

Também se depreende a ocorrência de lesões à esfera extrapatrimonial

Acesso ao Sumário

do indivíduo sob o aspecto profissional de seus direitos da personalidade. O autor é sócio de uma banca de advocacia e de uma empresa que presta serviços de assessoria administrativa para condomínios, dependendo por isso da manutenção de conduta ilibada. A existência de débitos insatisfeitos chegou ao conhecimento de contratantes de serviços prestados por sua empresa, afetando a imagem profissional que preservava.

Finalmente, é preciso considerar que durante a expressivo lapso de tempo que perdurou o apontamento restritivo não há registro de outros lançamentos de dívidas insatisfeitas".

O cômputo da correção monetária obedeceu ao quanto consta da Súmula 362 do STJ, e os juros de mora, na hipótese, devem mesmo ser contados da data do primeiro apontamento negativo, já que se cuida de ilícito extracontratual.

Por derradeiro, ressalte-se que a mera interposição de apelação por parte da ré não é suficiente para caracterizar litigância de má-fé.

Ante o exposto, nego provimento ao apelo.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0009629-98.2010.8.26.0114, da Comarca de Campinas, em que é apelante GA CAMPINAS COMÉRCIO DE VEÍCULOS LTDA. (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado GENERAL MOTORS DO BRASIL LTDA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 28ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "NÃO CONHECERAM DO AGRAVO RETIDO E DERAM PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO DE APELAÇÃO. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 17.607)**

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

São Paulo, 8 de abril de 2016.

DIMAS RUBENS FONSECA, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAL E MATERIAL. Apreensão de veículo comercializado pela apelante em razão do motor conter numeração idêntica a outro veículo produzido pela apelada. Alegação de prejuízo. Veículos

produzidos em data anterior a vigência da Resolução nº 250 do Contran que não afasta a obrigatoriedade de garantia de bom uso do bem da vida. Negligência da apelada configurada. Dano material comprovado parcialmente. Desídia da apelante para evitar a deterioração do bem. Aplicação do princípio *duty to mitigate the loss*. Dano moral configurado. Agravo retido não conhecido e parcialmente provido o recurso de apelação.

VOTO

Trata-se de apelação interposta por **GA CAMPINAS COMÉRCIO DE VEÍCULOS LTDA**. nos autos de ação de indenização por danos moral e material promovida contra **GENERAL MOTORS DO BRASIL LTDA**., cujo pedido foi julgado improcedente (fls. 557/562).

Contra a r. sentença a apelante opôs embargos de declaração (fls. 569/572), que foram rejeitados (fls. 585).

Sustentou a apelante, em síntese, que a apelada praticou ato ilícito, consistente na marcação de dois motores de veículos por ela fabricados com numeração idêntica, o que lhe trouxe prejuízos moral e material; que o prejuízo material consiste em ter ficado com patrimônio imobilizado por mais de três anos, até que terminasse a apuração criminal, além da desvalorização do veículo, propriamente dita; que o valor dos honorários advocatícios é exacerbado.

Foram oferecidas contrarrazões com pedido de desprovimento do apelo (fls. 646/670).

É o relatório.

Primeiramente, anota-se que o agravo retido (fls. 214/221), tirado contra a r. decisão que rejeitou a preliminar de ilegitimidade ativa de parte (fls. 206), não será conhecido, porque não reiterado expressamente o pedido de seu julgamento, nas contrarrazões de apelação pela apelada ofertadas.

De acordo com a inicial, a apelante sustentou que atua no comércio de veículos usados e que no exercício de sua atividade vendeu o veículo GM/Kadett, cinza, ano 1989/1990, chassis 9BGKT08VLKC317721, a terceiro, sendo que por ocasião da transferência desse veículo ao nome do adquirente, o DETRAN constatou que o número do motor era o mesmo do automóvel GM/Monza, branco, ano 1986, que teria sido objeto de roubo na cidade de São Paulo.

Diante disso, o órgão apreendeu o veículo que comercializou, dando instauração a procedimento criminal que foi arquivado, porque constatado que ambos os veículos possuíam a mesma numeração de motor (fls. 21/87), contudo, sustentou que o fato de a apelada ter marcado dois motores com a mesma

Acesso ao Sumário

numeração constituiu ato ilícito, que lhe trouxe prejuízo material e moral.

Esclareceu que o prejuízo material consistiu na entrega de outro veículo, de maior valor, ao terceiro adquirente, a fim de que esse não suportasse maiores prejuízos, bem como porque o Kadett demorou mais de três (3) anos para ser liberado pela polícia, causando imobilização de seu passivo e deterioração do bem, em razão da ação do tempo.

A normatização para numeração de motor de veículo constitui matéria que foi regulamentada, pela primeira vez, em setembro de 2007, pela Resolução nº 250 do Contran[1].

Antes da edição dessa Resolução a obrigatoriedade das montadoras de identificar os veículos com numeração distinta, não recaía sobre o número do motor, mas, sim, sobre o cadastro de numeração do *chassis*.

Ainda que assim fosse, a disponibilização em mercado nacional de dois motores com numeração idêntica, pela mesma fabricante, causa tanta perplexidade, que por óbvio não se pode afastar sua culpa na modalidade negligência, pelos danos que a apelante suportou.

Diante da capacidade técnica da apelada, era totalmente previsível que a disponibilização que fez de veículos nessa situação poderia causar prejuízos a terceiros, principalmente no que respeita à esfera criminal e administrativa.

Identificada a culpa da apelada, passa-se a analisar a extensão dos danos que a apelante alegou ter suportado.

Primeiramente, passa-se à análise dos danos materiais.

Como bem esclareceu o laudo pericial não se pode identificar a extensão do prejuízo que a apelante alegou ter sofrido em razão da suposta entrega de bem de maior valor ao adquirente do veículo que apresentou o problema descrito na inicial, porque aos autos não vieram documentos que pudessem demonstrar as afirmações que a apelante fez (fls. 272/282 e 532/540). Os alegados lucros cessantes, também, não foram demonstrados.

O dano material que se mostrou cristalino consiste na deterioração do veículo, objeto da inicial, apenas.

Ao tempo da comercialização referido veículo valia R$6.951,00 (seis mil, novecentos e cinquenta e um reais), de acordo com a Tabela FIPE consultada em 28 de março de 2016 e, segundo a avaliação do veículo, realizada em 27 de janeiro de 2012, esse que possuía condição de sucata valia, apenas, R$1.000,00 (um mil reais) (fls. 253/254).

Alinhe-se que o princípio *duty to mitigate the loss*, originado do direito norte-americano e que vem sendo adotado pela jurisprudência pátria, explicita que o credor, sempre que possível, não poderá agravar desnecessariamente seus

Acesso ao Sumário

1 Estabelece critérios para a regularização da numeração de motores dos veículos registrados ou a serem registrados no País.

prejuízos ou perdas, tratando-se, pois, de obrigação oriunda da boa-fé objetiva a conservação do bem.

Na hipótese em testilha, verifica-se que a apelante foi desidiosa em tomar as medidas necessárias para evitar a deterioração do bem, que foi encontrado na parte dos fundos do estabelecimento, sem cobertura ou qualquer proteção contra intempéries (fls. 254), evidenciando a abusividade de sua conduta.

Diante disso, o prejuízo suportado pelo apelante deve ser diminuído em trinta por cento (30%), pois ficou demonstrado que ele deu azo ao agravamento da deterioração do bem.

Assim, o valor da indenização por dano moral deverá ser calculado da seguinte maneira: atualiza-se, pela tabela prática do TJSP, a partir do ajuizamento da ação (24 de fevereiro de 2010) o valor de R$6.951,00, acrescido de juros de mora de um por cento ao mês, incidentes da citação, tudo até a data do efetivo pagamento; do montante encontrado subtrai-se R$1.000,00 (um mil reais), corrigidos, pela Tabela Prática do TJSP, desde a data da avaliação (27 de janeiro de 2012) até a data do efetivo pagamento.

A indenização material cabível ao apelante será setenta por cento (70%) do saldo encontrado acima.

No presente caso, o dano moral também está configurado, sendo plenamente devida a imposição de sanção pecuniária para o fim de abrandar a exposição negativa suportada indevidamente pela apelante, que teve violada sua honra objetiva eis que os transtornos a esta causados não se limitaram a um ambiente restrito, mas sim, com publicidade.

Certo o dever de indenizar, no que concerne ao *quantum*, de se observar que a indenização deve ser fixada em termos razoáveis, não se justificando que a reparação venha constituir em enriquecimento indevido, com manifestos abusos e exageros, devendo o arbitramento operar com moderação, proporcionalmente ao grau de culpa e ao porte econômico das partes, orientando-se o juiz pelos critérios sugeridos pela doutrina e pela jurisprudência, com razoabilidade, valendo-se de sua experiência e do bom senso, atento à realidade da vida e às peculiaridades de cada caso.

A propósito, a indenização deve ser razoavelmente expressiva, sem que seja fonte de enriquecimento (Apelação Cível 253.723-1, Des. José Osório, JTJ-Lex 199/59).

Considerando as circunstâncias do caso, as condições econômicas dos litigantes, a gravidade objetiva do dano e o seu efeito lesivo, tem-se que a indenização deve ser fixada em R$20.000,00 (vinte mil reais), com correção monetária desde a prolação do V. Acórdão e juros moratórios de um por cento (1%) ao mês desde a data do fato (apreensão do veículo).

Ante ao exposto, pelo meu voto, não conheço do agravo retido e dou

Acesso ao Sumário

provimento parcial ao recurso, para julgar parcialmente procedente o pedido e condenar à apelada a pagar a apelante indenização por dano material e por dano moral, nos moldes fixados acima.

Em face da sucumbência recíproca, arcará a apelada com o pagamento de setenta por cento (70%) das despesas processuais e dos honorários advocatícios, estes ora fixados em dez por cento (10%) do valor total da condenação, respondendo a apelante pelos trinta por cento (30%) restantes, admitindo-se a compensação, observando-se, contudo, tratar-se ela de beneficiária da justiça gratuita.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0010948-37.2012.8.26.0533, da Comarca de Santa Bárbara D'Oeste, em que é apelante AYMORÉ CRÉDITO, FINANCIAMENTO E INVESTIMENTO S/A, é apelada VALDIRENE MORAIS OLIVEIRA.

ACORDAM, em 30ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento em parte ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 14599)**

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

São Paulo, 6 de abril de 2016.

MARIA LÚCIA PIZZOTTI, Relatora

Ementa: APELAÇÃO – BUSCA E APREENSÃO – PURGAÇÃO DA MORA – RECURSO REPETITIVO. – Nos contratos firmados na vigência da Lei n. 10.931/2004, compete ao devedor, no prazo de 5 (cinco) dias após a execução da liminar na ação de busca e apreensão, pagar a integralidade da dívida – entendida esta como os valores apresentados e comprovados pelo credor na inicial –, sob pena de consolidação da propriedade do bem móvel objeto de alienação fiduciária. Inviabilidade, portanto, de purgação de mora mediante o pagamento apenas das parcelas vencidas.

Acesso ao Sumário

RECURSO PROVIDO PARCIALMENTE

VOTO

Vistos.

Trata-se de recurso de apelação interposto contra a r. decisão de fls. 112/113, cujo relatório se adota, que julgou extinto o processo, sem julgamento do mérito, nos termos do artigo 267, VI, do Código de Processo Civil e condenou a ré ao pagamento das custas e despesas processuais e verba honorária fixada em R$ 500,00 (quinhentos reais), com a observação da gratuidade concedida.

Entendeu a Ilustre Magistrada de Primeira Instância que os valores depositados pela ré eram suficientes para a purgação da mora.

Irresignada a autora recorreu.

Argumentou que para ser válida a purgação da mora, a requerida deveria pagar a totalidade do débito.

Recurso regularmente processado, não houve apresentação de contrarrazões e os autos foram remetidos a este Egrégio Tribunal.

É o relatório.

Induvidosa a ***verticalização*** das decisões dos Tribunais Superiores, que, aqui, pode ser exemplificada pelos artigos 543-B e 543-C, do Código de Processo Civil, introduzidos pela Lei n. 11.672, de 2008. Ainda que não tenham força verdadeiramente vinculante e estejam sujeitos ao critério de justiça ou à crítica acadêmica, tais precedentes detêm **força persuasiva *especial e diferenciada* ("*quase-vinculante*"), "*a ponto de tornar a sua aplicação praticamente impositiva às futuras demandas*"** (MACEDO, Revista da PGFN, Parecer 492/2010).

De fato, a decisão proferida no Recurso Especial n. 1.418.593/MS poderia ser qualificada como **inconstitucional**, com fundamento no **retrocesso** de direito fundamental do consumidor. Todavia, afrontar a **eficácia persuasiva *diferenciada*** dos recursos repetitivos pode, igualmente, ser considerado **inconstitucional**. Isto porque, se por um lado a Constituição Federal tutela o consumidor, igual relevância tem a proteção à **duração razoável** dos processos e a **segurança jurídica**.

E, ainda que esta Relatora discorde, ignorar o precedente repetitivo seria **inconsequente** e **fantasioso**. Se alterada a decisão, em contrariedade ao entendimento sedimentado do STJ, inevitavelmente, a financeira irá se insurgir contra a decisão no Tribunal Superior e os argumentos da decisão sucumbiriam ao ***stare decisis***, apenas prolongando a discussão.

Em síntese, não há dúvida da razoabilidade do sustentado pelo MM. Magistrado, mas, contrariar o precedente julgado no rito do artigo 543-C,

Acesso ao Sumário

do Código de Processo Civil importaria em ato de rebeldia prejudicial ao jurisdicionado. Ainda que o consumidor viesse a "comemorar" a decisão que, inequivocamente, lhe permitiria manter-se na posse do bem pagando "apenas" as parcelas vencidas, logo sobreviria decisão em sentido contrário, cujo trâmite, além de moroso, fatalmente geraria maior débito (custas judiciais, por exemplo).

Deste modo, o entendimento em sentido contrário deve se curvar à tese de que é inviável, de acordo com a atual legislação, a purgação da mora mediante **pagamento parcial**. Veja-se:

> ***"ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C DO CPC. AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO. DECRETO-LEI N. 911/1969. ALTERAÇÃO INTRODUZIDA PELA LEI N. 10.931/2004. PURGAÇÃO DA MORA. IMPOSSIBILIDADE. NECESSIDADE DE PAGAMENTO DA INTEGRALIDADE DA DÍVIDA NO PRAZO DE 5 DIAS APÓS A EXECUÇÃO DA LIMINAR. 1. Para fins do art. 543-C do Código de Processo Civil: 'Nos contratos firmados na vigência da Lei n. 10.931/2004, compete ao devedor, no prazo de 5 (cinco) dias após a execução da liminar na ação de busca e apreensão, pagar a integralidade da dívida – entendida esta como os valores apresentados e comprovados pelo credor na inicial –, sob pena de consolidação da propriedade do bem móvel objeto de alienação fiduciária'. 2. Recurso especial provido." (REsp 1418593/MS – Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO – DJe 27/05/2014)***

O pagamento apenas das parcelas vencidas, não é capaz de elidir a busca e apreensão.

Deve ser destacado que houve a determinação de remessa do autos ao Contador Judicial para averiguação se a purgação fora completa (fls.71). Contudo, o cálculo elaborado pelo Contador judicial, levou em consideração apenas, as parcelas em atraso.

Assim, é o caso de ser apurado o valor da diferença e concedido o prazo de cinco dias para o depósito por parte da ré.

Diante do exposto, **DOU PROVIMENTO EM PARTE AO RECURSO**, a fim de anular a sentença que julgou extinto o processo em face da purgação da mora.

Determino que os autos sejam novamente remetidos ao Contador Judicial, para apuração da diferença a ser depositada, levando em consideração a planilha de fls.45.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0005825-65.2014.8.26.0120, da Comarca de Cândido Mota, em que é apelante ADEMIR JOSÉ DA SILVA (ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA), é apelado MERCADOPAGO. COM REPRESENTAÇÕES LTDA.

ACORDAM, em 32ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento em parte ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 33.415)**

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

São Paulo, 14 de abril de 2016.

KIOITSI CHICUTA, Relator

Ementa: Compra e venda de produtos pela internet. Pagamento do preço com uso de cartão de crédito e produtos não entregues. Ação movida contra empresa que dispõe de sistema de proteção financeira de pagamentos. Sentença de improcedência. Recurso do autor. Legitimidade passiva da responsável pela gestão de pagamento. Responsabilidade objetiva. Art. 14 do Código de Defesa do Consumidor. Dever de reparação do prejuízo. Compras a serem debitadas de cartão de crédito do consumidor cujo pagamento foi assegurado por terceiro e reconhecido pela ré. Dano material caracterizado. Dano moral não caracterizado. Mero descumprimento contratual. Ausência de ofensa ao direito de personalidade. Indenização indevida. Provimento parcial do recurso.

A ré MercadoPago é responsável pela gestão dos pagamentos e garante seu método, não podendo se esquivar de responsabilidade invocando condição de mera intermediadora. A responsabilidade é objetiva, nos termos do art. 14 do Código de Defesa do Consumidor, devendo reparar os danos sofridos pelo autor. No caso, a compra foi efetuada por meio de cartões de crédito, em parcelas, sendo a operação de pagamento direta pela controladora do cartão,

Acesso ao Sumário

não se exigindo que o autor comprove o pagamento à operadora, porquanto a dívida é inerente ao faturamento em seu nome.

Para caracterizar-se dano moral pressupõe-se ofensa anormal à personalidade. Não se enquadra como tal o mero inadimplemento contratual sem excepcionalidades, a ensejar indenização extrapatrimonial.

VOTO

Trata-se de recurso interposto contra r. sentença de fls. 87/92 que julgou improcedente ação indenizatória, sem condenação em custas e honorários nos termos da Lei 1060/50.

Alega o autor que adquiriu mercadorias no *site* de revendas online no valor total de R$ 4.029,74 através do sistema de pagamento intermediado pelo *site* de proteção financeira MercadoPago, sendo o valor da compra dividido em três cartões de crédito, com parcelamentos. Afirma que os valores foram liberados pelo MercadoPago, mas as mercadorias não foram entregues. Aduz que descobriu ter sido vítima de estelionato e a empresa garantidora de que o pagamento somente seria liberado após a entrega do produto é responsável pelo ressarcimento, pois liberou valores antes da confirmação de entrega. Discorre sobre o dano material e sobre a responsabilidade objetiva e dever de restituição em dobro. Consigna que houve dano moral diante do descaso na solução do problema e que ultrapassa mero dissabor ou desconforto, tendo ainda caráter pedagógico.

Processado o recurso (autor beneficiário da justiça gratuita) com contrarrazões nas quais a ré apontando a certificação do MercadoLivre como "empresa amiga da justiça" e que se trata de gestora de meio de pagamento, sendo a negociação direta com o vendedor do produto e sem relação com o ocorrido. Discorre sobre o sistema MercadoPago que atua como plataforma de pagamentos pela internet para facilitar o cumprimento dos contratos, podendo ser utilizado tanto para operações dentro do *site* MercadoLivre como de outros de comércio eletrônico, para viabilizar o pagamento por meio de cartão de crédito, boleto ou transferência, sendo apenas um canal de comunicação, sendo remetidos os valores aprovados pelo estabelecimento diretamente ao real vendedor do produto, sem nexo de causalidade com o ocorrido. Cita julgado. Quanto ao dano moral invoca que se trata de mero dissabor e consigna que os danos materiais não foram comprovados pois as faturas apenas demonstram a programação de descontos no cartão mas sem demonstração do efetivo pagamento. Os autos foram encaminhados a este Tribunal.

Acesso ao Sumário

É o relatório do necessário.

Ao que se vê dos autos, o autor comprou, pela internet, peças de informática e efetuou o pagamento através do sistema fornecido pela ré de proteção financeira "MercadoPago", com comprovação do total da compra e da aprovação por meio de três cartões de crédito (fls. 11/13). A ré, de sua parte não nega o repasse do numerário ao vendedor (fl. 32, item 16 e fl. 33, item 27), sendo ainda incontroverso que o produto não foi entregue. A justificativa da ré é no sentido de que sua atividade é de mera facilitação de pagamento, gerenciando-o, sem responsabilidade sobre a transação de comercialização de qualquer produto.

Consta da sentença que a ré é parte legítima, na condição de intermediária, como gestora de pagamentos, sendo caso de responsabilidade objetiva e com nexo de causalidade comprovado. Afastou o direito ao ressarcimento do valor por considerar que as faturas apenas comprovam a programação de descontos no cartão de crédito e não os pagamentos do cartão.

Reforçando os argumentos da sentença, a gerenciadora de pagamentos na venda "on line" compõe a cadeia de fornecedores do produto na relação jurídica descrita na inicial, nos termos do art. 3º, § 2º e 7º, parágrafo único do Código de Defesa do Consumidor, não se cuidando de mera intermediadora como se apresentou. Na verdade, a pretexto de se cuidar de mera intermediadora financeira, que proporciona segurança nas transações realizadas por meios eletrônicos, a empresa aufere lucro quando da utilização de seus serviços (fl. 61, item 2.5.1), de forma que possui o dever de indenizar eventuais prejuízos causados, independentemente se a culpa pela não entrega da mercadoria é exclusiva do vendedor. Basta simples leitura do contrato para verificar os mecanismos da pretensa segurança, tratando sempre da confirmação de recebimento do produto (fl. 56/57).

Tais mecanismos previstos contratualmente não foram observados e não há sequer demonstração de repasse do valor pago pelo autor. A responsabilidade da ré é objetiva, nos termos do art. 14, § 3º do Código de Defesa do Consumidor.

Em outras palavras, no sistema denominado "mercado pago" (plataforma de pagamentos oferecida pelo *site*), o dinheiro é entregue ao prestador do serviço em custódia até autorização do comprador de repasse ao vendedor, após a entrega da mercadoria. Há prova nos autos da reclamação enviada, de confirmação do negócio, inclusive apontando contato com o vendedor e a falta de solução (fl. 14).

Nesse sentido julgado deste C. Tribunal de Justiça:

"RESPONSABILIDADE CIVIL. Prestação de serviços. Relação de consumo. Responsabilidade objetiva e solidária das rés Mercadolivre e MercadoPago pela falha no sistema de controle de pagamento de produtos vendidos em seu sítio eletrônico. Risco da atividade. Dano material demonstrado.

Acesso ao Sumário

Impossibilidade de repetição em dobro do indébito. Inaplicabilidade do art. 42 do CDC uma vez que não há prova da má-fé das rés. Recursos parcialmente providos". (AP. 0013993-56.2013.8.26.0002, Des. Gilson Delgado Miranda).

"Bem móvel. Televisor. Compra e venda. Ação de indenização por danos morais e materiais, com pedido de tutela antecipada. Demanda de consumidor em face das empresas vendedora e intermediadora de pagamento. Sentença parcial procedência. Parcial reforma do julgado para reconhecer a solidariedade passiva da ré 'Akatus'. Necessidade. Mercadoria paga por meio de cartão de crédito, em 3 parcelas, mas que não foi entregue. Empresa corré (Akatus) que intermediou a relação de consumo mediante disponibilização de plataforma de pagamento eletrônico. Responsabilidade solidária entre os fornecedores de produtos e serviços. (...) Apelo do autor parcialmente provido". (Apelação nº 1010578-11.2014.8.26.0100, Rel. Des. Marcos Ramos, 30ª Câmara, J. 12/08/2015).

A questão fulcral é que não houve negativa de pagamento do preço, até porque estão aprovadas as operações dos cartões (11/13), tendo a ré afirmado o repasse ao vendedor (embora não comprovado).

Ou seja, a ré não demonstra que o serviço foi eficiente e que a falha não existiu ou que os danos ocorreram por culpa do consumidor ou de terceiro (no caso, o vendedor não é terceiro, pois participa da cadeia de negociação), devendo, assim, ressarcir o autor dos danos materiais sofridos.

Nesse sentido entendimento do C. Superior Tribunal de Justiça:

"DIREITO DO CONSUMIDOR. RECURSO ESPECIAL. SISTEMA ELETRÔNICO DE INTERMEDIAÇÃO DE NEGÓCIOS. MERCADO LIVRE. OMISSÃO INEXISTENTE. FRAUDE. FALHA DO SERVIÇO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO PRESTADOR DE SERVIÇO. 1-Tendo o acórdão recorrido analisado todas as questões necessárias ao deslinde da controvérsia não se configura violação ao art. 535, II, do CPC. 2- O prestador de serviços responde objetivamente pela falha de segurança do serviço de intermediação de negócios e pagamento oferecido ao consumidor. 3- O descumprimento, pelo consumidor (pessoa física vendedora do produto), de providência não constante do contrato de adesão, mas mencionada no site, no sentido de conferir a autenticidade de mensagem supostamente gerada pelo sistema eletrônico antes do envio do produto ao comprador, não é suficiente para eximir o prestador de serviço de intermediação da responsabilidade pela segurança do serviço por ele implementado, sob pena de transferência ilegal de um ônus próprio da atividade empresarial explorada. 4- A estipulação pelo fornecedor de cláusula exoneratória ou atenuante de sua responsabilidade é vedada pelo art. 25 do Código e Defesa do Consumidor. 5- Recurso provido". (REsp nº 1107024/DF, Rel. Min. Maria Isabel Galotti, J. 1/12/2011, g.n.).

Acesso ao Sumário

Diante da não entrega do produto deve o autor ser ressarcido do valor pago. E, neste ponto, com o devido respeito ao convencimento externado, cabe considerar que a operação se realizou por meio de cartões de crédito e as parcelas estão devidamente lançadas nas faturas pelas operadoras de cartões (fls. 17/19). O modo de operação é fato notório, ou seja, o valor é integralmente creditado pela instituição financeira à destinatária do crédito; sendo debitada, parceladamente, na fatura do autor, o qual é responsável pelos pagamentos mensais à operadora, arcando inclusive com encargos em caso de atraso e se submetendo aos efeitos daquele contrato, estranho à lide. Em outras palavras, nas operações com cartão de crédito, o pagamento é aprovado pela operadora de cartão de crédito e liberado no valor integral, sendo parcelado para o cliente. Eventual pendência desse último com a operadora não descaracteriza que o numerário chegou à ré na forma de pagamento. Portanto, o ressarcimento é medida de rigor, no valor de R$ 4.029,74.

A repetição em dobro, porém, não é acolhida. É entendimento majoritário neste Tribunal e no C. STJ que a aplicação da devolução em dobro, nos termos do art. 42 do CDC, exige a prova de má-fé.

Confira-se o precedente do C. STJ:

"PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE RELAÇÃO JURÍDICA C/C INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. DANO MORAL. INEXISTÊNCIA. DEVOLUÇÃO EM DOBRO. DESCABIMENTO. AUSÊNCIA DE MÁ-FÉ. SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA. OCORRÊNCIA. 1.- Para se presumir o dano moral pela simples comprovação do ato ilícito, esse ato deve ser objetivamente capaz de acarretar a dor, o sofrimento, a lesão aos sentimentos íntimos juridicamente protegidos, o que não ocorreu no caso. 2.- A devolução em dobro dos valores pagos a maior só é cabível em caso de demonstrada má-fé, o que não ficou caracterizado na hipótese dos autos. 3.- Correta a decisão que reconheceu a existência de sucumbência recíproca na hipótese em que o autor pleiteou a declaração de inexistência da obrigação entre as partes, o cancelamento do contrato, a devolução, em dobro, do valor indevidamente cobrado e a condenação do recorrido em danos morais, sendo, ao final, o pedido julgado parcialmente procedente apenas para declarar inexigível o valor da cobrança não reconhecida pelo consumidor e determinar a devolução das quantias já pagas, de forma simples. 4.- Agravo Regimental improvido." (AgRg no REsp n. 1.346.581-SP, j. 23-10-2012, rel. Min. Sidnei Beneti).

De outra parte, resta análise da indenização por dano moral.

A indenização por dano moral é indevida. O pedido de indenização funda-se no descumprimento contratual da entrega da mercadoria, que redundou na devolução do valor pago. As perdas e danos pressupõem efetividade e

Acesso ao Sumário

que, no caso, não existe, não passando de situação de mero descumprimento contratual. Aliás, a respeito esta Câmara já teve oportunidade de apreciar a matéria, com respaldo em jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça: "O mero inadimplemento contratual não dá ensejo ao pedido de indenização por danos morais, por não agredir a personalidade da vítima". Como bem elucidou o Relator, Ministro João Otávio de Noronha, do E. STJ, no REsp nº 876.527-RJ: "É certo que o inadimplemento de contrato gera frustração na parte contratante, mas que não se apresenta como suficiente para produzir dano moral, que pressupõe ofensa anormal à personalidade. Assim, para que se entenda que houve conduta desviante da recorrente que pudesse abalar psiquicamente a parte de modo significativo, deve-se investigar não o descumprimento contratual per si, mas as circunstâncias que o envolveram, e isso não foi tratado nos autos".

O dano moral, consoante anota Antonio Jeová dos Santos, "somente ingressará no mundo jurídico, com a subsequente obrigação de indenizar, em havendo alguma grandeza no ato considerado ofensivo a direito personalíssimo. Se o ato tido como gerador do dano extrapatrimonial não possui virtualidade para lesionar sentimentos ou causar dor e padecimento íntimo, não existiu o dano moral passível de ressarcimento. Para evitar a abundância de ações que tratam de danos morais presentes no foro, havendo uma autêntica confusão do que seja lesão que atinge a pessoa e do que é mero desconforto, convém repetir que não é qualquer sensação de desagrado, de molestamento ou de contrariedade que merecerá indenização. O reconhecimento do dano exige determinada envergadura" (Dano moral indenizável, pág. 113).

Em suma, ao recurso do autor dá-se parcial provimento para condenar a ré ao ressarcimento da quantia de R$ 4.029,74, corrigida desde 14.10.2014, com juros de mora desde a citação. Diante do decaimento recíproco (art. 21 do CPC/1973), cada parte responderá pela metade das custas e honorários de seus advogados.

Isto posto, dá-se parcial provimento ao recurso.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1002753-43.2013.8.26.0361, da Comarca de Mogi das Cruzes, em que é apelante LUIZ CARLOS VIANA BARBOSA, é apelado TAM LINHAS AÉREAS 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 16031)**

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

São Paulo, 14 de abril de 2016.

SPENCER ALMEIDA FERREIRA, Relator

Ementa: TRANSPORTE AÉREO INTERNACIONAL – Extravio temporário de bagagens – Danos materiais – Alegação de que as malas extraviadas foram devolvidas com violação, tendo sido subtraídos objetos de valor (aparelhos eletrônicos e roupas) adquiridos no exterior – Prova da aquisição de tais bens – Ausência de prova, no entanto, de que todos os produtos se encontravam na mala extraviada – Aparelhos eletrônicos, ademais, que devem ser transportados em bagagem de mão ou previamente declarados – Sentença que, corretamente, condenou a requerida a ressarcir apenas os valores comprovadamente gastos com itens de vestuário – Danos morais – Ocorrência – Dissabores decorrentes do extravio das malas que não se comparam a mero aborrecimento do dia-a-dia – Responsabilidade objetiva da ré – Art. 14 do CDC – Indenização pecuniária devida – *Quantum* indenizatório que deve ser arbitrado com equilíbrio e proporcionalidade, evitando-se o enriquecimento sem causa de quem o recebe e o empobrecimento, também ilícito, de quem o paga – Valor que deve atender às finalidades punitiva e ressarcitória – Montante de R$ 6.000,00 (seis mil reais) que atende as finalidades da reparação pecuniária – Atualização pela Tabela Prática do TJSP a partir da publicação da sentença e acréscimo de juros de mora de 1% ao mês a partir da citação – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

VOTO

1.- Trata-se de recurso de apelação interposto em face da r. sentença de fls. 130/135 que, em ação de indenização por danos materiais e morais, julgou parcialmente procedentes os pedidos iniciais, para o fim de condenar a ré ao pagamento dos valores indicados no documento de fls. 16, emitido pela Loja "Lacoste" e documento de fls. 17, com conversão para moeda nacional e

Acesso ao Sumário

incidência de correção monetária na data da compra, bem como incidência de juros legais de mora desde a citação.

Recorreu o autor às fls. 139/144, requerendo a reforma do julgado, afirmando, em síntese, que restou devidamente comprovada a aquisição dos produtos extraviados, e que apenas não colocou tais produtos na bagagem de mão pois sabia que, durante a longa viagem de retorno, fatalmente iria dormir e, portanto, "não teve dúvida em guardar seus valiosos pertences em suas malas e despachá-las, sentindo-se com mais segurança contra a ação de algum passageiro esperto ao manusear objetos alheios enquanto seu dono dorme profundamente." Requer a reforma da r. sentença para o ressarcimento integral dos danos materiais, bem como para a condenação da apelada ao pagamento de indenização a título de danos morais.

Recurso tempestivo, preparado e respondido.

É o relatório.

2.- Cuida-se de ação de indenização por danos morais e materiais, por meio da qual o autor afirma que realizou viagem pela Companhia Aérea requerida para Nova York e que, quando do desembarque, no Aeroporto de Guarulhos, em 12.01.2013, duas de suas quatro malas não chegaram, fato este que foi imediatamente comunicado no balcão de atendimento da empresa ré.

Alega que suas malas chegaram no dia seguinte (13.01.2013), às 18:00h, porém não lhe foram entregues diretamente, mas sim deixadas na portaria do condomínio onde reside, sendo que o porteiro lhe informou que o entregador apenas deixou as malas e saiu rapidamente.

Constatou o autor, então, que suas malas haviam sido violadas, sendo retirados os cadeados e colocados lacres de plástico, faltando mercadorias que havia adquirido em Nova York, a saber: "dois Mac-Pro", "dois IPAD 3", "uma filmadora Sony HXR-mc 2000u", "dois Iphone 5" e todos os acessórios dos aparelhos e roupas diversas.

Requer a devolução do valor pago a título de transporte e taxas, no importe de R$ 3.369,96 (três mil, trezentos e sessenta e nove reais e noventa e seis centavos), bem como o ressarcimento pela perda dos pertences, no importe de R$ 26.490,89 (vinte e seis mil, quatrocentos e noventa reais e oitenta e nove centavos), além de indenização por danos morais no montante de quinze salários mínimos.

Acesso ao Sumário

Em contestação, a apelada aduziu que a indenização deve ser limitada pela Convenção de Montreal e que, de fato, a bagagem despachada pelo autor fora extraviada temporariamente no referido voo, mas que o recibo de entrega de bagagem assinado pelo apelante exclui da responsabilidade da Companhia Aérea os seguintes itens que estiverem dentro da mala: artigos frágeis e perecíveis, dinheiro, joias, papéis negociáveis, ações ou outros valores,

amostras ou documentos de negócios, aparelhos eletroeletrônicos, tais como CD Players, CD-Rom, câmeras de vídeos, discos, máquinas fotográficas, notebooks, telefones celulares, etc., incluindo seus respectivos acessórios.

Aduziu que as bagagens transportadas pelos passageiros se submetem a uma série de regras, especificadas no próprio bilhete de bagagem, com a informação de que objetos frágeis e de grande valor, tais como eletrônicos portáteis, máquinas fotográficas, câmeras de vídeo e seus respectivos acessórios, tal como fone de IPOD, Notebooks, perfumes, CD-ROM, joias, documentos etc., não podem ser transportados na bagagem despachada, sendo que o despacho de tais itens constitui inadimplemento contratual por parte do passageiro.

Tais objetos, consoante a ré, jamais poderiam ter sido despachados como bagagem comum, devendo ser transportados em bagagem de mão ou, no mínimo, serem despachados como carga especial.

Alegou, ainda, que inexistiu o aludido dano moral, mas tão somente mero dissabor ou aborrecimento decorrente do cotidiano.

A r. sentença julgou a ação parcialmente procedente, para condenar a ré ao pagamento dos valores relativos às compras de vestuário efetivadas pelo autor (documentos de fls. 16 e 17), ao fundamento de que "no tocante aos produtos adquiridos na loja Apple, entre eles 'ipad' e 'iphone', não é crível que o autor tenha despachado tais equipamentos eletrônicos, sendo o usual que sejam carregados na bagagem de mão em razão de seus valores e de sua natureza de produtos eletrônicos", sendo que "quanto ao produto adquirido na loja B&H Photo & Video, o documento de fls. 14 não está legível..."

Afastou o pedido de indenização por dano moral, por entender que não restou caracterizado o referido dano, mas apenas mero aborrecimento, já que as malas foram localizadas e devolvidas ao autor e tampouco tinham os objetos perdidos relação sentimental para o autor, já que eram apenas roupas adquiridas na viagem.

Pois bem.

É cediço que as companhias aéreas costumam divulgar amplamente a recomendação de que objetos de valor sejam transportados com o passageiro, na bagagem de mão, ou, na impossibilidade, que tais itens sejam previamente declarados.

Assim, é evidente que o autor agiu sem o necessário cuidado, ao despachar produtos de valor que deveriam ser transportados em bagagem de mão ou, então, previamente declarados.

Por outro lado, é certo que, em que pese o Boletim de Ocorrência de fls. 20/22 tenha listado os itens que o autor declarou terem desaparecido, bem como as notas fiscais de fls. 14/17 atestem a compra de diversos aparelhos eletrônicos e roupas, não é possível afirmar, com certeza, que os referidos itens estavam

Acesso ao Sumário

todos dentro das malas que foram temporariamente extraviadas, razão pela qual não é possível acolher o pedido de reparação por danos materiais em sua integralidade, tendo a r. sentença bem se posicionado no seguinte sentido:

> "No tocante aos produtos adquiridos na loja Apple, entre eles, 'ipad' e 'iphone', não é crível que o autor tenha despachado tais equipamentos eletrônicos, sendo o usual que sejam carregados na bagagem de mão em razão de seus valores e de sua natureza de produtos eletrônicos. (...) Caso o autor tenha realmente despachado tais equipamentos, é preciso salientar que agiu de forma negligente, deixando de ter o cuidado necessário com aparelhos valiosos e de pequeno tamanho que devem ser levados pessoalmente.
>
> Quanto ao produto adquirido na loja 'B&H Photo & Video', (...) trata-se de produto de valor expressivo e não seria crível que tivesse o autor despachado ao invés de ter o cuidado de levar com ele na bagagem de mão."

A fixação dos danos materiais na r. sentença, apenas em relação aos itens de vestuário, foi equitativa diante das peculiaridades do caso concreto, sendo importante trazer a baila julgados desta C. Corte que se manifestam em sentido semelhante:

> "TRANSPORTE AÉREO – Perda de vôo e extravio de parte da bagagem – Inteligência dos arts. 6º, inciso VI e 14 do Código de Defesa do Consumidor – Inaplicabilidade da indenização tarifada prevista na Convenção de Varsóvia, que fora substituída pela Convenção de Montreal – Circunstância em que a companhia aérea deve reparar os danos morais e materiais advindos tanto pela perda do vôo como pelo extravio de parte da bagagem do autor – Impossibilidade de se acolher o valor total pretendido pelo autor a título de danos materiais, diante da falta de elementos nos autos capaz de comprovar, com segurança, os objetos faltantes na mala temporariamente extraviada e em razão do apelante ter agido com extrema negligência ao despachar na bagagem dinheiro em espécie e equipamentos eletrônicos – Fixação da indenização por danos materiais em R$ 3.000,00 e por de danos morais em R$ 4.000,00, atualizados a partir da publicação do acórdão e com juros de mora a partir da citação – Recurso parcialmente provido.
>
> (...)
>
> De antemão, não há se falar em ressarcimento com relação aos 1.800,00 euros (dinheiro em espécie), bem como com relação aos aparelhos eletrônicos (notebook e máquina fotográfica) que teriam sido colocados na bagagem despachada, primeiramente, porque não é crível que o autor não os tenha mantido juntos a si, na bagagem de mão, por serem objetos de valor e necessitarem de cuidados especiais e, mesmo que o autor tenha de fato colocado tais objetos na mala, agiu com culpa diante de sua extrema negligência, devendo, assim, responder por sua falha. Ademais, é certo que os produtos eletrônicos deveriam ter

Acesso ao Sumário

sido declarados na Receita Federal, no embarque, se o apelante já os possuía ou no desembarque, caso tivesse adquirido tais bens no exterior. Assim sendo, entendemos ser de bom alvitre que, no que tange a fixação dos danos materiais, diante da ausência de comprovação dos objetos efetivamente extraviados, sopesando o valor compatível das roupas e artigos pessoais, com exceção dos objetos acima descritos que não podem ser ressarcidos, tal indenização deve ser fixada em R$ 3.000,00 e, a título de danos morais, em R$ 4.000,00, atualizados a partir da publicação do acórdão e com juros de mora a partir da citação."[1]

"Responsabilidade civil – Transporte aéreo – Furto de aparelho eletrônico que se encontrava em bagagem despachada – Ausência de comprovação do referido despacho – Ônus do qual o autor não se desincumbiu, nos termos do art. 333, I, do Código de Processo Civil – Disponibilização, pela empresa aérea, de informações referentes aos itens que devem ser despachados em bagagem de mão – Dever de indenizar afastado – Danos materiais e morais não configurados – Ação improcedente – Apelação provida."[2]

"TRANSPORTE INTERNACIONAL. Danos materiais e morais. Extravio de bagagens. Aplicação do art. 14 do CDC. DANOS MATERIAIS. Ausência de comprovação dos objetos efetivamente transportados nas bagagens extraviadas. Manutenção da condenação imposta ao fornecedor pelos danos materiais. Inteligência ao art. 738, parágrafo único, do Código Civil. Correta a fixação de primeiro grau, arbitrada equitativamente. DANOS MORAIS. Reconhecimento. Transtornos e aflições decorrentes do fato. Quantum mantido, por se mostrar proporcional e adequado. Sentença mantida. JUROS MORATÓRIOS. Danos morais e materiais. Termos iniciais. Pretensão de que a contagem se inicie do evento danoso. Inadmissibilidade. Obrigação contratual. Incidência a partir da citação válida, nos termos do artigo 219, do Código de Processo Civil e 405 do Código Civil, sendo inaplicável, à espécie, a Súmula 54 do Superior Tribunal de Justiça. Sentença mantida. RECURSO NÃO PROVIDO."[3]

Quanto à indenização por dano moral afastada pela r. sentença, em que pese a ré/apelada insistir na tese de sua inexistência, alegando apenas mero aborrecimento decorrente de fato do cotidiano, é certo que a privação do consumidor de suas roupas e pertences pessoais, ainda que temporária, caracteriza transtorno que transcende aqueles males comezinhos do dia-a-dia, ensejando a reparação pecuniária.

Acrescente-se ser fato incontroverso que as malas extraviadas apenas

1 Apelação n° 7276856-8, 17ª Câmara Direito Privado, Rel. Des. Tercio Negrato, j. em 10 de novembro de 2008.

2 Apelação nº 7189129-9, 12ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. José Reynaldo, j. em 11 de março de 2009.

3 Apelação nº 0004149-93.2011.8.26.0506, 38ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Fernando Sastre Redondo, j. em 29 de outubro de 2014.

Acesso ao Sumário

foram entregues no condomínio em que o autor reside, um dia após sua chegada no aeroporto de Guarulhos, por volta das 18:00h, sendo que o transtorno causado consiste na notícia de que as bagagens não chegaram ao destino, nas horas de espera e na incerteza quanto à recuperação dos pertences, os quais, não podem, simplesmente, ser equiparados a mero aborrecimento do cotidiano.

De se aplicar ao caso a responsabilidade objetiva prevista no artigo 14, *caput*, do CDC[4], sendo que resta caracterizada a responsabilidade da ré, inclusive decorrente da assunção do risco empresarial pelos serviços que disponibiliza no mercado, havendo, na espécie, o dever de indenizar o dano moral suportado pelo autor.

Quanto ao valor fixado a título de reparação por danos morais, é cediço que deve se pautar pelos critérios de equidade que levem em consideração a posição social dos ofendidos, o comportamento do ofensor, a repercussão da ofensa e o caráter punitivo da indenização, visando a desestimular a prática reiterada de atos da envergadura desse narrado nos autos.

Nesse sentido:

"PROCESSUAL CIVIL – DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL – Majoração do *quantum* indenizatório. Desnecessidade. Verba ressarcitória fixada com moderação. I – A indenização por dano moral objetiva compensar a dor moral sofrida pela vítima, punir o ofensor e desestimular este e outros membros da sociedade a cometerem atos dessa natureza."[5]

Além disso, a indenização deve ser, de acordo com a jurisprudência, arbitrada com equilíbrio e proporcionalidade, evitando-se que ocorra o enriquecimento sem causa de quem a recebe e, inversamente, o empobrecimento, também ilícito, de quem a paga.

No caso dos autos, sopesando-se as circunstâncias apresentadas, tem-se que o montante de R$ 6.000,00 (seis mil reais) revela-se adequado para indenizar o autor pelos danos morais suportados, bem como servir de desestímulo à companhia aérea para evitar novas práticas de atos tais como narrado neste feito.

O valor arbitrado deverá ser corrigido monetariamente pela Tabela Prática do TJSP a partir da publicação do acórdão (Súm. 362 do STJ), acrescido de juros de mora de 1% ao mês desde a citação.

3.- Pelo exposto, **dá-se parcial provimento** ao recurso.

Acesso ao Sumário

4 Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.

5 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.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0149265-95.2008.8.26.0002, da Comarca de São Paulo, em que são apelantes DIBENS LEASING S/A ARRENDAMENTO MERCANTIL e AZUL COMPANHIA DE SEGUROS GERAIS, é apelada MARIA EVANGELISTA BENTO.

ACORDAM, em 26ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Acolheram a preliminar e deram provimento ao recurso do banco, e desacolheram o apelo da seguradora, com observação. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 17.113)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores FELIPE FERREIRA (Presidente sem voto), BONILHA FILHO e RENATO SARTORELLI.

São Paulo, 14 de abril de 2016.

ANTONIO NASCIMENTO, Relator

Ementa: APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS – RESPONSABILIDADE CIVIL – ACIDENTE DE VEÍCULO – ATROPELAMENTO – CULPA CONCORRENTE. Ilegitimidade passiva da arrendadora, que não é solidariamente responsável pelos danos causados a terceiros, pelo arrendatário, no uso do carro financiado. Responsabilidade Civil Subjetiva. Existência de culpa concorrente. Danos morais e materiais evidenciados. Aplicação dos princípios da proporcionalidade e razoabilidade. Lide secundária. Procedência. Responsabilidade direta e solidária da seguradora, a teor do que preceitua a Súmula 537 do E. STJ. Os danos corporais previstos na apólice englobam os danos morais e estéticos, se não houve cláusula de exclusão expressa deles. PRELIMINAR ACOLHIDA. RECURSO DO BANCO PROVIDO E APELO DA SEGURADORA DESPROVIDO, COM OBSERVAÇÃO.

Acesso ao Sumário

VOTO

A sentença de fls. 378/379 julgou **procedente em parte** a presente

ação de indenização decorrente de acidente de veículo, ajuizada por **Maria Evangelista Bento** contra **Marcelo Yamaguchi Alves** e **Banco Dibens S.A.**, para condenar os requeridos ao pagamento de indenização, a título de danos morais, de R$ 30.000,00 a cada um dos requeridos, além de R$ 2.017,77, tudo corrigido desde o desembolso, além de juros de mora desde a citação. Julgou-se, ainda, **procedente** a **lide secundária** proposta contra **Azul Companhia de Seguros Gerais**, condenando a litisdenunciada ao pagamento da indenização diretamente à autora. Diante da sucumbência substancial, os demandados foram condenados a arcar com as custas e despesas do processo, além dos honorários advocatícios da parte adversa, fixados em R$ 3.000,00, com obrigação da seguradora ao reembolso também dessas importâncias, porquanto sucumbente na lide secundária.

Inconformada com o desfecho dado à controvérsia, a instituição financeira interpôs, a fls. 402, recurso de apelação, vindo a arrazoá-lo a fls. 403/409. Alega, preliminarmente, ser parte ilegítima para responder à demanda. No mérito, afirma estar evidenciada causa excludente de responsabilidade, no caso, a culpa exclusiva de terceiro. Assevera, ainda, inexistir prova dos danos materiais e morais sugeridos pela acionante. Argumenta que os juros de mora e correção monetária, no caso de reparação dos danos morais, devem incidir apenas a contar da prolação da decisão que os fixou.

A seguradora também recorreu, a fls. 423/424. Aduz, a fls. 425/449, que os elementos dos autos comprovaram a culpa exclusiva da vítima, que, alcoolizada, atravessou a via pública em local inapropriado e sem a adoção das devidas cautelas. Assinala que não existe cobertura securitária para o ressarcimento de danos morais. Sustenta ter sido exagerada a importância fixada a título de danos extrapatrimoniais. Afirma que não existe solidariedade entre seguradora e segurado, de sorte que responde apenas em regresso. Assevera que existiu sucumbência recíproca, porquanto a autora decaiu de parte substancial de seu pedido, em especial quanto à pensão mensal, em razão do falecimento de seu filho. Requer, ao final, a exclusão da condenação ao ressarcimento ao réu dos ônus da sucumbência.

Acesso ao Sumário

Recurso recebido e bem processado. Contrarrazões a fls. 417/422 e 457/462.

É o relatório.

Acolhe-se a preliminar arguida pelo agente financeiro visando ao reconhecimento de sua ilegitimidade de parte.

Embora o veículo sinistrado fosse objeto de contrato de arrendamento mercantil, é certo que o proprietário, de fato, do bem é o arrendatário, corréu **Marcelo**.

Isto porque, nos contratos de arrendamento mercantil, o agente financeiro

detém somente a propriedade resolúvel da coisa, ou seja, é proprietário enquanto se desenvolve o *leasing*, e até que ocorra a opção de compra pelo arrendatário. Este, na qualidade de possuidor direto do bem, não o utiliza em nome da arrendante, mas em nome próprio, respondendo, por isso, pelos danos que eventualmente cause a terceiros.

Evidentemente, não se trata de locação pura, a fim de fazer incidir a Súmula 492 do E. Supremo Tribunal Federal.

Confira-se, a propósito, o pronunciamento do E. Superior de Justiça:

"**CIVIL E PROCESSUAL. ARRENDAMENTO MERCANTIL. DPVAT. AÇÃO REGRESSIVA MOVIDA CONTRA A ARRENDATÁRIA. ILEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM. RESPONSABILIDADE DA EMPRESA ARRENDANTE, CAUSADORA DO SINISTRO.**

I. *Tratando-se o arrendamento mercantil de contrato peculiar, de natureza mista, em que se mesclam a locação com a compra e venda do bem financiado, pertence à arrendatária, que detém a posse direta do bem, a legitimidade passiva para a ação regressiva movida pela seguradora, objetivando o ressarcimento do valor que pagou aos beneficiários do DPVAT por acidente causado pelo veículo objeto de arrendamento.*

II. *Recurso especial conhecido e provido, julgada extinta a ação intentada contra a arrendante, nos termos do art. 267, VI, do CPC.*"[1]

Vale registrar, ainda, o entendimento há muito tempo consagrado pelo E. Supremo Tribunal Federal:

"***Arrendamento Mercantil (Leasing). Responsabilidade da arrendadora. A arrendadora não é responsável pelos danos causados pelo arrendatário****. Não se confundem o contrato de arrendamento mercantil (LEI 6.099/74) e a locação, não se aplicando aquele a súmula 492 do S.T.F. Recurso extraordinário conhecido e provido.*"[2]

Assim, afastada a *legitimatio ad causam* do banco, quanto a ele o processo deve ser extinto, sem resolução do mérito, nos termos do art. 267, VI, do CPC. Diante da sucumbência, arcará a autora com os honorários advocatícios da parte adversa, que ora se fixam em R$ 1.000,00 (CPC, art. 20, § 4º), com ressalva à concessão da gratuidade judiciária.

Cuidam os autos de **ação de indenização por danos morais, estéticos e materiais** decorrente de acidente de veículo. Relata a autora, em apertada síntese, que seu filho, **Cícero Evangelista de Souza**, faleceu em decorrência do acidente de trânsito ocorrido em 19/04/2008. Alega que a culpa pelo sinistro

1 STJ – 4ª Turma – REsp 436.201/SP – Rel. Min. **Aldir Passarinho Junior** – J. 13/11/2007 – DJe 05/05/2008.

2 STF – 1ª Turma – RE 114938 – Rel. Min. **Oscar Corrêa** – J. 12/04/1988 – DJ 06/05/1988.

Acesso ao Sumário

foi do corréu **Marcelo**, que conduzia o veículo Honda Civic em velocidade incompatível com a via e em desrespeito à sinalização existente no local dos fatos. Afirma que a corré **Dibens** deve responder solidariamente, na medida em que consta como proprietária do veículo envolvido no sinistro. Requer a condenação dos demandados a indenizá-la por danos morais e materiais.

O réu **Marcelo** e a companhia litisdenunciada, **Azul**, refutam a tese de culpa do motorista pelo sinistro, argumentando que o infortúnio foi ocasionado exclusivamente pela conduta negligente do filho da autora, que atravessou a avenida fora da faixa demarcada para o trânsito de pedestres.

Pois bem. A responsabilidade civil, pelo nosso ordenamento jurídico, exige a tríplice concorrência do prejuízo á vítima, do ato culposo do agente e do nexo de causalidade entre o dano e a conduta do agente (art. 186 do atual Diploma Civil). Em outras palavras: para que se configure o dever de indenizar é indispensável que o prejuízo guarde etiologia com a culpa do agente.

E, nesse ponto, é forçoso convir que a decisão recorrida deu adequada solução à controvérsia, merecendo subsistir, por seus próprios fundamentos.

As provas carreadas aos autos bem noticiaram a dinâmica do acidente e conduzem à conclusão da culpa por parte da vítima, **Cícero**, que não obedeceu ao que prescreve o art. 69 do CTB[3], no que diz respeito à travessia de pedestres em vias públicas.

De acordo com o laudo do Instituto de Criminalística, o sítio do embate entre o veículo e a vítima ocorreu fora da faixa de pedestres. Consta da perícia realizada, em especial do tópico intitulado "vestígios" que:

> "*Fragmentos da lente do farol dianteiro do veículo de placas EBC-1676 (SP) foram achados a aproximadamente 24m (vinte e quatro metros) anterior ao local onde se encontrava imobilizada a vítima e 15m (quinze metros) a frente do cruzamento com a R. José Neves, considerando-se o sentido bairro-centro*". (fls. 128).

Ademais, consta da prova técnica que, diante das evidências físicas do local, não se poderia determinar com convicção o sítio do impacto ocorrido (fls. 128). Nas respostas aos quesitos da autoridade policial, que o veículo Civic teria ultrapassado a intersecção com a Rua José Neves, quando acabou por colher a vítima que cruzava a pista (fls. 128). É nesse sentido o croqui de fls. 130, indicando que o atropelamento não ocorreu na região da faixa para travessia de pedestres.

Por outro lado, a testemunha **Rosângela Lagoin da Costa** ouvida em audiência indica que o condutor do Honda Civic não respeitou a sinalização

Acesso ao Sumário

3 Art. 69. Para cruzar a pista de rolamento o pedestre tomará precauções de segurança, levando em conta, principalmente, a visibilidade, a distância e a velocidade dos veículos, utilizando sempre as faixas ou passagens a ele destinadas sempre que estas existirem numa distância de até cinqüenta metros dele, observadas as seguintes disposições:

semafórica existente no local.

Segundo relatou a testemunha, ela trafegava com seu automóvel pela pista no sentido contrário àquele pelo qual provinha o réu e que, em razão do tráfego ter parado na via, desceu do carro para se inteirar do ocorrido. Asseverou que o farol estava vermelho para o tráfego de veículos:

> "*Os carros ainda estavam parados, ele* (o réu) *não parou e continuou na sua marcha, pois ele estava vindo e não estava parado. O farol havia acabado de abrir, foi no último minuto. Quem estava vindo na outra direção tinha condições de ver que o farol estava vermelho e a via estava livre e não tinha carros na frente*" (fls. 375).

Por certo, como bem elucidado pela MM. Juíza de Direito, foi desrespeitado o que preceitua o art. 214, II, do CTB, que determina a preferência de passagem a pedestre que ainda se encontrasse na travessia da via pública.

Reconhecida, portanto, a culpa (concorrente) do motorista-réu, sua responsabilidade decorre de expressa previsão legal – art. 927 do Cód. Civil.[4]

Indubitavelmente, a perda trágica de um ente querido, mormente com próximo grau de parentesco, é motivo mais do que suficiente para causar dano moral. Cabe, por isso, somente fixar a quantificação da indenização relativa aos danos extrapatrimoniais, mantendo-a ou majorando-a. Quiçá a chave heurística para tanto pode ser encontrada na seguinte ementa de aresto do Superior Tribunal de Justiça:

> "*Para se estipular o valor do dano moral devem ser consideradas as condições pessoais dos envolvidos, evitando-se que sejam desbordados os limites dos bons princípios e da igualdade que regem as relações de direito, para que não importe em um prêmio indevido ao ofendido, indo muito além da recompensa ao desconforto, ao desagrado, aos efeitos do gravame suportado.*"[5]

Dessa forma, mostra-se adequada a fixação do valor da indenização a título de danos morais nos termos da r. sentença, montante razoável e suficiente para servir de conforto à parte ofendida, não se revelando exagerado ou desproporcional às peculiaridades da espécie.

Sobreleva consignar que a r. sentença foi explícita ao delimitar a responsabilidade de cada um dos demandados, R$ 30.000,00 para cada um. Assim, prosseguindo-se a demanda unicamente contra o corréu **Marcelo**, os danos morais por ele devidos limitam-se à quantia a que foi efetivamente condenado.

Nos termos da lei civil, o segurador arcará, até o limite estipulado contratualmente, com as despesas tidas pelo segurado visando a recuperar os

4 "Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo".

5 STJ – 4ª Turma – Resp 214.053/SP – Rel. Min. **Cesar Asfor Rocha** – J. 5/12/2000 – v.u.

Acesso ao Sumário

danos decorrentes do acidente (Cód. Civil, art. 757). E em se tratando de seguro de responsabilidade civil – art. 787 do Cód. Civil –, é transferida à seguradora a obrigação de arcar com as consequências dos danos causados a terceiros, pelos quais o segurado possa responder civilmente.

A respeito da responsabilidade da seguradora pelo pagamento dos danos morais, o contrato celebrado entre as partes previu expressamente a cobertura dos danos corporais causados a terceiro, no importe de R$ 30.000,00, e não excluiu os danos extrapatrimoniais (fls. 79).

As informações contidas a fls. 322/350 consubstanciam cláusulas gerais, em contrato de adesão, não sendo suficientes para afastar a cobertura dos danos morais, porque se trata de instrumento produzido unilateralmente pela empresa de seguros, sem qualquer indício de que a segurada tivesse ciência de suas cláusulas.

Segundo a jurisprudência:

"**AGRAVO REGIMENTAL – AGRAVO DE INSTRUMENTO – ACIDENTE DE TRÂNSITO – INDENIZAÇÃO – SEGURO – NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL – NÃO OCORRÊNCIA – SEGURADORA – DEVER DE INDENIZAR – CARACTERIZAÇÃO – DANOS CORPORAIS QUE COMPREENDEM OS DANOS MORAIS – AGRAVO IMPROVIDO.** *(...) cumpre anotar que esta Corte já decidiu que os danos corporais compreendem os danos morais, pois 'a saúde corporal deve ser entendida como o estado do indivíduo em que as funções físicas e mentais se acham em situação de normalidade e equilíbrio, não se podendo apartar do dano corporal tal como do dano pessoal, aquele decorrente do sofrimento mental e da angústia da vítima;'*"[6]

"**Veículo automotor – Acidente de trânsito** – *Ação de indenização por danos materiais e morais – (...) – Ante a ausência de expressa exclusão de cobertura por danos morais na apólice de seguros, devem ser absorvidos pelos danos corporais. Apelos do autor e réus parcialmente providos;*"[7]

"**Ação de reparação de danos. Acidente de trânsito.** *(...) Salvo expressa disposição contratual em sentido contrário, os danos morais e estéticos estão abrangidos pelos corporais, pois destes decorrem. Cláusula restritiva de direitos deve estar em destaque, como estabelece o CDC, o que não ocorreu no presente caso. Manutenção da condenação da litisdenunciada ao pagamento dos ônus da sucumbência referentes à lide secundária, eis que opôs resistência à pretensão da ré-denunciante. Recurso adesivo do autor improvido e apelações da ré e da litisdenunciada*

Acesso ao Sumário

6 STJ – 4ª Turma – AgRg no Ag 935821/MG – Rel. Min. **Aldir Passarinho Júnior** – J. 17/3/2008.

7 TJSP – 30ª Câmara de Direito Privado – Apelação nº 0007282-36.2007.8.26.0296 – Rel. Des. **Marcos Ramos** – J. 12/12/2012.

parcialmente providas."[8]

Dessa maneira, a litisdenunciada é também responsável pelo pagamento da indenização a título de danos morais e materiais – relativos aos danos emergentes (despesas com funeral) – à qual o requerido foi condenado, respeitado, todavia, o limite previsto na apólice de seguros. É procedente, portanto, a lide secundária.

Anote-se, a propósito, o atual entendimento jurisprudencial do E. Superior Tribunal de Justiça, consagrado no Enunciado 537 das Súmulas daquela Corte Superior:

"*Em ação de reparação de danos, a seguradora denunciada, se aceitar a denunciação ou contestar o pedido do autor, pode ser condenada, direta e solidariamente junto com o segurado, ao pagamento da indenização devida à vítima, nos limites contratados na apólice.*"

Fica mantida, por conseguinte, a condenação a título de sucumbência, tal qual lançado em sentença.

Postas essas premissas, **acolhida** a preliminar, **dá-se provimento** ao recurso do banco e **nega-se provimento** ao apelo da seguradora, com **observação**.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0042837-53.2011.8.26.0562, da Comarca de Santos, em que é apelante FREDERICO DE MELLO ALLENDE TOLEDO, são apelados BAR MUNICIPAL DE SANTOS LTDA. ME e NELSON RIBEIRO DIAS JÚNIOR.

ACORDAM, em 26ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso, nos termos que constarão do acórdão. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 28.258)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores FELIPE FERREIRA (Presidente) e VIANNA COTRIM.

São Paulo, 14 de abril de 2016.

RENATO SARTORELLI, Relator

Ementa: HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS – DISPOSIÇÃO CONTRATUAL QUE PREVÊ REMUNERAÇÃO *AD EXITUM* – REVOGAÇÃO

8 TJSP – 34ª Câmara de Direito Privado – Apelação nº 0000014-47.2005.8.26.0474 – Rel. Des. **Gomes Varjão** – J. 15/10/2012.

Acesso ao Sumário

DO MANDATO – VERBA DEVIDA SOB PENA DE SE IMPOR AO PROFISSIONAL A EXECUÇÃO DE TRABALHO GRATUITO – ARBITRAMENTO JUDICIAL – NECESSIDADE – OBSERVÂNCIA DOS ATOS PRATICADOS E DO ART. 22, § 2º, DA LEI 8.906/94 – SENTENÇA ANULADA – RECURSO PROVIDO.

Executando o profissional parcialmente o contrato de prestação de serviços, assiste-lhe o direito de receber honorários proporcionais, pois a ninguém é dado enriquecer à custa do trabalho alheio.

VOTO

Ação de arbitramento de honorários advocatícios julgada extinta, sem resolução do mérito, com fulcro no art. 267, inciso VI, do Código de Processo Civil, pela r. sentença de fls. 181/186, cujo relatório adoto.

Inconformado, apela o autor. Após estoriar os fatos relativos à lide, sustenta, em apertada síntese, que deve ser remunerado pelo trabalho desenvolvido na medida em que o mandato foi revogado sem justa causa, não prevalecendo, assim, a cláusula ***ad exitum***, aduzindo que atuou em mais de 2/3 da ação de execução proposta em favor de seu constituinte. Busca, por isso, a procedência do pedido ou, alternativamente, a anulação da sentença, devolvendo-se os autos à Vara de origem para regular prosseguimento.

Houve resposta. O preparo está anotado.

É o relatório.

O autor pleiteia o pagamento de honorários, referentes ao ajuizamento de execução de título extrajudicial (*Processo nº 415/2009*), porquanto os réus revogaram o mandato sem justa causa.

É incontroverso que as partes estipularam a verba honorária, de comum acordo, com cláusula ***ad exitum***, em 20% sobre o valor da condenação.

Daí se extrai que era lícito ao autor ajuizar ação de arbitramento judicial, na forma do artigo 22, § 2º, da Lei nº 8.906/94, pois o causídico não poderia permanecer vinculado ao contrato que deixou de existir, aguardando o desfecho da execução proposta, fazendo jus, portanto, ao recebimento de honorários proporcionais à sua atuação, ***verbis***:

"RECURSO ESPECIAL. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. CONTRATO DE RISCO. CONDIÇÃO NÃO IMPLEMENTADA. REVOGAÇÃO DO MANDATO. ARBITRAMENTO. POSSIBILIDADE.

Mesmo quando atua apenas pela verba de sucumbência (contrato de risco), é lícito ao advogado que tem seu mandato revogado antes

Acesso ao Sumário

do término da lide ajuizar ação de arbitramento, contra seu cliente, para receber honorários proporcionalmente à sua atuação" *(REsp. nº 911.441/RS, Terceira Turma, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros)*.

Entendimento contrário criaria, na prática, uma situação constrangedora para o advogado que veria o patrocínio não remunerado, apesar dos esforços empreendidos à consecução das tarefas que lhe foram confiadas, e como que uma inusitada desobrigação para os réus que estariam se locupletando à custa do trabalho alheio.

Destaco, a propósito, precedentes da lavra desta C. Câmara, ***verbis***:

"Honorários advocatícios – Cobrança – Contratação ad exitum – Revogação do mandato no curso da ação que impossibilita a atuação do patrono para o resultado favorável na demanda – Remuneração devida, independentemente do desfecho daquela ação, mas proporcionalmente aos serviços prestados – Apuração recomendada – Anulação da sentença para prosseguimento da instrução do feito – Provimento parcial." *(Apelação n° 0127397-61.2008.8.26.0002, Rel. Des. Vianna Cotrim).*

"Ação de cobrança. Honorários advocatícios. Sentença que julgou extinto o processo, sem resolução de mérito, por falta de interesse de agir. Contrato de prestação de serviços advocatícios com cláusula de remuneração de resultado. Revogação do mandato antes do término do processo. Fixação dos honorários advocatícios que não mais se condiciona ao êxito na demanda. Possibilidade de arbitramento judicial. Quando o réu revogou o contrato, que estabelecia a remuneração dos serviços prestados pelo autor sobre o resultado exitoso da demanda, alterou totalmente as condições do negócio jurídico e impediu o autor de obter, ou trabalhar para obter, o resultado desejado. Admitido, pela natureza do mandato, que o mandante tem o poder potestativo de romper o contrato, não se pode afastar do advogado o direito de receber pelos serviços que realizou, sob pena de enriquecimento ilícito. Nesse caso não deve o advogado esperar pelo resultado sobre o qual não tem nenhum controle. Cumpre ao mandante pagar desde logo pelos serviços que o advogado prestou em seu proveito, porque alterou as condições e a equivalência do contrato e não lhe é lícito se aproveitar da originária condição (resultado da demanda), cuja validade estava determinada pela forma de contratação (ad exitum), agora não mais prevalente. Ao advogado, de outra parte, não pode ser reconhecido o direito de receber os honorários na forma contratada. O contrato de prestação de serviços de advocacia, no qual está sempre presente o direito de revogação do mandato, impõe ao profissional o risco de rompimento e, consequentemente, não realização dos honorários inicialmente previstos. Daí a solução, prevista no Estatuto da Advocacia, de arbitramento dos honorários, que deve ser adotada

Acesso ao Sumário

não só quando falta o ajuste do seu valor na contratação, como também quando o ajuste antes firmado não pode mais ser cumprido. Sentença extintiva anulada para se determinar o prosseguimento do feito e arbitramento dos honorários. Recurso provido para este fim." *(Apelação n° 990.09.344154-3, Rel. Des. Carlos Alberto Garbi).*

Em suma, executando o profissional parcialmente o contrato de prestação de serviços, assiste-lhe o direito de receber honorários proporcionais, pois a ninguém é dado enriquecer à custa do trabalho alheio.

É, portanto, de rigor a apuração do ***quantum*** devido, observando-se os atos praticados na ação de execução, desde o seu ajuizamento até revogação do mandato, e o disposto no § 2º do artigo 22 do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil, de modo que a honorária a ser fixada se apresente como compensadora da atividade desempenhada, mas sem descambar para a imposição de excessiva onerosidade à parte contrária.

Ante o exposto, dou provimento ao recurso para afastar o decreto de extinção do processo, prosseguindo-se em primeiro grau, fixando-se os honorários através de arbitramento judicial.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1051418-32.2015.8.26.0002, da Comarca de São Paulo, em que é apelado CAIRES ENGENHARIA CIVIL LTDA., é apelante SUL AMÉRICA COMPANHIA NACIONAL DE SEGUROS.

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 33533)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores ARTUR MARQUES (Presidente), MELO BUENO e MORAIS PUCCI.

São Paulo, 15 de abril de 2016.

ARTUR MARQUES, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: CIVIL. LIQUIDAÇÃO DE SEGURO AUTOMOTIVO. OFICINA MECÂNICA QUE EXCEDE INJUSTIFICADAMENTE PRAZO RAZOÁVEL PARA EXECUÇÃO DO SERVIÇO. CULPA *IN ELIGENDO*. LEGITIMIDADE

PASSIVA DA SEGURADORA. DANO MATERIAL. RECONHECIMENTO DO *AN DEBEATUR*. DIFERIMENTO DA LIQUIDAÇÃO DO *QUANTUM* RESPECTIVO. DANO MORAL INEXISTENTE. PESSOA JURÍDICA É DESPIDA DE HONRA SUBJETIVA.

1. A preliminar de ilegitimidade passiva não se sustenta na esteira de que a responsabilidade da seguradora não é ventilada com base na ausência de peças de reposição por parte do fabricante do automóvel. A pretensão, segundo narra a vestibular, tem como causa de pedir a culpa *in elegendo* da seguradora, que responde pelos danos causados pela oficina mecânica indicada para a realização dos reparos no veículo segurado, resguardado o direito de regresso.

2. Os danos materiais não são devidos tal como deduzidos pela empresa demandante, eis que os comprovantes de gastos com o serviço de táxi são demasiadamente genéricos, posto preenchidos pelo valor acumulado pela pessoa jurídica nos meses de setembro, outubro e novembro de 2015 (R$-6.410,00, R$-6.730,00 e R$-6.523,00). Destarte, sem qualquer discriminação do serviço prestado, não é possível sequer estabelecer a relação causal com a impossibilidade de utilização do veículo segurado.

3. No que diz respeito ao dano moral, não há como reconhecê-lo no caso em apreço, eis que a pessoa jurídica demandante é despida de honra subjetiva e, em razão disso, de sentimentos de angústia e frustração que, na hipótese, não podem ser medidos pelos infortúnios experimentados pelos seus prepostos e representantes legais. Logo, não havendo prova de ofensa à honra objetiva da pessoa jurídica, não há como se reconhecer do atraso injustificado dano extrapatrimonial passível de indenização.

4. Recurso parcialmente provido.

VOTO

1. Trata-se de ação de obrigação de fazer c/c reparação de danos que **Caires Engenharia Civil Ltda**. promove em face de **Sul América Companhia**

Acesso ao Sumário

Nacional de Seguros, julgada procedente pela r. sentença de fls. 260/262, cujo relatório se adota.

Inconformada, recorre a seguradora-acionada. Preliminarmente, alega que não pode ser responsabilizada pelo tempo necessário para a execução do serviço realizado pela oficina mecânica, tanto mais porque submetido a fatores diversos, dentre os quais se destaca a extensão dos danos e a ausência de peças para reposição. Nega a existência de dano moral indenizável e questiona os danos materiais relacionados pela autora, uma vez que o serviço de táxi sequer foi prestado para a pessoa jurídica segurada, mas para pessoas naturais. Ademais, a autorização para os reparos foi concedida dentro do trintídio estipulado no contrato, não havendo, em razão disso, inexecução contratual a justificar a pretensão reparatória.

Processado o recurso (fls. 277/278), foi recebido (fls. 279), com contrarrazões.

É o relatório.

2. Consta da peça vestibular que a empresa demandante é proprietária de veículo automotor segurado pela empresa acionada. Destarte, ocorrendo sinistro coberto pela apólice no dia 29.06.2015, teve início processo de liquidação com orçamento realizado por oficina mecânica credenciada. Contudo, transcorridos quatro meses desde a remoção do automóvel, o serviço ainda não foi concluído, daí a pretensão cominatória visando ao cumprimento efetivo do contrato. Cumulou-se à obrigação de fazer, pedido condenatório de danos materiais e morais.

Tecidas as ponderações necessárias à compreensão da controvérsia, verifica-se dos autos que, durante avaliação dos reparos necessários, estimou-se que a conclusão ocorreria até o dia 03/08/2015. É certo, ainda, que o preposto da empresa demandante acompanhava o serviço e tinha conhecimento da necessidade de extensão do prazo inicial em razão da falta de peças de reposição (fls. 43), além de acréscimo de outras peças durante a execução (fls. 48). Ocorre que reparos ao serviço prestado pela oficina mecânica foram sucessivamente determinados ora pela seguradora ora pelo segurado (fls. 50/61), estendendo até a data do ajuizamento da ação.

Acesso ao Sumário

Do exposto, possível aferir que a preliminar de ilegitimidade passiva não se sustenta na esteira de que a responsabilidade da seguradora não é ventilada com base na ausência de peças de reposição. A pretensão, segundo narra a vestibular, tem como causa de pedir a culpa *in elegendo* da seguradora, que responde pelos danos causados pela oficina mecânica indicada para a realização dos reparos no veículo segurado, resguardado o direito de regresso.

Ressalte-se que, se por um lado não foi demonstrada a efetiva dificuldade em localizar peças de reposição, por outro, restou patente que a imperícia na

execução do serviço gerou a necessidade de sucessivos aditamentos com dilação injustificada do prazo para sua conclusão.

Os danos materiais, com a devida vênia, não são devidos tal como deduzidos pela empresa demandante, eis que os comprovantes de gastos com o serviço de táxi são demasiadamente genéricos, posto preenchidos pelo valor acumulado pela pessoa jurídica nos meses de setembro, outubro e novembro de 2015 (R$-6.410,00, R$-6.730,00 e R$-6.523,00). Destarte, sem qualquer discriminação do serviço prestado, não é possível sequer estabelecer a relação causal com a impossibilidade de utilização do veículo segurado.

De fato, quando discorre sobre os requisitos dos danos passíveis de ressarcimento ou indenização, Pablo Stolze Gagliano leciona que "***somente o dano certo, efetivo, é indenizável. Ninguém poderá ser obrigado a compensar a vítima por um dano abstrato ou hipotético ... a certeza do dano refere-se à sua existência, e não à sua atualidade ou ao seu montante***".[1]

A propósito, em precedente do e. Superior Tribunal de Justiça, decidiu-se que, "***para viabilizar a procedência da ação de ressarcimento de prejuízos, a prova da existência do dano efetivamente configurado é pressuposto essencial e indispensável. Ainda mesmo que se comprove a violação de um dever jurídico, e que tenha existido culpa ou dolo por parte do infrator, nenhuma indenização será devida, desde que, dela, não tenha decorrido prejuízo. A satisfação pela via judicial, de prejuízo inexistente, implicaria, em relação à parte adversa, em enriquecimento sem causa. O pressuposto da reparação civil está, não só na configuração da conduta 'contra jus', mas, também, na prova efetiva do ônus, já que se não repõe dano hipotético***".[2]

Ocorre que, como expressado pelo magistrado sentenciante, é intuitiva a realização de gastos com transporte pelo representante legal da empresa na execução de sua atividade empresarial, até então exercida com a utilização do veículo segurado na sua condução. Logo, a hipótese permite a liquidação destes gastos em fase liquidação, mediante apresentação de recibos detalhados no período, observado o teto ora deduzido, modo de impedir o *reformatio in pejus*.

E nem se diga que tal providência implicaria em sentença *ultra petita*, pois este e. sodalício já vinha decidindo que a vedação de que trata o parágrafo único do artigo 459, do Código de Processo Civil, reproduzida no art. 492, do diploma processual em vigor, vem sendo abrandada pela jurisprudência, em especial do próprio e. STJ[3], com o que se prestigia o princípio da instrumentalidade das formas e economia processual[4]. Destarte, constatado o "an debeatur", no caso,

1 *Novo Curso de Direito Civil*. Vol. 3. 10ª ed. Cap. V. nº 2. São Paulo: Saraiva, 2014.

2 REsp 20386/RJ. rel. Min. DEMÓCRITO REINALDO. DJ 27/06/1994.

3 REsp nº 161.642-RJ – rel. Min. Franciulli Netto, j. 16.04.2002.

4 Apelação com Revisão nº 692588-0/0. Rel. Des. CLÓVIS CASTELO; Apelação sem Revisão nº

Acesso ao Sumário

a responsabilidade da seguradora pelos prejuízos experimentados em razão da demora injustificada na execução do serviço prestado por pessoa jurídica a ela vinculada, nada impede a fixação dos parâmetros necessários para quantificação em fase posterior.[5]

No que diz respeito ao dano moral, não há como reconhecê-lo no caso em apreço, eis que a pessoa jurídica demandante é despida de honra subjetiva e, em razão disso, de sentimentos de angústia e frustração que, na hipótese, não podem ser medidos pelos infortúnios experimentados pelos seus prepostos e representantes legais. Logo, não havendo prova de ofensa à honra objetiva da pessoa jurídica, não há como se reconhecer do atraso injustificado dano extrapatrimonial passível de indenização.[6]

O recurso da seguradora, do exposto, é parcialmente acolhido para afastar a indenização por danos morais e diferir a liquidação dos danos materiais.

Preservado o decaimento preponderante da seguradora (art. 86, parágrafo único, CPC), deve ser mantida a distribuição da sucumbência tal como arbitrada em primeiro grau, sendo caso apenas de observância da nova base de cálculo sobre a qual haverá de incidir a verba honorária.

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

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0120165-63.2006.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante CHOCOLATES KOPENHAGEN LTDA., são apelados MARIA HELENA FRANQUEIRA GOMIDE, IMPAR COMERCIAL LTDA., MKP COMERCIAL LTDA. e MARIOLÊ COMERCIAL LTDA.

608329-0/9, Rel. Des. MENDES GOMES.

5 Cândido Rangel Dinamarco esclarece que "*a definição dos elementos identificadores da obrigação consiste em determinar os sujeitos desta, o seu preciso objeto (requisito de certeza) e, quando se trata de obrigação por coisas quantificáveis, inclui também a declaração do quantum debeatur. Em suma: a sentença condenatória ordinária declara a existência da obrigação com a indicação, desde logo, de todos os requisitos indispensáveis para a pronta execução (certeza e liquidez). (...) no confronto com a sentença ordinária, o ponto que distingue a sentença condenatória genérica é o seu momento declaratório. O momento sancionatório não difere, mas a declaração que contém não vai além da existência da obrigação (an debeatur). Situa-se no plano do concreto, tanto quanto a condenação ordinária, mas da concreta relação entre os sujeitos litigantes não diz tudo quanto seria indispensável para que se desencadeie a tutela executiva. Afirma a existência da obrigação e identifica seus sujeitos, mas é deficiente em relação à quantidade de bens devidos*" (Fonte: endereço eletrônico constante no texto original).

6 *"A pessoa jurídica, embora não seja titular de honra subjetiva, que se caracteriza pela dignidade, decoro e autoestima, exclusiva do ser humano, é detentora de honra objetiva. Por essa razão, doutrina e jurisprudência reconhecem que faz jus à indenização por dano moral sempre que o seu bom nome, reputação ou imagem forem atingidos no meio social ou comercial por algum ato ilícito"* (Apelação Cível com Revisão nº 0002922-15.2012.8.26.0577, em que fui relator).

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 33.551)**

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

São Paulo, 13 de abril de 2016.

LINO MACHADO, Relator

Ementa: Apelação – Ação de rescisão de contrato de locação – Embargos à execução de título extrajudicial – Contrato de locação – Julgamento simultâneo – Ônus da sucumbência – Imposição à parte que decaiu em maior proporção de suas pretensões.

Se dos doze pedidos formulados na inicial apenas um é acolhido, deve-se reconhecer que o demandante decaiu em maior proporção de suas pretensões, principalmente considerando que tal pedido não continha conteúdo econômico. Assim, embora tenha havido sucumbência recíproca, a das rés foi mínima, o que impõe a atribuição do pagamento das custas, das despesas processuais e dos honorários advocatícios à autora, conforme previsto na regra exposta no artigo 21 do Código de Processo Civil de 1973.

Apelação desprovida.

VOTO

Vistos.

A respeitável sentença de fls. 2.582/2.589 jugou procedente em parte o pedido formulado em ação de rescisão contratual "para declarar a rescisão do contrato de locação, a partir de 4 de maio de 2006", condenando a autora ao pagamento das custas, das despesas processuais e dos honorários advocatícios, estes fixados em dez por cento do valor dado à causa. Simultaneamente, julgou improcedente o pedido deduzido em embargos à execução de título executivo extrajudicial, fundada em contrato de locação não residencial, determinando o prosseguimento da execução e condenando a embargante ao pagamento das custas, das despesas processuais e dos honorários advocatícios, estes fixados em dez por cento do valor do débito.

Acesso ao Sumário

Em apelação a autora arguiu, em síntese, que tramitou em apenso a estes autos a ação de reintegração de posse cumulada com indenizatória de perdas e danos (processo nº 0016544-21.2004.8.26.0100), em fase de cumprimento de sentença, feitos que deveriam ter sido decididos em uma única sentença; que não pode subsistir sua condenação ao pagamento das custas, das despesas processuais e dos honorários advocatícios, pois em ambas as ações os pedidos foram julgados procedentes em parte, caracterizando a sucumbência recíproca, inexistindo, por isso, razão para manutenção de imposição do pagamentos dos ônus sucumbenciais (fls. 2.612/2.615).

Vieram contrarrazões pelo desprovimento do recurso (fls. 2.622/2.624).

É o relatório.

A autora propôs a presente ação alegando que celebrou com as rés contrato de compra e venda de ativos, no qual se estipulou que o imóvel em que instalada a loja de Moema lhe seria locado com permissão do locador para transformá-lo no "Lay Out III da Kopenhagen". Afirmou que a corré Maria Helena não permitiu que fosse dado ao bem locado o uso previsto no contrato: a instalação da loja nos termos mencionados acima. Argumentou que, em razão disso, sua marca sofreu prejuízo e teve a respeitabilidade afetada diante dos consumidores. Postulou, então, que fosse declarada a nulidade da cláusula nº 11, §§ 1º e 2º, do contrato de locação; que fosse declarada a nulidade de toda e qualquer cláusula existente no contrato de compra e venda de ativos que se referisse à locação; que fosse rescindido o contrato de locação; que fosse aplicada aos réus a multa prevista na cláusula nº 10 do contrato de locação; que fosse considerada *ex tunc* a rescisão do contrato de locação, por culpa exclusiva da locadora, com determinação de devolução dos aluguéis e encargos da locação até então pagos; que as rés fossem condenadas a indenizar os lucros cessantes relativos ao período em que a loja ficou fechada nos meses de janeiro e fevereiro de 2006; que as demandadas fossem condenadas a indenizar os lucros cessantes atinentes ao atraso para a "Pré Páscoa (março de 2006)" (fl. 24); que fosse cominada a penalidade de pagamento de quarenta por cento sobre as vendas referidas no item dos lucros cessantes do período "Pré Páscoa (março de 2006)", pela ausência de permissão do uso do "Lay Out III"; que fosse anulada a cláusula nº 2.5 do contrato de compra e venda de ativos; que fosse aplicada às rés a multa estipulada na cláusula nº 4.6 do contrato de compra e venda de ativos; que as rés fossem condenadas ao pagamento de todos os valores gastos na obra não concluída do imóvel locado.

Acesso ao Sumário

A respeitável sentença julgou procedentes em parte os pedidos deduzidos na inicial apenas para "declarar a rescisão do contrato de locação, a partir de 4 de maio de 2006" (fl. 2.589), tendo fundado a rescisão, todavia, "não por culpa da locadora e sim por ato unilateral da locatária" (fl. 2.588).

Como se pode constatar pela leitura da petição inicial (fls. 02/25), especialmente da especificação dos pedidos (fls. 24/25), sinteticamente mencionados acima, a autora decaiu de vários dos seus pedidos. Para ser mais preciso, dos doze pedidos formulados pela demandante (itens 2, *a* a *l*), apenas um foi acolhido (item 2, *d*). Deve-se ter em conta, ainda, que foram considerados improcedentes todos os pleitos que tinham conteúdo econômico.

Assim, embora tenha havido sucumbência recíproca, a das rés foi mínima, o que impõe a atribuição do pagamento das custas, das despesas processuais e dos honorários advocatícios à autora, conforme previsto na regra exposta no artigo 21 do Código de Processo Civil de 1973.

Ressalte-se, também, que o contrato foi rescindido, mas a culpa foi atribuída à autora, hipótese que atrai a incidência do princípio da causalidade, segundo o qual aquele que ensejou a instauração da demanda ou do incidente há de suportar o pagamento dos encargos do processo. Vejam-se, a propósito, as anotações de Theotonio Negrão e outros:

> "'Sem embargo do princípio da sucumbência, adotado pelo Código de Processo Civil vigente, é de atentar-se para outro princípio, o da causalidade, segundo o qual aquele que deu causa à instauração do processo, ou ao incidente processual, deve arcar com os encargos daí decorrentes' (STJ-4ª T., Resp 264.930, Min. Sálvio de Figueiredo, j. 13.9.00, DJU 16.10.00)
>
> 'O princípio da sucumbência cede lugar quando, embora vencedora, a parte deu causa à instauração da lide' (STJ-3ª T., AI 615.423 – AgRg, Min. Nancy Andrighi, j. 17.3.05, DJU 11.4.05)." (*Código de Processo Civil e Legislação Processual em Vigor*, 44ª ed., São Paulo: Saraiva, 2012, nota 2e ao art. 20, pág.142)

No processo nº 0016544-21.2004.8.26.0100, em apenso, não houve condenação de nenhum dos litigantes aos ônus sucumbenciais porque as partes decaíram de suas pretensões na mesma medida, sem preponderância de decaimento de qualquer delas, tendo-se em vista que "cada parte deve suportar a verba advocatícia na proporção da sua derrota, bem como recebê-la na medida de sua vitória" (STJ, REsp nº 13.526/PE, 2ª Turma, relator: Ministro Antônio de Pádua Ribeiro, j. em 04.11.91, DJU de 18.11.91, v.u.).

O fato de as duas ações poderem ser julgadas numa única sentença não implicaria, necessariamente, uma única condenação ao pagamento dos ônus sucumbenciais, pois se trataria de demandas diversas, com objetos também distintos, que exigiriam atuação destacada do advogado em relação a cada uma delas. A situação é semelhante a da decisão que julga ação e reconvenção, em ato único por expressa determinação legal (CPC/1973, art. 318), mas que não impede a atribuição dos ônus sucumbenciais em relação a cada demanda, considerando que "o vencido na reconvenção deverá suportar os ônus decorrentes

Acesso ao Sumário

da sucumbência na demanda secundária, independentemente do resultado e da sucumbência na ação principal" (STJ, REsp nº 145.904, 4ª Turma, relator: Min. Sálvio de Figueiredo, j. em 05.08.99, DJU de 13.09.99), pois "é perfeitamente consentânea com o sistema do Código de Processo Civil a dupla condenação em honorários nos casos de reconvenção, na medida em que se referem ao labor do procurador em demandas diferentes" (STJ, REsp nº 726.446, 2ª Turma, j. em 17.08.10, DJ de 29.04.11, por maioria).

Imperiosa, portanto, a condenação da autora ao pagamento das verbas decorrentes da sucumbência, fixadas com razoabilidade.

Por conseguinte, nego provimento à apelação.

Embargos de Declaração

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos de Declaração nº 2058874-56.2014.8.26.0000/50003, da Comarca de São Paulo, em que é embargante/embargado SMA - SERVIÇOS DE MONTAGENS ASSOCIADOS LTDA., é embargado/embargante INTERCEMENT BRASIL S.A.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 11ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Embargos acolhidos da Intercement Brasil S/A e embargos rejeitados da Serviços de Montagens Associados Ltda. (SMA). V.U", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 16.680)**

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

São Paulo, 9 de maio de 2016.

RÔMOLO RUSSO, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: Embargos de Declaração opostos pela Intercement Brasil S/A. Nome da agravada lançada no V. Acórdão que é parte estranha ao feito. Erro material caracterizado. Correção plausível. Lapso que não altera o resultado do julgamento. Integração imperativa. Embargos acolhidos.

Embargos de Declaração opostos pela SMA (Serviços de Montagens Associados Ltda.). Não constatação de omissão, obscuridade, contradição ou erro material. Inteligência do art. 1.022 do CPC. Natureza integrativa-recuperadora não demonstrada. Vivo caráter de substituição do conteúdo do decidido pelo colegiado, o que se distancia de sua função precípua. Precedentes do STJ e do STF. Mero rótulo. Embargos rejeitados, admitido o prequestionamento suscitado (Súmula 98 do C. STJ).

VOTO

Trata-se de embargos de declaração opostos contra o V. Acórdão de fls. 445/447, sustentando a embargante Intercement Brasil S/A a ocorrência de erro material na decisão colegiada, vez que constou como agravante a empresa Somag Montagens Industriais Ltda., quando, na verdade, a empresa recorrente é a SMA - Serviços de Montagens Associados Ltda., conforme informação lançada às fls. 445. Requer o acolhimento dos embargos para que se retifique os nomes das partes lançados no V. Aresto. A embargante SMA - Serviços de Montagens Associados Ltda., a seu turno, sustenta que há omissão e obscuridade no julgado.

Salienta que o V. Acórdão proferido nos autos do Agravo de Instrumento nº 2062792-68.2014.8.26.0000 não transitou em julgado, o que impede a extensão dos efeitos da mencionada decisão à matéria discutida no presente recurso.

Adverte, outrossim, que nos autos do referido agravo as partes são distintas, quais sejam, Somag Montagens Industriais Ltda. e Intercement, ao passo que neste são Sma Serviços de Montagens Associados Ltda. e Intercement.

Ressalta que é evidente a existência de um título executivo, haja vista o vislumbrado nos *e-mails* comprobatórios da certeza e liquidez inerentes ao título exequendo, bem como pela inaplicabilidade, ao mencionado recurso, da Teoria da Causa Madura.

Pugna pela reforma do v. Acórdão, cujo teor tem relação direta de prejudicialidade com o discutido no presente recurso. Colaciona precedentes jurisprudenciais. Pugna seja sanada a omissão relativa à não observação do trânsito em julgado da decisão, pois tal supostamente ensejaria a perda superveniente do objeto discutido no presente agravo de instrumento.

Articula a omissão do julgado também no que se refere à perícia técnica designada pelo MM. Juízo de primeiro grau, bem como a aplicabilidade do art. 473 do CPC e da Súmula 424 do STF.

Utiliza-se dos aclaratórios, outrossim, para fins de prequestionamento da

Acesso ao Sumário

legislação federal atinente à pretensão em litígio (arts. 245 e 473 do CPC, art. 5º, XXXV, da CF). Pede acolhimento.

É o relatório.

Os embargos de declaração opostos pela Intercement Brasil S/A comportam acolhimento.

Com efeito, assiste razão à embargante, sendo o erro material evidente e, a rigor, passível de correção independentemente do manejo do aludido recurso.

De qualquer forma, tendo a parte lançado mão da via recursal integrativa, o equívoco deve ser corrigido no âmbito dos aclaratórios.

Consigne-se que a súmula está correta quanto ao resultado do julgamento, o mesmo ocorrendo com a folha de rosto do próprio V. Acórdão, na qual se menciona o não conhecimento do agravo interposto pela SMA - Serviços de Montagens Associados Ltda. (fls. 445).

Deixa-se claro, pois, que não houve vício no julgamento, que tomou por base o caso correto.

O defeito surgiu apenas no instante do lançamento do nome da parte no cabeçalho do voto, em que, por lamentável lapso material, houve engano quanto à sua identificação.

O erro, pois, deve ser sanado, aperfeiçoando-se, reflexivamente, a decisão colegiada.

Dentro dessa quadra, tendo em vista que na parte inicial do voto proferido no V. Acórdão impugnado há referência à empresa Somag Montagens Industriais Ltda. como parte agravante, acolho os embargos para sanar tal equívoco, fazendo-se constar a empresa SMA - Serviços de Montagens Associados Ltda., em substituição.

Por outro lado, juridicamente inconsistentes os embargos declaratórios opostos pela SMA - Serviços de Montagens Associados Ltda.

Com efeito, o art. 1.022 do NCPC somente admite os embargos de declaração diante de omissão, obscuridade, contradição ou erro material do julgado embargado.

Na hipótese, todas as questões aduzidas necessárias à solução do inconformismo foram expressamente enfrentadas no julgado embargado, marcada a desnecessidade de qualquer aclaramento, correção ou integração.

O V. Aresto restara assim ementado:

"Agravo de instrumento tirado contra a r. decisão que fixara os pontos controvertidos a serem examinados em exame pericial. Superveniente decisão declarando extinta a execução pela ausência de título executivo. Fato novo (art. 462 do CPC) que importa na perda de objeto deste agravo. Recurso não conhecido" (fls. 446).

Acesso ao Sumário

Consoante se infere do V. Aresto, processado o recurso, sobreveio o julgamento do Agravo de Instrumento nº 2062792-68.2014.8.26.0000, o qual acolhera a preliminar de ausência de título executivo, extinguindo a execução.

Destarte, conforme já alinhavado, a superveniência do aludido julgamento é fato novo que influi diretamente no resultado do presente agravo de instrumento, cabendo ao juiz levá-lo em consideração (art. 462 do CPC).

Importa ressaltar que a ausência de trânsito em julgado propugnada pela embargante não desnatura o quanto decidido, nem traduz o alcance ao fim último por ela idealizado - atribuição de certeza e liquidez a título que não as tem.

Marque-se que na ação principal, a exequente, ora embargante, busca a satisfação de crédito decorrente de sua bonificação em contrato de empreitada, atrelado à conclusão de obra sob sua responsabilidade, sobressaindo a falta de liquidez e certeza do título (fls. 17 e seguintes).

Ainda que, por lapso, o agravo citado no V. Aresto embargado refira outra parte, trata-se de hipótese idêntica à dos autos.

Fosse como fosse, cumpre observar que, nos autos dos Embargos à Execução (nº 1037377-28.2013.8.26.0100), igualmente sobreviera sentença extintiva, encontrando-se o feito suspenso até o julgamento dos presentes aclaratórios.

De qualquer forma, não há nenhuma omissão ou obscuridade a ser reparada.

É vivo concluir, pois, que a embargante faz uso da via recursal dos embargos declaratórios por inconformismo com o V. Acórdão, e, pois, sem nenhum estofo integrativo, à margem da referida previsão legal.

Frise-se: a mera desconformidade da decisão judicial com a pretensão formulada pela parte não tem o condão lógico-jurídico de maculá-la com a pecha de omissa, obscura ou contraditória.

Nessa medida, tem-se que a temática trazida pela embargante, na verdade, sem base sólida, visa dar efeito infringente aos aludidos embargos, o que não é admissível e caracteriza evidente desvio de sua função jurídico-processual.

Nesse sentido, é a exegese do C. STF, *verbis*:

> "São incabíveis os embargos declaratórios, quando inexistentes os vícios que caracterizam os pressupostos legais de admissibilidade, venha esse recurso, com desvio de sua função jurídico-processual, a ser utilizado com a indevida finalidade de instaurar nova discussão sobre a controvérsia jurídica já apreciada pelo Tribunal". (EDcl no AgRg no RE 156.576-9/RJ, Rel. Ministro CELSO DE MELLO).

No seio do E. STJ, tem-se que:

> "Não pode ser recebido recurso que, sob o rótulo de embargos declaratórios, pretende substituir a decisão recorrida por outra. Os

embargos declaratórios são apelos de integração, não de substituição" (EDcl no AgRg no Ag 495.313/PR, Rel. Ministro HUMBERTO GOMES DE BARROS).

"Esta c. Corte já tem entendimento pacífico de que os embargos declaratórios, mesmo para fins de prequestionamento, só serão admissíveis se a decisão embargada ostentar algum dos vícios que ensejariam o seu manejo (omissão, obscuridade ou contradição)" (EDcl no RMS 22.025/ES, Rel. Ministro FELIX FISCHER, 5ª Turma, DJe de 14/04/2008).

No mesmo tom, EDcl no REsp 595.846/SP, Rel. Ministro CASTRO MEIRA; Ag nos EDcl no REsp 621.351/PR, Rel. Ministra DENISE ARRUDA; EDcl no REsp 579.891/SP, Rel. Ministro CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO; EDcl no REsp 72.204/RJ, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, dentre outros.

A esse propósito, cito por amostragem os seguintes precedentes do C. STF: EDcl no AgRg no Ag 813.180/DF, Rel. Ministro GILMAR MENDES; EDcl no AgRg no Ag 791.254/MG, Rel. Ministro CEZAR PELUSO; EDcl nos EDcl nos EDcl no AgRg no Ag 601.293/MG, Rel. Ministra CÁRMEN LÚCIA; EDcl nos EDcl no AgRg no RE 551.955/RS, Rel. Ministra ELLEN GRACIE; EDcl no AgRg no Ag 791.697/DF, Rel. Ministro LUIZ FUX; EDcl no AgRg no Ag. 829.754/SC, Rel. Ministro GILMAR MENDES.

Por esses fundamentos, pelo meu voto:

a) acolho os embargos declaratórios opostos pela Intercement Brasil S/A para sanar o erro material apontado, corrigindo-se a autuação;

b) rejeito os embargos declaratórios opostos pela SMA - Serviços de Montagens Associados Ltda., admitindo-se o prequestionamento suscitado (Súmula 98 do C. STJ).

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos de Declaração nº 1085187-96.2013.8.26.0100/50000, da Comarca de São Paulo, em que é embargante RECE CONSTRUTORA LTDA., é embargado PAV-MIX INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE ARGAMASSA LTDA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 21ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Acolhem-se os embargos, conhecendo-se da apelação e negando-lhe provimento, por V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 35645)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores SILVEIRA PAULILO (Presidente sem voto), VIRGILIO DE OLIVEIRA JUNIOR E MAIA DA ROCHA.

São Paulo, 11 de maio de 2016.

ITAMAR GAINO, Relator

Ementa: Embargos de declaração - Apelação - Deserção - Caráter infringente - Cerceamento de defesa - Nulidade de títulos - Duplicatas - Fornecimento de produtos - Litigância de má-fé.

1. Autoriza-se, excepcionalmente, a oposição de embargos de declaração com caráter infringente, quando no julgado se verifique que o apelo não foi conhecido, equivocadamente, por deserção, restando comprovado o recolhimento do preparo e a falha do sistema informatizado deste Tribunal no momento do respectivo protocolo.

2. Não há cerceamento de defesa quando o julgamento da lide independe de dilação probatória.

3. A duplicata sem aceite, por documentar um crédito decorrente de compra e venda mercantil ou prestação de serviços, deve estar acompanhada do comprovante da entrega da mercadoria ou da prova da prestação do serviço, sob pena de ser declarada nula.

4. No caso vertente, a ré demonstrou o fornecimento de argamassa e a locação de equipamentos para mistura deste produto à autora, que foram empregados em obra por esta realizada (CPC, art. 333, II).

5. O ajuizamento de lide temerária, na qual a autora, em evidente má-fé, altera a verdade dos fatos a fim de obter vantagem ilícita, consistente na declaração de inexigibilidade de débito lícito e na obtenção de indenização indevida, autoriza sua condenação por litigância de má-fé, nos termos do art. 17, II e III do CPC.

Embargos acolhidos, para conhecer da apelação e negar-lhe provimento.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de embargos de declaração opostos pela autora, em face da decisão deste relator, que não conheceu do seu apelo, por considerá-lo deserto (fls. 160/163).

A embargante atribui ao recurso efeito modificativo sustentando que o apelo não é deserto, tendo cumprido o despacho de fls. 157, apresentando a respectiva guia DARE correspondente ao recolhimento da taxa judiciária, conforme se denota pelo protocolo gerado. Argumenta que "*por motivo alheio, a referida petição não se encontra juntada aos autos*", culminando, equivocadamente, no decreto de deserção. Pleiteia, destarte, a anulação do acórdão neste aspecto, prosseguindo-se ao julgamento da apelação (fls. 01/06 do apenso).

Embargos tempestivos.

É o relatório.

Razão assiste à embargante no tocante à regularidade do preparo.

A autora interpôs recurso de apelação contra a r. sentença de fls. 160/163, que julgou improcedente a ação declaratória de inexigibilidade de débito c.c. cancelamento de protesto e indenização por dano moral, revogando a tutela antecipada e condenando-a por litigância de má-fé, ao pagamento de multa equivalente a 1% e indenização de 20%, ambas sobre o valor atualizado da causa, além das verbas sucumbenciais.

Em breve síntese, ela alega a ocorrência de cerceamento de defesa, sendo impedida de produzir provas oral, documental e pericial que reputa essenciais ao deslinde da questão. No mais, alega falsidade da assinatura atribuída ao seu representante no contrato apresentado pela ré e que a mercadoria foi entregue em obra diversa, sendo utilizada por terceiro. Pugna pelo afastamento da condenação por litigância de má-fé. Sustenta ter suportado dano moral em razão da inserção do seu nome nos cadastros de inadimplentes. Pleiteia, destarte, a anulação da r. sentença, ou, superada a preliminar, sua reforma (fls. 130/143).

Este relator considerou deserto o recurso sob os seguintes fundamentos:

"(...) verifica-se que o recurso apresentado é deserto, motivo pelo qual não pode ser conhecido.

Explica-se. O Provimento 33/2013, expedido em 30.10.2013 pela Corregedoria Geral de Justiça do Estado de São Paulo, disciplina o 'recolhimento da taxa judiciária e contribuições legalmente exigidas'. In verbis*:*

"Art. 1º. Alterar o item 8 do Capítulo III das Normas de Serviço da Corregedoria Geral da Justiça, que passa a vigorar com a seguinte redação:

8. O recolhimento da taxa judiciária e das contribuições legalmente estabelecidas efetuar-se-á mediante a utilização do Documento de Arrecadação de Receitas Estaduais - DARE-SP, gerado pelo Sistema Ambiente de Pagamentos,

Acesso ao Sumário

disponível no site Secretaria da Fazenda do Estado de São Paulo.

8.1. É obrigatório o preenchimento do campo 'Observações' constante da DARE-SP, com os seguintes dados: o número do processo judicial, quando conhecido, natureza da ação, nomes das partes autora e ré e a Comarca na qual foi distribuída ou tramita a ação. (...)

8.4. Os recolhimentos da taxa judiciária e contribuições que não observarem as disposições dos itens anteriores não terão validade para fins judiciais.' (g.n)

Pois bem, a apelante não apresentou a guia de preparo (DARE), referente ao comprovante de recolhimento de fls. 144/145, efetuado em 12/12/2014, sendo tal documento indispensável para a conferência de dados cujo preenchimento é obrigatório para o conhecimento do recurso.

Em diligência, a apelante foi intimada a apresentar a guia de preparo DARE referente ao mencionado comprovante, nos termos do aludido provimento, sob pena de não conhecimento do recurso (fls. 157/158).

Todavia, ela quedou-se inerte e igualmente silente (fls. 159).

Por essa razão, incide ao caso o quanto disposto no item 8.4 do mencionado Provimento.

Vale dizer, por decorrência lógica, restou igualmente inobservado o teor do artigo 511 do Código de Processo Civil, segundo o qual: 'No ato de interposição do recurso, o recorrente comprovará, quando exigido pela legislação pertinente, o respectivo preparo, inclusive porte de remessa e de retorno, sob pena de deserção.'" (fls. 160/163).

Eis o breve relato dos fatos.

I - Há que se acolher os presentes embargos, declarando-se a regularidade do preparo.

Como visto, a apelante foi intimada a apresentar a guia de preparo DARE referente ao comprovante de recolhimento da taxa judiciária para interposição do recurso, nos termos da decisão de fls. 157.

Ela comprovou que no mesmo dia de disponibilização do aludido despacho no DJE, protocolizou perante o juízo "a quo" a respectiva guia, conforme se constata pelo protocolo gerado (fls. 07 dos embargos).

Insta consignar que, por um equívoco do patrono da apelante, a petição comprovando o preparo foi protocolizada perante o juízo "a quo", impossibilitando a visualização das peças por este relator.

Em consulta ao setor de tecnologia da informação desta Colenda Corte, foi confirmada a informação de que o protocolo ocorreu por engano perante o primeiro grau, sendo "*que o processo já tramitava em 2º grau*" (cf. fls. 14 do apenso).

Acesso ao Sumário

Ocorre que o referido setor reconheceu tratar-se de falha gerada pelo sistema, prontificando-se à resolução do problema.

É verdade que o patrono da apelante concorreu para o problema ocasionado. Todavia, não há como prejudicá-la, deixando de apreciar o recurso interposto sob a equivocada premissa de tratar-se de deserção, quando o recolhimento do preparo restou demonstrado.

Ademais, o sistema deste Tribunal permitiu que peças fossem juntadas perante o juízo "a quo", sendo que, virtualmente, os autos já tramitavam perante este Tribunal, sendo gerado um número de protocolo.

Nesse cenário, não há como punir a parte pela falha operacional da máquina judiciária, sob pena de se incorrer em profunda injustiça.

Destarte, acolhem-se os embargos, passando-se à análise da apelação.

II - Não prospera a preliminar de cerceamento de defesa.

Para que se tenha por caracterizado o cerceamento de defesa em decorrência da ausência de dilação probatória, faz-se necessário que, confrontadas as provas que foram requeridas com os demais elementos de convicção carreados ao processo, elas não só apresentem capacidade potencial de demonstrar o fato alegado, como também se mostrem indispensáveis à solução da controvérsia, sem o que fica legitimado o julgamento antecipado da lide.

Ademais, o Juiz, ao apreciar a validade de um negócio jurídico, não está adstrito a determinar a realização de provas quando os elementos dos autos são suficientes a formar o seu convencimento acerca da solução a ser dada à lide.

Assim é porque, na forma do artigo 130 do Código de Processo Civil, "*Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias*", não se podendo olvidar de que, "*Sendo o Juiz o destinatário da prova, somente a ele cumpre aferir sobre a necessidade ou não de sua realização. Nesse sentido: RT 305/121, JTJ 317/189 (AP 964.735-0/3)" (NEGRÃO, Theotônio, Código de Processo Civil e Legislação Processual em Vigor, Editora Saraiva, 41ª ed., pág. 272)*.

Em casos como o presente, em que as alegações das partes e a prova documental produzida eram suficientes ao deslinde da questão, revelava-se dispensável, e até mesmo protelatória, a abertura da fase instrutória.

Insta consignar que a autora não arguiu a falsidade de assinatura através do incidente competente (CPC, art. 390), tornando preclusa a realização de perícia.

Por outra, restou incontroverso que as partes mantêm um relacionamento comercial, não se desincumbindo a autora de apresentar a documentação referente aos pedidos anteriores à negociação em tela, a fim de conferir verossimilhança

Acesso ao Sumário

às suas alegações, como será visto a seguir.

Resta, assim, afastado o alegado cerceamento de defesa.

III - De acordo com a Lei nº 5.474/68, a duplicata é título causal, vinculado a uma relação subjacente de compra e venda de mercadoria ou de prestação de serviço. A prova desta necessária relação entre as partes - ainda em conformidade com a letra da lei - é feita pela fatura e pelo comprovante de entrega da mercadoria ou de prestação do serviço (artigos 1º e 2º da Lei das Duplicatas).

No caso, a autora alega ter sido surpreendida com a cobrança de 02 duplicatas, no montante de R$ 4.500,00 (fls. 03), argumentando que, embora mantenha com a ré contrato de locação de equipamentos e fornecimento de argamassa, não realizou nenhum pedido que desse lastro à emissão das cambiais.

A ré sustenta que em razão do contrato celebrado em 04.02.2013, realizou a locação de "*silo e misturador de argamassa*" à autora, sendo-lhe fornecidas várias toneladas deste produto (fls. 90/91).

Ela esclarece que os equipamentos e produtos foram utilizados pela autora na obra localizada na Rua José Luiz das Poses, na cidade de Ouro Fino/MG.

Em réplica, a autora impugnou a assinatura lançada no mencionada contrato, atribuída ao seu representante Renan, bem como, os *e-mails* atribuídos a ela (fls. 99/100).

O MM. Juiz "a quo" julgou a ação improcedente, entendendo "*que a emissão dos títulos foi regular, como se verifica da documentação acostada aos autos pela ré*", condenando a autora por litigância de má-fé (fls. 126).

Com efeito.

Restou incontroverso que as partes mantinham um relacionamento comercial, voltado ao fornecimento de argamassa e à locação de equipamentos destinados à mistura do produto, sendo estes fornecidos pela ré.

A autora não reconhece o contrato apresentado pela ré (fls. 90/91), argumentando que a assinatura atribuída ao seu representante é falsa.

Todavia, ela não apresentou o contrato que entende como verdadeiro, tampouco especificou como ocorriam as negociações entre as partes e quais os produtos e equipamentos efetivamente contratados. Em suma, nada esclareceu quanto ao relacionamento comercial existente entre elas, limitando-se em alegar que "*mantém com a empresa Requerida contrato de Locação e Venda*" (cf. fls. 02).

Causa estranheza que a autora, discordando da assinatura atribuída ao seu representante, não tenha se insurgido oportunamente, através de incidente de falsidade documental, nos termos do art. 390 do CPC.

Denota-se que no "*contrato de locação de equipamento vinculado à*

Acesso ao Sumário

venda mercantil" (fls. 90/91) as "assinaturas" do representante da autora foram lançadas através de "rubricas", sendo bastante semelhantes àquelas existentes no contrato social da autora (fls. 11/14).

Note-se que, em nenhum momento a autora compara tais rubricas, àquelas inseridas no seu contrato social, limitando-se em argumentar que não condizem com a assinatura da procuração "ad judicia" (fls. 10) e do documento de identificação pessoal (fls. 21).

Se não bastasse, a autora não impugnou especificamente a alegação de que as mercadorias foram entregues em sua obra, localizada na Rua José Luiz das Poses, no município de Ouro Fino/MG, sendo recebidas por Pedro Paulo, ao que tudo indica, seu preposto, como se denota do respectivo canhoto (fls. 88, 90/91 e 99/100).

Em réplica, ela se contradiz, reconhecendo, primeiramente, que realizou a contratação, sustentando, porém, que os produtos foram entregues somente após o término da obra (fls. 100). Ressalte-se que não houve impugnação específica quanto ao local de entrega dos materiais, tampouco quanto à pessoa que os recebeu.

Em seguida, em nítida argumentação contraditória, a autora alega singelamente que a assinatura aposta no contrato é falsa.

Nesse contexto, resta evidente que a autora utilizou-se dos materiais e equipamentos fornecidos pela ré e não cumpriu com os pagamentos, não havendo como afastar a higidez das cártulas.

Destarte, os protestos representam o exercício regular do direito da ré de tentar receber o valor do débito (CC, art. 188, I).

IV - Depreende-se que a autora alterou a verdade dos fatos, com o escopo de utilizar-se do processo para obtenção de vantagem ilícita, buscando a desconstituição de um débito que sabia ser lícito e a obtenção de indenização indevida, o que configura litigância de má-fé.

Em tempos em que se busca a efetividade do processo como mecanismo de pacificação social, é lamentável verificar que institutos tão caros à sociedade, como o exercício da ampla defesa, e que representam instrumento imprescindível para o tão desejado acesso à justiça, sejam utilizados de forma tão irresponsável.

O Poder Judiciário, sabidamente, possui excessivo volume de trabalho, de modo que a abjeta prática de atos desnecessários e talvez maliciosos comprometem não apenas o andamento de um processo, mas o funcionamento de toda uma engrenagem. Sobre a censurável conduta da autora, portanto, poder-se-ia discorrer por longos parágrafos, ainda assim, sem ter a certeza de que a lição seria aprendida.

O seu comportamento configura litigância de má-fé, nos termos do art. 17, II e III do CPC, pelo quê, deve ser mantida a condenação ao pagamento de

Acesso ao Sumário

multa e indenização correspondentes (CPC, art. 18 e § 2º).
V - Ante o exposto, acolhem-se os embargos, conhecendo- se da apelação e negando-lhe provimento.

Embargos Infringentes

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos Infringentes nº 1061231-17.2014.8.26.0100/50000, da Comarca de São Paulo, em que é embargante COMPANHIA DO METROPOLITANO DE SÃO PAULO – METRÔ, é embargado JULIANA MANGINI ZAMORA (JUSTIÇA GRATUITA).

ACORDAM, em 37ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Por maioria de votos, rejeitaram os embargos infringentes, vencido o 4º Desembargador.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 27062)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores JOÃO PAZINE NETO (Presidente), SERGIO GOMES, ISRAEL GÓES DOS ANJOS e PEDRO KODAMA.

São Paulo, 5 de abril de 2016.

JOSÉ TARCISO BERALDO, Relator

Ementa: DANO MORAL – Responsabilidade civil – Contrato de transporte – Prática de ato libidinoso no interior de vagão metroviário contra passageira – Risco inerente à atividade, uma vez que propiciado pelas características típicas do transporte metroviário – Violação de cláusula de incolumidade – Dever de indenizar reconhecido – Inteligência do art. 735 do Cód. Civil – Sentença de improcedência reformada – Embargos infringentes rejeitados.

Acesso ao Sumário

VOTO

Embargos infringentes interpostos em face do v. acórdão de fls. 134/155

que, pelos votos dos Em. Des. ISRAEL GÓES DOS ANJOS (Relator) e JOÃO PAZINE NETO (Terceiro juiz), deu provimento à apelação interposta pela embargada contra r. sentença que julgara improcedente ação de indenização por dano moral decorrente de assédio sexual praticado em vagão de transporte ferroviário.

Tal desfecho deu-se contra o voto do Em. Des. PEDRO KODAMA (Revisor), para quem a r. sentença seria mantida, uma vez que inexiste prova de falha na prestação de serviço e que não há nexo de causalidade com o contrato de transporte.

A embargante insiste em que não há prova do fato nem de falha da prestação de serviço, em que ofereceu auxílio à embargada tão logo comunicada, a qual não quis se dirigir à autoridade policial nem ao atendimento médico, em que se trata de ato clandestino de impossível fiscalização, em que está empenhada em campanhas contra tais práticas, bem como em reforços de segurança, em que houve rompimento do nexo causal por se tratar de caso fortuito, estranho ao serviço de transporte e em que não há prova do dano moral.

Os embargos foram admitidos para discussão, e a embargada não apresentou resposta.

É o relatório.

Os embargos, todavia, não vingam, respeitado, ao máximo, o convencimento do Em. Des. PEDRO KODAMA.

Anote-se, de pronto, que o presente recurso está limitado à matéria objeto da divergência, isto é, nada mais se discute acerca dos fatos – ocorrência de ato libidinoso praticado por passageiro contra a embargada no interior de vagão da embargante – mas apenas se tal ato se insere entre os riscos a que o transportador está obrigado a suportar, vale dizer, se o caso é de fortuito interno ou externo.

Como se sabe, dispõe o art. 735 do Cód. Civil que "**a responsabilidade contratual do transportador por acidente com o passageiro não é elidida por culpa de terceiro, contra o qual tem ação regressiva**".

Acesso ao Sumário

A jurisprudência, incluindo-se v. acórdão relatado por este signatário quando membro da C. 14ª Câmara de Direito Privado e referido no voto vencido do Em. Des. PEDRO KODAMA, interpretando tal dispositivo, tem reiteradamente decidido pela exclusão da responsabilidade do transportador, por quebra do nexo de causalidade, quando "**o dano é causado por fato de terceiro que representa caso fortuito externo, sendo estranha à atividade transportadora**" (AgRg no AREsp 97.872/SP, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, TERCEIRA TURMA, j. em 26.02.2014, DJe 17.02.2014).

Mais ainda, pontua-se que "**em caso de transporte coletivo de passageiros, como é o caso do metrô, 'o transportador só responde pelos danos resultantes de fatos conexos com o serviço que presta'**" (AgRg nos

EDcl no REsp 1203535/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 17/04/2012, DJe 25/04/2012).

É essa igualmente a posição de CLAUDIO LUIZ BUENO DE GODOY que, contudo, ressalta que "**parece mais se afeiçoar aos pressupostos atuais da responsabilidade civil, máxime em atividades perigosas como é a de transporte (art. 927), a verificação sobre se o fato atribuível ao terceiro se coloca ou não dentro dos limites razoáveis do risco criado, e assim assumido, pela atividade do transportador**" ("in" "Código Civil Comentado", Ed. Manole, 2007, p. 598).

No caso, embora o dano decorra inegavelmente de ato de terceiro, não é menos certo que apenas a embargante era capaz de impedi-lo, na medida em que somente ela controla o fluxo de passageiros e exerce a vigilância em suas estações e composições.

Com efeito, não se trata de ato praticado por pessoa estranha ao contrato de transporte que age repentinamente, isto é, fora da esfera da previsibilidade da embargante, porém de conduta exercida por outro passageiro, no interior de um vagão, cuja vigilância e segurança, frise-se, são efetuadas exclusivamente pela embargante.

De irresistibilidade igualmente não há falar, já que não houve emprego da força nem de ameaça, mas sim aproveitamento das circunstâncias típicas do transporte metroviário.

A realização de atos libidinosos dessa natureza requer aglomeração excessiva de pessoas, bem como certo isolamento das autoridades policiais, condições, sem dúvida, criadas pela atividade de transporte em massa de pessoas exercida pela embargante.

Assim, é inegável que tais assédios constituem risco criado pela própria atividade e, como tal, sua prática representa evidente violação daqueles deveres decorrentes da cláusula de incolumidade ínsita ao contrato de transporte.

Consequentemente, deve mesmo a embargada responder pelos danos daí advindos.

Resta saber, então, se houve dano moral.

Ora, abusos como o narrado na petição inicial indubitavelmente ultrapassam o simples desconforto.

É agravo, de resto, cuja existência se constata por si só, "ipso facto", sem necessidade alguma de demonstração.

Observe-se, quanto a isso, que o dano moral decorre diretamente da violação do direito da vítima quando essa excede "**a naturalidade dos fatos da vida, causando fundadas aflições ou angústias no espírito de quem ela se dirige**" (REsp 599.538/MA, Rel. Ministro CESAR ASFOR ROCHA, QUARTA

Acesso ao Sumário

TURMA, julgado em 04.03.2004, DJ 06.09.2004 p. 268).

Nesse sentido, destaca-se, ainda, que "**A concepção atual da doutrina orienta-se no sentido de que a responsabilização do agente causador do dano moral opera-se por força do simples fato da violação ('danum in re ipsa'). Verificado o evento danoso surge a necessidade da reparação, não havendo que se cogitar da prova do prejuízo, se presentes os pressupostos legais para que haja responsabilidade civil (nexo de causalidade e culpa)**" (REsp 23575/DF, Rel. Ministro CESAR ASFOR ROCHA, QUARTA TURMA, julgado em 09.06.1997, DJ 01.09.1997 p. 40838).

Portanto, a indenização por dano moral foi bem reconhecida.

Feitas essas considerações, deve prevalecer o v. acórdão.

Como consequência, rejeitam-se os embargos infringentes.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos Infringentes nº 0188309-79.2012.8.26.0100/50000, da Comarca de São Paulo, em que é embargante ITAÚ UNIBANCO S/A, é embargado RUDOLF URI HUTZLER.

ACORDAM, em 38ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Consultado o Senhor Advogado, sobre a necessidade da leitura do relatório, o mesmo dispensou-a. Acolheram os embargos infringentes, Por maioria de votos. Vencido o 2º Desembargador, que declara, e o 3º Desembargador que, adere integralmente ao voto divergente.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 28773)**

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

São Paulo, 6 de abril de 2016.

FLÁVIO CUNHA DA SILVA, Relator

Ementa: EMBARGOS INFRINGENTES. DANOS MATERIAIS. Contrato de uso de cofre. Cláusula que estipulava o valor máximo dos valores a serem depositados. Ciência inequívoca do contratante, que guardou objetos de valor superior ao pactuado. Potestatividade não reconhecida. Embargos infringentes acolhidos.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se, na origem, de ação indenizatória por danos morais e materiais, ajuizada por Rudolf Uri Hutzler em face de Banco Itaú S/A, julgada improcedente em primeiro grau.

O recurso de apelação foi provido por maioria de votos, conforme v. acórdão de fls. 347/362, cuja turma julgadora foi composta pelos desembargadores César Peixoto, Eduardo Siqueira e Spencer Almeida Ferreira. O voto condutor considerou potestativa a cláusula limitativa de responsabilidade pelos danos materiais em caso de ofensa ao dever de boa guarda dos bens contidos no cofre locado, determinando o pagamento da quantia correspondente aos objetos depositados, a ser apurado em sede de liquidação, condenando ainda a instituição depositária a indenizar os danos morais no valor de R$30.000,00.

O voto vencido, do Desembargador Spencer Almeida Ferreira, dava procedência ao pedido em menor extensão, forte na validade da cláusula que fixava limite de R$15.000,00 para os objetos depositados no cofre, afastando os danos materiais pleiteados em quantia superior ao pactuado, considerando devida a indenização de R$20.000,00 pelo dano de caráter extrapatrimonial.

Contra o v. acórdão foram opostos os presentes embargos infringentes, objetivando a rediscussão da responsabilidade pela indenização dos prejuízos materiais.

Sustenta o embargante (fls. 365/399), em resumo, a validade da cláusula 7.1 do contrato como limitadora de uso do cofre. Aduz ser esta a qualificação jurídica apropriada, por se tratar de mera regulação de uso do cofre locado. Salienta que por ocasião da contratação e renovações anuais o contratante foi alertado sobre a possibilidade de providenciar seguro do valor que superasse o limite contratual. Pleiteia ainda o reconhecimento da compatibilidade da referida cláusula com o CDC, na medida em que a redação é clara, de fácil compreensão, e se encontra em destaque no documento assinado pelo depositante.

Embargos opostos tempestivamente e respondidos (fls. 426/433).

É o relatório.

Cinge-se a matéria dos infringentes à reparação dos danos materiais consequentes da subtração, dos cofres disponibilizados pela instituição financeira, de bens de valor superior ao máximo declarado em contrato.

Em diversos casos símiles, envolvendo o mesmo evento danoso (furto ocorrido na agência 0262 do Banco Itaú S/A, localizada na Avenida Paulista, em agosto de 2011), a jurisprudência tem reconhecido a validade da estipulação da cláusula 7.1 (fl. 30), cujo teor é o seguinte:

> "7. Objeto O Itaubanco me aluga o cofre caracterizado no item 3, no qual poderei colocar bens, cujo valor total não deverá exceder ao fixado no item 5.

Acesso ao Sumário

7.1 ESTOU CIENTE DE QUE:

7.1.1. NÃO PODEREI UTILIZAR O COFRE PARA COLOCAR BENS:

A) DE VALOR SUPERIOR, NO CONJUNTO, AO FIXADO NO ITEM 5;

B) CUJA POSSE SEJA ILEGAL, ASSIM COMO SUBSTÂNCIAS OU PRODUTOS INFLAMÁVEIS, EXPLOSIVOS, CORROSIVOS OU QUALQUER OUTRO CAPAZ DE CAUSAR DANO;

7.1.2. ESTE CONTRATO REFERE-SE À LOCAÇÃO DE COFRE, NÃO HAVENDO QUALQUER OBRIGAÇÃO DE GUARDA OU DEPÓSITO POR VALORES;

7.1.3. A SEGURANÇA A MIM OFERECIDA É A MESMA EMPREGADA PELO ITAUBANCO PARA A PROTEÇÃO DE SEUS PRÓPRIOS BENS E VALORES;

7.1.4.(…)

7.2. SOMENTE PODEREI COLOCAR BENS CUJO VALOR EXCEDA AO FIXADO NO ITEM 5, SE EU FIZER PREVIAMENTE SEGURO PELO VALOR EXCEDENTE, ENTREGANDO AO ITAUBANCO A RESPECTIVA APÓLICE;

7.2.1. SE REALIZADO O SEGURO, A PREVISÃO DO EXCESSO DE VALOR DE UTILIZAÇÃO SERÁ OBJETO DE ADITAMENTE A ESTE CONTRATO;

7.2.2. A RESPONSABILIDADE PELO PERDIMENTO DE BENS, EM VALOR SUPERIOR AO DE UTILIZAÇÃO CONTRATADO (ITEM 5), SERÁ SEMPRE DO LOCATÁRIO OU DA SEGURADORA QUE CONTRATAR O SEGURO PREVISTO NO SUBITEM 7.2".

Não há dúvida de que a hipótese trata de relação de consumo, consistente em prestação de serviço de guarda de bens pela instituição financeira, devendo, pois, ser abordada à luz do Código de Defesa do Consumidor. Todavia, a incidência da legislação especial não afasta a necessidade de observância das normas atinentes à lealdade e boa-fé nos negócios jurídicos, algumas dessas normas insertas na própria legislação consumerista.

Como se depreende da leitura da cláusula, é inegável o pleno conhecimento do autor acerca das condições de aluguel, do valor limite dos bens que podiam ser guardados, bem como da necessidade de se providenciar seguro adicional caso pretendesse utilizar o cofre para acondicionar bens de valor superior ao estabelecido. Não se pode olvidar, outrossim, a reiterada aceitação dessas condições por ocasião das renovações semestrais ou anuais da locação.

No caso sob exame cabe a máxima latina "*nemo auditur propriam turpitudinem allegas*" que em tradução livre significa que ninguém é ouvido em

Acesso ao Sumário

juízo alegando a própria torpeza.

Inviável tratar a disposição como cláusula potestativa, porquanto a vantagem alegadamente carreada ao réu não decorreu exclusivamente da determinação contratual, mas também, e principalmente, da opção do contratante por encerrar objetos no cofre em desacordo com o pactuado.

Nesse sentido, importante zelar pela boa-fé e lealdade na celebração e cumprimento dos negócios jurídicos, preservando-se, enquanto se desenvolve a relação jurídica, a reciprocidade e proporcionalidade características de contratos sinalagmáticos como o pacto em análise, em que cada parte assumiu obrigações correlatas ao direito de crédito da outra[1].

A propósito, como menciona a doutrina, "No domínio do contrato, a bilateralidade se apresenta como categoria de contrato que importa em reciprocidade de prestações, em oposição ao contrato unilateral. No domínio do negócio jurídico, a bilateralidade significa **consentimento recíproco, sem o qual não há contrato**. Contrato bilateral é, portanto, o contrato que prevê a obrigação ou o sacrifício de um contratante com causa da obrigação de outro, fenômeno mútuo do qual resulta a dependência igualmente recíproca das prestações de uma parte a outra. Daí também serem classificados como contratos *sinalagmáticos* (ou de *prestações correlatas, correspectivas*), termo de origem grega (*Synallagma*) de múltipla significação, registrado no *Code Civil* (art. 1.102), donde se espraiou" (*in* **Teoria Geral dos Contratos**, Gilberto Haddad Jabur, Coord. Renan Lotufo e Giovanni Ettore Nanni, São Paulo: Ed. Atlas, 2011, p. 208/209, g.n).

Considerada a bilateralidade do negócio jurídico, bem como o quadro de liberdade negocial e ciência inequívoca do consumidor quanto ao serviço/produto negociado, não há como se reconhecer a abusividade alegada, pois não se confunde com imposição desproporcional de prestação, antes consubstanciando mera condição pré-estabelecida para celebração do negócio, a qual deveria pautar a conduta das partes.

Em síntese, a estipulação do limite de R$15.000,00 precede o evento danoso e a ele não se relaciona a não ser indiretamente e em decorrência da prática do próprio depositante. Possível afirmar, portanto, que o autor consentiu com o risco de sua conduta ao contrariar as disposições contratuais. Daí porque resta afastada a responsabilidade pelo risco profissional.

Em precedente judicial analisado pelo Superior Tribunal de Justiça, decorrente do mesmo evento, concluiu-se pela validade da cláusula de limitação de uso:

"RECURSO ESPECIAL - CONTRATO DE ALUGUEL DE COFRE - ROUBO - RESPONSABILIDADE OBJETIVA - CLÁUSULA

1 GOMES, Orlando, Obrigações, 12ª edição, p. 62, Ed. Forense: São Paulo, 1998.

Acesso ao Sumário

LIMITATIVA DE USO - ABUSIVIDADE - INEXISTÊNCIA - DELIMITAÇÃO DA EXTENSÃO DOS DIREITOS E DEVERES DAS PARTES CONTRATANTES - RECURSO ESPECIAL IMPROVIDO.

I - Os eventos 'roubo' ou 'furto', ocorrências absolutamente previsíveis, a considerar os vultosos valores mantidos sob a guardada instituição financeira, que assume profissionalmente todos os riscos inerentes à atividade bancária, não consubstanciam hipóteses de força maior, mantendo-se, por conseguinte, incólume o nexo de causalidade existente entre a conduta negligente do banco e o prejuízo suportado por seu cliente;

II - A cláusula limitativa de uso, assim compreendida como sendo aquela que determina quais seriam os objetos que poderiam (ou não) ser armazenados e sobre os quais recairiam (ou não) a obrigação (indireta) de segurança e proteção, não se confunde com a cláusula que exclui a responsabilidade da instituição financeira anteriormente mencionada.

III - O contrato, ao limitar o uso do receptáculo posto à disposição do cliente, preceitua que a instituição financeira tem por obrigação zelar pela segurança e incolumidade do receptáculo posto à disposição do cliente, devendo ressarci-lo, na hipótese de roubo ou de furto, os prejuízos referentes aos bens subtraídos que, por contrato, poderiam encontrar-se no interior do compartimento. Sobre os bens, indevidamente armazenados, segundo o contrato, não há dever de proteção, já que refoge, inclusive, do risco profissional assumido;

IV - O Banco não tem acesso (nem ciência) sobre o que é efetivamente armazenado, não podendo impedir, por conseguinte, que o cliente infrinja os termos contratados e insira, no interior do cofre, objeto sobre o qual, por cláusula contratual (limitativa de uso), o banco não se comprometeu a, indiretamente, proteger. É de se ponderar, contudo, que, se o cliente assim proceder, deve arcar com as consequências de eventuais perdas decorrentes de roubo ou furto dos objetos não protegidos, não havendo falar, nesse caso, em inadimplemento contratual por parte da instituição financeira. Aliás, o inadimplemento contratual é do cliente que inseriu objeto sobre o qual recaía expressa vedação de guarda;

V - Recurso Especial improvido".

(**STJ. REsp: 1163137- SP, Rel. Min. MASSAMI UYEDA, j. 14/12/2010**)

No mesmo sentido, julgados proferidos por esta C. Corte:

"Ação de indenização por danos materiais e morais. Roubo de bens custodiados em cofres do banco réu. Agravo retido - Recurso do banco réu não conhecido - Falta de reiteração de seu conhecimento no recurso - Inteligência do art. 523, § 1º, do CPC - Recurso não conhecido. Agravo retido - Recurso dos autores contra decisão que indeferiu a oitiva de

Acesso ao Sumário

testemunhas para comprovar a existência dos bens armazenados nos cofres do banco réu - Prova inócua na hipótese diante da legalidade da cláusula 7 do contrato limitando a utilização dos cofres ao valor de R$ 15.000,00 - Agravo retido negado. Indenização por danos morais e materiais - Roubo de bens custodiados em cofres do banco réu (...). Indenização por danos morais e materiais - Roubo de bens custodiados em cofres do banco réu - Aplicação da legislação consumerista (súmula 297 do STJ) - Responsabilidade objetiva da instituição financeira - Aplicação da teoria do risco Súmula 479 do STJ - Danos materiais - Validade da cláusula limitadora de uso dos cofres - Autores armazenaram bens em valor superior ao permitido em contrato - Responsabilidade do banco adstrita ao valor permitido para cada cofre (R$ 15.000,00) - Autores já foram indenizados pelo banco réu - Sentença parcialmente reformada - Recurso do banco réu provido, negado provimento ao recurso dos autores. Danos morais - Ocorrência - Danos morais que se comprovam com o próprio fato, ou seja, com roubo dos bens armazenados em cofres de segurança do banco réu (damnum in re ipsa) - Sentença mantida - Recurso do réu negado. Danos morais - Valor - Indenização arbitrada em consonância com os princípios da razoabilidade e proporcionalidade - Sentença mantida - Recurso do réu negado. Recurso do réu provido em parte, negado provimento ao recurso dos autores".

(**TJSP, Apel. 0178325-71.2012.8.26.0100, Rel. Des. Francisco Giaquinto, j. 4.2.2015**).

"INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS - Contrato de uso de cofre - Adesão - Roubo - Indenização paga pelo limite estabelecido em contrato - Cerceamento de defesa afastada - Guarda de bens em quantidade superior ao contratado - Isenção de responsabilidade da instituição financeira - Inexistência de cláusula limitadora de responsabilidade - Sentença mantida - Recurso não provido".

(**TJSP, Apel. 0128792-46.2012.8.26.0100, Rel. Des. Heraldo de Oliveira, j. 17/04/2013).**

"Indenização por danos materiais e morais - Roubo ocorrido em instituição financeira - Subtração de bens armazenados nos cofres do banco - Previsão no contrato sobre a impossibilidade de guarda de jóias e dinheiro nos cofres - Infração contratual pelos autores - Validade da cláusula limitativa de uso - O banco não pode ser compelido a responsabilizar-se por obrigação maior que a contratada - Recurso dos autores não provido. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS - Fixação que remunerou de forma condigna o patrono da parte, não merecendo reparo. Recurso do réu não provido".

Acesso ao Sumário

(**TJSP, Apel. 9122666-45.2003.8.26.0000, Rel. Des. Renato Rangel Desinano, j. 10.5.2012**).

Desse modo, é caso de afastar a pretensão do autor ao ressarcimento dos valores que afirmou existirem no referido cofre e que superaram o valor limite do contrato, tal como declarado no voto vencido.

Observa-se que a matéria dos infringentes não é afeta ao reconhecimento dos danos morais, inclusive por ausência de amparo legal, tampouco abarca o valor da respectiva indenização.

Ante o exposto, **pelo meu voto, acolho os embargos infringentes** para afastar a condenação pelos prejuízos materiais declarados.

Para fins de acesso aos Egrégios Tribunais Superiores, ficam expressamente prequestionados todos os artigos legais e constitucionais mencionados.

DECLARAÇÃO DE VOTO VENCIDO

(Voto nº 4308)

Adotado o relatório do douto relator, divirjo parcialmente, apenas no que diz respeito aos danos materiais, entendo cabível o art. 51, I do C.D.C. ante a cabal demonstração da abusividade da clausula de n. 7 dos contratos objeto da ação.

Antes, porém de considerar aspectos jurisprudenciais, cabe ver alguns fatos importantes.

Às fls. 122, há a denúncia apresentada pelo MP, onde está escrito o seguinte:

> *"Apurou-se que a data do crime, ocorrido no Sábado, coincidiu com a efetivação de obras na agência, as quais se desenvolveram durante o dia, a cargo das empresas Itautec e Construtora PBA, sendo que tais serviços foram executados no pavimento térreo, com previsão de remoção de cadeiras, mesas e equipamentos de informática, e para tanto,* ***foi desligado o alarme de sensor de presença****." (grifos nossos).*

Ora, o banco desligou o alarme e desligou o sensor de presença, ou seja, o próprio fornecedor do serviço de guarda de valores em cofre concorreu com o fatídico prejuízo ocorrido aos consumidores.

Por outro lado, a cláusula 7.2, (fls. 30) que tomo a liberdade de transcrever diz:

> *"Poderei colocar bens cujo valor exceda ao fixado no item 5, se realizado o seguro..."*

No entanto, a cláusula 7.2.1 diz:

> *"Caso seja contratado, o seguro do excesso de valor de utilização, a*

*informação da contratação será objeto de aditamento a este contrato, que somente formalizará sua existência, **sem contudo, alterar a responsabilidade do ITAUBANCO com o valor constante do item 5.**" (grifos nossos)*

Assim, por qualquer prisma que veja o contrato de fls. 30, o consumidor não tem saída.

Concluo que o contrato é ilegal. Que o serviço prestado pelo Banco foi deveras mal prestado.

No mérito, a matéria já foi analisada com excelência em voto relatado pelo Exmo. Desembargador Carlos Abrão no julgamento da Apelação nº 0194700-50.2012.8.26.0100, pela 14ª Câmara deste TJSP, da Comarca de São Paulo, "Deram provimento em parte ao recurso. V. U. Declara voto convergente o Des. Revisor. Sustentaram oralmente os advogados Maristela Cury Muniz pela apelante e Geocarlos Augusto pelo apelado.", cujo brilhantismo, somado à identidade dos casos, merece transcrição parcial:

*"O recurso comporta parcial provimento. **O cofre de segurança representa contrato de locação de serviços, cujo banqueiro não agiu com o dever de vigilância e, muito menos, com o dever de fiscalização. Diante da culpa, hospedada no artigo 186 do Código Civil, não pode fazer prevalecer cláusula mediante desvantagem excessiva do consumidor, limitativa da responsabilidade do banqueiro. Enxergamos, na seara descortinada, culpa in eligendo, em relação ao serviço terceirizado de segurança, dado o manifesto envolvimento de pessoas para a realização da modalidade criminosa perante os cofres de segurança da clientela.** ... Primeiramente, observo que no contrato celebrado entre as partes em 1991 consta como limite de utilização o valor de Cr$ 1.848.015,00 (item 5 fls. 47) e suas cláusulas 7.2 e 7.3 assim dispõem: '7.2 ESTOU CIENTE DE QUE: 7.2.1 NÃO PODEREI UTILIZAR O COFRE PARA COLOCAR BENS: A) DE VALOR SUPERIOR, NO CONJUNTO, AO FIXADO. B) CUJA POSSE SEJA ILEGAL, ASSIM COMO SUNSTÂNCIAS OU PRODUTOS INFLAMÁVEIS, EXPLOSIVOS, CORROSIVOS OU QUALQUER OUTRO CAPAZ DE CAUSAR DANO. 7.2.2 ESTE CONTRATO REFERE-SE À LOCAÇÃO DE COFRE, NÃO HAVENDO QUALQUER OBRIGAÇÃO DE GUARDA OU DEPÓSITO POR PARTE DO ITAUBANCO; 7.2.3 A SEGURANÇA A MIM OFERECIDA É A MESMA EMPREGADA PELO ITAUBANCO PARA A PROTEÇÃO DE SEUS PRÓPRIOS BENS E VALORES. 7.2.4 NÃO PODEREI CEDER ESTE CONTRATO, SUBLOCAR OU EMPRESTAR O COFRE. 7.3 SOMENTE PODEREI COLOCAR BENS, CUJO VALOR EXCEDA AO LIMITE DO ITEM 5, SE EU FIZER PREVIAMENTE SEGURO PELO VALOR*

Acesso ao Sumário

EXCEDENTE, ENTREGANDO AO ITAUBANCO A RESPECTIVA APÓLICE. 7.3.1 ESSE SEGURO DEVERÁ PREVER A ATUALIZAÇÃO DO CAPITAL SEGURADO NA FORMA DO DISPOSTO NO SUBITEM 7.1. 7.3.2 SE REALIZADO O SEGURO, A PREVISÃO DE EXCESSO DE LIMITE SERÁ OBJETO DE ADITAMENTO A ESTE CONTRATO. 7.3.3 A RESPONSABILIDADE PELO PERDIMENTO DE BENS, EM VALOR SUPERIOR AO LIMITE DE UTILIZAÇÃO CONTRATADO (ITEM 5) SERÁ SEMPRE DO LOCATÁRIO OU DA SEGURADORA QUE CONTRATAR O SEGURO PREVISTO NO SUBITEM 7.3' (fls. 47). No julgamento do presente caso, necessário se faz analisar a ***legalidade das cláusulas acima transcritas frente às disposições do Código Civil e do Código de Defesa do Consumidor, aplicável na relação consumerista****. A festejada jurista Claudia Lima Marques (Contratos no Código de Defesa do Consumidor 3ª ed. RT 1999) revela o sentido da autonomia real da vontade do contratante mais fraco. Nessa dicção, levando em conta a relação consumerista, ela inclui poderoso instrumento para se obter a justiça ou equidade contratual (Vertragsgerechtigkeit), de tal sorte que, sendo grave a culpa do banqueiro, não se pode tomar como referência a validade e eficácia da limitação do risco à soma de R$ 15 mil. A forma convencional do banco de pactuar a sua responsabilidade, diante da falta do dever de fiscalização e vigilância, representa o modelo a ser descartado (Organisationsmodell). Bem por tudo isso, torna-se razoável, visto o preceito do poder econômico, rever a razoabilidade da concessão ao contratante mais fraco (Zumutbarkeit). De plano,* ***anoto estar claro nos autos que os autores, do lar, artista plástica e arquiteto (fls. 2), são tecnicamente hipossuficientes em relação ao poderio econômico da instituição financeira, em termos de compreensão e discernimento pleno a respeito do contrato de cofre de segurança.*** *Colocada essa premissa, o art. 51, inc. I, do CDC dispõe que: 'Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que: I - impossibilitem, exonerem ou atenuem a responsabilidade do fornecedor por vícios de qualquer natureza dos produtos e serviços ou impliquem renúncia ou disposição de direitos. Nas relações de consumo entre o fornecedor e o consumidor pessoa jurídica, a indenização poderá ser limitada, em situações justificáveis;'* ***Decorre abusividade e, portanto, nulidade das cláusulas que, de qualquer maneira, atenuem ou exonerem a responsabilidade do fornecedor por vícios no fornecimento do serviço, no que tange ao dever de fiscalização e vigilância, em atenção ao cofre de segurança.*** *Desnecessário lembrar que os autores não são pessoas jurídicas, não havendo, nos termos da norma retro, espaço para limitação da*

Acesso ao Sumário

responsabilidade do fornecedor, mais ainda quando identificada falta grave do banqueiro. O § 4º do art. 54 do CDC deve ser interpretado conjuntamente com o já citado inciso I do art. 51. Logo, nos contratos de adesão, a permissão para a limitação de direito do consumidor pressupõe que as cláusulas sejam redigidas com destaque e que a limitação não impossibilite, exonere ou atenue a responsabilidade do fornecedor por vícios de qualquer natureza dos produtos e serviços, além de não implicar renúncia ou disposição de direitos. Não bastasse isso, o § 1º, inciso II, do art. 51 da Lei nº 8.078/90 estabelece que: '§ 1º Presume-se exagerada, entre outros casos, a vantagem que: II - restringe direitos ou obrigações fundamentais inerentes à natureza do contrato, de tal modo a ameaçar seu objeto ou equilíbrio contratual;' ***Os bancos não 'alugam' cofre de segurança para qualquer pessoa. Somente clientes com alto poder aquisitivo e bom relacionamento tem essa oportunidade. Ainda, os eleitos assim o fazem para guardar seus bens mais valiosos****. Não é plausível aceitar que alguém solicite um cofre de segurança ao preço de R$ 820,00 por semestre (R$ 1.640,00 por ano) para guardar bens que, no conjunto, atinjam R$ 15.000,00. Quem tem essa quantia disponível para gastar com a locação de uma caixa de segurança, certamente, possui muitos bens e guarda os de menor valor em sua própria casa.* ***Portanto, não há dúvida de que o limite de uso, seja de Cr$ 1.848.015,00 (???) ou de R$ 15.000,00, restringe direito fundamental inerente à natureza do contrato. Assim, irrelevante para o caso se os autores tomaram conhecimento da cláusula de limitação antes de firmar o contrato já que a ilegalidade está no conteúdo da cláusula, que ofende ao art. 51, inc. I e § 1º, inc. II, do CDC, e não na suposta falta de informação, a qual deve ser desconsiderada, quando a instituição financeira agir com manifesto grau de culpa.*** *... Dessa forma, a responsabilidade nasce do erro e se traduz na obrigação de reparar o dano causado. ... Se comparada com cada uma de sua gama de espécies contratuais, pode-se dizer que a locação de cofres não é rentável à instituição financeira, mas esta fornece esse serviço a alguns de seus melhores clientes como forma de manter sua clientela, a título de fidelização.* ***Dinamizado o vulto do roubo e a desabrida ação da quadrilha, a qual, desavergonhadamente, não se limitou a invadir o espaço no qual estavam os cofres de segurança, muito adiante disso, trabalhou sossegada e tranquilamente, varando a noite, sem qualquer distúrbio ou intercorrência.*** *Nos dias de hoje, os cofres de segurança estão sendo desativados paulatinamente, em razão do risco e do próprio custo-benefício. Devemos entender que o contrato de cofre de segurança não é um contrato como outro qualquer, de massificação, de cláusulas fechadas e ortodoxas, mas sim um modelo que*

Acesso ao Sumário

atende a um público determinado, seleto e bem reduzido. ***Na mesma linha de pensar, o enunciado nº 130 da Súmula do STJ por meio do qual cristalizou-se a orientação daquela Corte no sentido de que 'a empresa responde, perante o cliente, pela reparação de dano ou furto de veículo ocorridos em seu estacionamento', mesmo na existência de cláusula contratual expressa em sentido contrário****. Ainda que pudesse ser superada a aplicação do CDC, constato ser óbvio que o pacto celebrado entre as partes não poderia ser definido como um simples contrato de locação. Na lição do saudoso Professor Nelson Abrão, a natureza jurídica dos cofres de segurança: '(...) De depósito não se trata, porquanto não se configura o aspecto real desse contrato, por não haver entrega das coisas pelo usuário e conseqüente recebimento pelo banco (...). E o contrato de locação não tem elementos para explicar o dever de vigilância, assumido pelo banco, não só em relação ao local onde se situa o compartimento, como também quanto à necessidade de sua colaboração nos momentos de abertura do cofre. Persistindo a dificuldade em classificar o contrato de cofre de segurança entre as figuras preexistentes, o que, aliás, reputamos desnecessário, pois se trata de modalidade nova, nominada, fixa- se a atenção em precisar as responsabilidades do banco, concordando a doutrina e a jurisprudência modernas que se trata "de uma obrigação particular de vigilância e de tomar todas as medidas necessárias para assegurar, salvo força maior, a salvaguarda do cofre e dos objetos que ele contém'1. (Nelson Abrão, Direito Bancário, 13ª ed., atualizada por Carlos Henrique Abrão. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 283-284.)* ***A consideração a respeito da boa-fé objetiva do banco, no entender de uma apólice a ser contratada pelo cliente, somente poderia ser aceita acaso cumprisse fielmente o seu dever de vigilância e fiscalização. Não é aceitável que uma instituição financeira, do porte da recorrida, não tenha mostrado qualquer reação, previsão ou atenuação do risco, diante das circunstâncias do evento****. Frise-se que a cada dia mais quadrilhas especializadas se formam, e também, com elas, o aumento da segurança privada, sendo peculiar afirmar que existe, inclusive, setor especializado para investigações de crimes praticados contra os bancos.* ***Efetivamente, a casa bancária descurou-se, agindo com total incúria e manifesto grau de culpa, sequer avisando aos clientes sobre a obra, dando-lhe oportunidade para retirada de valores, ou opcionando local mais seguro. No entanto, elevou demasiadamente o grau de risco, a ponto de permitir que a quadrilha, extremamente tranquila no seu mister, e acumpliciada, agisse por quase dez horas e arrombasse mais de 160 cofres de segurança, ao que tudo indica, com total liberdade para o crime.*** *Bem*

Acesso ao Sumário

interessante se constatar que o cidadão de bem, que tenta ingressar em uma agência bancária, deve se submeter à sorte de uma porta giratória, enquanto uma quadrilha especializada pode entrar pela porta da frente, e também sair por ela, sem qualquer risco ou frustração, segura de que o crime compensa. Não se desconhece de decisões em sentido contrário, porém, respeitados os entendimentos em torno do tema, a instituição financeira subestima a capacidade de vulnerabilidade do consumidor e tenta excluir, por completo, a sua responsabilidade, a pretexto de que o cliente, pura e simplesmente, não fez cobertura superior àquela tarifada. ... ***Estabelecido que o contrato celebrado entre as partes é uma modalidade nova, decorrente de uma relação mista de locação e depósito, ele gera obrigação de resultado à Casa Bancária, qual seja, devolver os bens guardados no cofre de segurança****. Na lição precisa de J. Ferronniere e E. Chillaz (Les Opérations de Banque, p. 659 e seguintes, Dalloz, Paris, 1976), a locação de compartimento de cofre é um serviço destinado a pessoas que desejam conservar, em plena segurança, títulos, documentos ou objetos preciosos, priorizando elevado grau do anonimato e segredo nas movimentações. Os mesmos doutrinadores mencionam que o banqueiro que aluga um cofre torna-se responsável pelo desaparecimento ou deterioração dos objetos inseridos todas as vezes que houver falha, falta ou defeito no exercício de uma fiscalização insuficiente.* ***É a típica hipótese dos autos, cujo dever de vigilância fora incompleto e o de fiscalização inócuo, permitindo que uma quadrilha realizasse cinematográfico roubo, permanecendo diversas horas, sem ser molestada, ainda com serviço de delivery para suas refeições, circunstâncias absolutamente comprobatórias da responsabilidade do banqueiro****. Com razão, a cláusula 7.2.3 estabelecia que a segurança oferecida aos apelantes era 'a mesma empregada pelo Itaubanco para a proteção de seus próprios bens e valores'. Constituía obrigação do apelado, portanto, além de fornecer o espaço para que os autores pudessem guardar seus bens e valores, dar máxima proteção e segurança a estes.* ***Conforme entendimento do STJ, 'a guarda de bens móveis, mediante contrato de locação de espaço vigiado (burra), representa negócio jurídico em que a proteção, segurança e garantia de incolumidade constituem deveres inerentes ao serviço fornecido, os quais, uma vez frustrados, rendem ensejo à indenização.' (excerto do inteiro teor do REsp nº 1.250.997/SP, Rel. Min. Marco Buzzi, 4ª Turma, julgado em 05/02/2013.)****. Confira-se a ementa do referido acórdão: 'RECURSO ESPECIAL (ART. 105, III, 'A' E 'C' DA CFRB) - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO DE DANOS MORAIS E MATERIAIS - FURTO A COFRE DE BANCO - INOCORRÊNCIA DECASO FORTUITO - ARESTO*

Acesso ao Sumário

ESTADUAL RECONHECENDO A RESPONSABILIDADE CIVIL DA INSTITUIÇÃO FINANCEIRA. (...) 4. Suposta violação ao art. 1058 do CC/1916, correspondente ao art. 393 do CC/2002, que elenca a força maior e o caso fortuito como causas de exclusão da responsabilidade civil. Inocorrência. 5. Súmula 479/STJ - 'As instituições financeiras respondem objetivamente pelos danos gerados por fortuito interno relativo a fraudes e delitos praticados por terceiros no âmbito de operações bancária'. 6. A disponibilização de cofre em banco a clientes evidencia nítida relação contratual com multiplicidade de causas, defluentes da concorrência de elementos comuns aos ajustes de locação, de depósito e de cessão de uso, sem que qualquer dessas modalidades prepondere sobre as demais, decorrendo dessa natureza heterogênea um plexo de deveres aos quais se aderem naturalmente uma infinidade de riscos. 7. Por isso, mais do que mera cessão de espaço ou a simples guarda, a efetiva segurança e vigilância dos objetos depositados nos cofres pelos clientes são características essenciais a negócio jurídico desta natureza, razão pela qual o desafio de frustrar ações criminosas contra o patrimônio a que se presta a resguardar constitui ônus da instituição financeira, em virtude de o exercício profissional deste empreendimento torná-la mais suscetível aos crimes patrimoniais, haja vista a presunção de que custodia capitais elevados e de que mantém em seus cofres, sob vigilância, bens de clientes. 8. Daí porque é inarredável a conclusão de que o roubo ou furto perpetrado contra a instituição financeira, com repercussão negativa ao cofre locado ao consumidor, constitui risco assumido pelo fornecedor do serviço, haja vista compreender-se na própria atividade empresarial, configurando, assim, hipótese de fortuito interno. (...).' ***Logo, a cláusula 7.3.3, de não-indenizar além do valor estabelecido no item 5, se contrapõe ao principal objetivo pretendido pelos apelantes e prometido pela instituição financeira: a segurança dos bens guardados. Há um duplo dever do banqueiro, em relação à segurança externa, de proteger sua clientela, e segurança interna, de não revelar o conteúdo dos bens que guarnecem o interior dos cofres. Ambos foram rompidos, violados e desconsiderados, quando o banqueiro não demonstrou equipe de segurança eficiente, monitoramento à distância, a menor desconfiança na realização de serviços, conjunto de erros que implicou no prejuízo incalculável da coletividade de consumidores. Nas lições precisas do Min. Antônio Herman V. Benjamin e outros (Manual de Direito do Consumidor, RT, SP, 2008, p. 299 e seguintes), a cláusula de boa-fé objetiva também acarreta o equilíbrio econômico do contrato, e haveria desvantagem exagerada se acaso o banco limitasse sua responsabilidade ao teto de***

Acesso ao Sumário

R$ 15 mil. *Destarte, quanto ao dever de indenizar: 'Isso independe da natureza jurídica do contrato ajustado - se de mero depósito ou de locação, ou de contrato misto, formado pelos dois anteriores -, pois, seja como for, há um fator inerente a todos eles: a garantia de sigilo e segurança prestada pelo banco. Assim, é de responsabilidade do banco a subtração fraudulenta dos conteúdos dos cofres que mantém sob sua guarda. Entra aí a tão propalada teoria do risco criado, segundo a qual deve o banco arcar com os ônus do exercício profissional de modo a responder pelos danos causados a clientes e a terceiros, pois são decorrentes da sua prática comercial lucrativa. Assim, se a instituição financeira obtém lucros com a atividade que desenvolve, deve, de outra parte, assumir os riscos a ela inerentes.' (excerto do inteiro teor do REsp nº 1.093.617/PE, Rel. Min. João Otávio de Noronha, 4ª Turma, julgado em 17/03/2009.) No mesmo sentido: '(...) cuida-se de analisar, em face à natureza do contrato, se o banco teria responsabilidade, em tese, pelo roubo dos objetos guardados no cofre, com a sua conseqüente condenação na reparação de eventuais danos materiais e morais sofridos pelo autor. Advoga a instituição financeira que o contrato em tela teria a natureza jurídica de uma simples locação do cofre, no qual a custódia estaria exaurida com a mera prestação de garantia da integridade do cofre, assegurando-se o seu uso exclusivo e reservado, não havendo, todavia, qualquer garantia quanto à incolumidade dos valores ali depositados, o que lhe isentaria de qualquer responsabilidade. Entretanto, não é esta a solução adequada para o deslinde da controvérsia. Apesar de correta a assertiva de que existe uma locação do cofre do banco ou da caixa de segurança, não é menos verdade que o contrato não se exaure no simples uso exclusivo e reservado do receptáculo, sendo uma de suas características principais a segurança dos bens guardados em seu interior, que lhe é inerente, fazendo parte da contraprestação do banco a garantia ao locatário da incolumidade dos mesmos. Não fosse justamente essa pretensa segurança que os bancos propalam oferecer aos seus clientes, com a contratação de vigilância armada, a colocação de câmeras filmadoras, dispositivos de alarme, cofres automáticos ou com tempo retardado de abertura, não haveria nenhuma razão de ser o aluguel desses cofres de segurança. Atente-se que são justamente os bens tidos pelos depositantes como de maior valia, seja ela material ou sentimental, que são levados à segurança do banco, por não dispor o locatário de instrumentos eficazes de guarda em sua moradia. Pouco importa, para fins da pretendida exclusão da responsabilidade do banco, que haja a terceirização dos serviços de vigilância, pois é o banco que garante, na celebração do contrato, a segurança dos bens colocados sob*

Acesso ao Sumário

sua custódia, devendo responder, mesmo que nem sempre exclusivamente, pelos danos sofridos em decorrência de furtos ou roubos'. (excerto do inteiro teor do REsp nº 333.211/DF, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, STJ, 4ª Turma, julgado em 13/11/2001.) ***Incogitável a necessidade do cliente contratar seguro de valores porque, nesse caso, a culpa grave do banco descarta qualquer limitação de responsabilidade, principalmente quando seleto grupo de clientes faz uso do equipamento, levando em conta a instituição financeira, o menor grau de risco e confiança depositada.*** *Uma vez mais vamos encontrar a solução na doutrina sempre lúcida e presente, bastante atual, de Thierry Bonneau (Droit Bancaire, 6.ed., Montchrestien, Paris, 2005, p. 585 e seguintes), afirmando que, nesse tipo de contrato, o banqueiro assume obrigação de resultado, sendo responsável em caso de roubo dos objetos depositados no cofre, ainda que pertençam a terceiros, ele não pode se exonerar de sua responsabilidade, exceto força maior ou culpa exclusiva da vítima.* ***O renomado jurista francês ainda afirma que, se comprovada a culpa grave do banqueiro, qualquer causa que limite a responsabilidade deve ser descartada (fautes lourdes). Cabe, diante da natureza singular da prova, ao julgador aquilatar a prova para definir o prejuízo e desenhar a responsabilidade de modo concreto. ... Aglutina-se, nos termos do parágrafo único do artigo 927 do Código Civil, o banco também possui responsabilidade objetiva decorrente do risco da atividade desenvolvida****. Nesse sentido, os seguintes precedentes do STJ: 'AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. ROUBO DE BENS EM COFRE DE BANCO. RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA DA INSTITUIÇÃO FINANCEIRA. PRECEDENTES. 1. Conforme a jurisprudência desta Corte Superior, no caso de roubo de objetos depositados em cofre bancário, a responsabilidade do banco é objetiva, por decorrer do risco inerente ao negócio, devendo arcar com os prejuízos sofridos pelos clientes. (...).' (STJ, AgRg no Agravo de Instrumento nº 1.237.874/SP, Rel. Min. Raul Araújo, 4ª Turma, julgado em 17/05/2012.) 'PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. COFRE LOCADO. ROUBO. LEGITIMIDADE ATIVA. JÓIAS DE PROPRIEDADE DE TERCEIRO. 1. Ainda que os bens comprovadamente depositados no cofre roubado sejam de propriedade de terceiros, alheios à relação contratual, permanece hígido o dever de indenizar do banco, haja vista sua responsabilidade objetiva frente a todas as vítimas do fato do serviço, sejam elas consideradas consumidores stricto sensu ou consumidores por equiparação. 2. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, provido.' (Recurso Especial nº 1.045.897/DF, Rel. Min. Nancy Andrighi,*

Acesso ao Sumário

3ª Turma, julgado em 24/05/2011.) ... Não é por outro motivo que a Súmula nº 479 do STJ informa que 'as instituições financeiras respondem objetivamente pelos danos gerados por fortuito interno relativo a fraudes e delitos praticados por terceiros no âmbito de operações bancárias.' Mas, não bastasse isso, consoante denúncia oferecida pelo Ministério Público (fls. 162), 'apurou-se que a data do crime, ocorrido no Sábado, coincidiu com a efetivação de obras na agência, as quais se desenvolveram durante o dia, a cargo das empresas Itautec (do próprio grupo Itaú) e Construtora PBA, sendo que tais serviços foram executados no pavimento térreo, com previsão de remoção de cadeiras, mesas e equipamentos de informática, e para tanto, foi desligado o alarme de sensor de presença. (fls. 31/34).' (grifamos). ***A instituição financeira, para proceder com a reforma na agência bancária, desligou o alarme do piso térreo, contudo, não incrementou a segurança no piso onde se encontravam os cofres de segurança. Assim agindo, o banco facilitou a ocorrência do roubo, faltando com o dever de fiscalização e o dever de vigilância, afastando por completo higidez de cláusula capaz de limitar o dever de indenizar. ... Logo, o banco deve ressarcir o prejuízo dos autores já que houve falha na segurança e o serviço prestado não se coadunou com aquele pactuado.... Por fim, a demora do banco em comunicar aos locatários do cofre acerca do ocorrido, eventualmente, também pode ter contribuído para a não localização do patrimônio surrupiado. No caso dos autos, a responsabilidade civil advém tanto subjetivamente, pela culpa da casa bancária, como objetivamente, pelo risco profissional da atividade por ela desenvolvida. ...*** *Justifica a doutrina do direito comparado que o estabelecimento de cláusulas, convencionando atenuar a responsabilidade, ou supri-la, perdem a sua eficácia, quando comprovado fato doloso ou falta grave.* ***Naturalmente, em decorrência da natureza da avença celebrada, da violação contratual ao dever de proteção e segurança, da responsabilidade pelos atos de seus prepostos, do risco inerente à atividade bancária, da conduta da recorrida que agravou o risco e da negligência da instituição financeira, o apelado deve indenizar os autores pelos prejuízos advindos da ação criminosa. ... Estabelecido o dever de indenizar, passo à análise dos bens que os autores alegam estar no interior do cofre na oportunidade do ato ilícito****. A cláusula 10.3 do pacto estabelecia que 'o Itaubanco não toma conhecimento dos bens colocados no cofre' (fls. 48 e 183) e o apelado afirma não ter sido comprovado que os bens descritos na inicial são de propriedade dos autores e que eles estavam no cofre quando da ocorrência do roubo.* ***Contudo, 'não se pode (...) afastar o dever de indenizar apenas porque o banco não tem conhecimento dos objetos que são guardados em seus***

Acesso ao Sumário

***cofres.' (excertos do inteiro teor do REsp nº 151.060/RS, Rel. Min. Eduardo Ribeiro, STJ, 3ª Turma, julgado em 10/04/2000 - grifei.)**. Do exame da declaração do Imposto de Renda dos autores, acessada por meio do sistema Infojud, verifico que estes são possuidores de grande patrimônio. Some-se a isso que são descendentes de famílias tradicionais. Assim, a princípio, devem ser aceitos os bens indicados na inicial, cumprindo ao juízo, a formação do seu livre convencimento, persuasão racional. As fotos de fls. 76/92 comprovam a propriedade de parte das joias. O inventário de bens subtraídos levado à autoridade policial, que resultou no Boletim de Ocorrência de fls. 56/59, assinado pela primeira autora, à época com 82 anos, também tem grande valor probatório. Além disso, não se pode desconsiderar por completo as declarações unilaterais de fls. 94/102. Nesse diapasão, a respeitabilidade dos subsídios deve ser incorporada às declarações de imposto de renda e ao perfil de cada vítima na consecução da justa indenização. É bem verdade que o valor pretendido se revela excessivo, a título de dano material, sopesando as conjunturas e também os respectivos preços de mercado praticados. ...Vocaciona-se matéria de alta complexidade, qual seja, a fixação per se, do dano material aos lesados e correspondente dano moral. ... Feita a análise prudencial específica para cada autor, conjugada com inventário de bens e demais circunstâncias, a longa tradição familiar e o contrato realizado no ano de 1991, prorrogado sem qualquer interrupção do banco, o qual até tinha o dever de não contratar, os parâmetros serão compatíveis com cada um dos autores, diferenciadamente. A autora Teresa, principal prejudicada, a título de dano material, receberá a soma de R$ 350 mil, seu filho Roberto, o valor de R$ 170 mil, enquanto que Sandra, a importância de R$ 130 mil, no contexto geral, respectivas somas se afiguram atreladas à harmonia dos patrimônios titulados e subtraídos. Na tessitura do dano moral, Teresa receberá R$ 50 mil, Roberto R$ 30 mil e Sandra R$ 20 mil, englobando a perda sentimental, proporcional aos quinhões declarados e oportunizados no curso da lide. ... **Registra-se, na oportunidade, que, na eventualidade de localização dos bens, se para tanto houver fato superveniente, não estarão obrigados os autores à restituição de nenhuma importância, exceto se ocorrer plena recuperação do conjunto de bens descrito na vestibular e consentida expressamente pelas vítimas nesse vetor**. E nessa esteira, 'na linha de precedentes do STJ, a subtração de jóias de família e outros pertences guardados em cofre de aluguel justifica a indenização por dano moral.' (STJ, AgRg no Agravo de Instrumento nº 1.253.520/SP, Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, 4ª Turma, julgado em 23/03/2012.). **Com relação à hipótese em análise, evidente que o evento culminou em grande abalo**

psicológico aos autores dada a perda de bens de valores inestimáveis, recebidos em ocasiões especiais e passados de geração em geração, como se elo de ligação com seus ancestrais fosse. ... Atinente à verba honorária, selado o nexo causal, princípio da causalidade, levando em consideração o art. 20, § 4º, do CPC, o zelo profissional, maior grau de complexidade, plausível se torna justo perfil condizente com a responsabilidade profissional evidenciada. Os honorários advocatícios são fixados na soma de R$ 50.000,00, coerente com todo o procedimento e os aspectos sedimentados na lide. Bem apanhada a matéria, o dano material será corrigido pela Tabela Prática do Tribunal de Justiça, fluindo juros de mora de 1% a.m., ambos computados da intimação dessa decisão. No que concerne ao dano moral, a atualização monetária diz respeito ao momento do arbitramento, fluindo juros de 1% a.m., da citação, em virtude da responsabilidade contratual pactuada. A importância de R$ 15 mil, a título de cobertura, encontra-se já descontada, razão pela qual não implicará abatimento ou restituição do valor considerado. Isso posto, pelo meu voto, DOU PARCIAL PROVIMENTO ao recurso, julgo procedente, em parte, a ação indenizatória, responsabilizando a instituição financeira a pagar aos autores o seguinte: a) Teresa Zappi Schiesser título de dano material, o valor de R$ 350 mil e dano moral R$ 50 mil; b) Roberto Gustavo Schiesser, a título de dano material, R$ 170 mil, e moral, R$ 30 mil; c) Sandra Teresa Schiesser Bernardine, a título de dano material R$ 130 mil e moral R$ 20 mil. Os valores encerrados no dano material serão atualizados, computando-se juros de mora de 1% a.m., ambos computados da intimação dessa decisão. As importâncias a título de dano moral serão corrigidas da decisão, fluindo juros de mora de 1% a.m. da citação. Dada a latitude da sucumbência, em maior ou menor extensão, responderá a casa bancária com 3/5 do valor e os autores com 2/5, adotando-se parâmetro equânime para o quanto obtido e o quanto pedido. A verba honorária, considerado o grau de zelo, tramitação da causa e grau relativo de complexidade, está tonificada no art. 20, § 4º, do CPC, a importância de R$ 50.000,00, calibre de equidade para o reconhecimento do esforço demonstrado pelos causídicos."

Apenas enfatizo que no presente caso, a situação é a mesma.

Com efeito, os contratos de fls. 30 foram realizados em 18 de outubro de 2000 e vinham sendo renovados automaticamente.

Os assaltantes entraram na agência na data de 27/08/2011 e arrombaram os cofres levando bens que lá havia.

Diante mesmo da integral adoção das razões expostas no v. acórdão acima transcrito, a culpa e responsabilidade do banco réu são patentes, a

inversão do ônus da prova é clara, a nulidade da cláusula limitadora inevitável, a comprovação dos danos morais e materiais certa e só resta estabelecer o quantum das indenizações.

Neste sentido o entendimento do S.T.J.:

"AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. BANCOS. ROUBO. COFRES DE ALUGUEL. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. DEVER DE INDENIZAR OS DANOS. QUANTUM INDENIZATÓRIO. VALOR RAZOÁVEL. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. Em relação à responsabilização do agravante pelos danos sofridos pela parte agravada, o acórdão recorrido decidiu em consonância com a jurisprudência desta Corte, firmada no sentido de que, no caso de roubo de objetos depositados em cofre bancário, a responsabilidade do banco é objetiva, por decorrer do risco inerente ao negócio, devendo arcar com os prejuízos sofridos pelos clientes. 2. A orientação pacificada no Superior Tribunal de Justiça é de que o valor estabelecido pelas instâncias ordinárias a título de indenização por danos morais pode ser revisto tão somente nas hipóteses em que a condenação se revelar irrisória ou exorbitante, distanciando-se dos padrões de razoabilidade, o que não se evidencia no presente caso. 3. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no AREsp 405583 SP 2013/0328367-6, Relator(a): Ministro RAUL ARAÚJO, j. em 04/02/2014, QUARTA TURMA, DJe 21/02/2014)"

Quanto aos danos materiais há comprovação da propriedade.

A execução do "quantum" será realizada em execução de sentença.

Tudo isso posto e para tais fins, rejeitam-se os embargos.

ACHILE ALESINA, Desembargador, Revisor vencido

Impugnações ao Valor da Causa

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Impugnação ao Valor da Causa nº 0052768-78.2015.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que são impugnantes ALL AMÉRICA LATINA LOGÍSTICA S.A. e BRASIL FERROVIAS S.A., são impugnados NELSON DE SAMPAIO BASTOS e BASTOS PARTICIPAÇÕES S/A (IBIRACICA PARTICIPAÇÕES LTDA.).

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 8º Grupo de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Acolheram a Impugnação. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 15914)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores JOVINO DE SYLOS (Presidente), JOSÉ WAGNER DE OLIVEIRA MELATTO PEIXOTO, COUTINHO DE ARRUDA, SIMÕES DE VERGUEIRO, VICENTINI BARROSO e LUÍS FERNANDO LODI.

São Paulo, 16 de maio de 2016.

COELHO MENDES, Relator

Ementa: IMPUGNAÇÃO AO VALOR DA CAUSA. AÇÃO RESCISÓRIA. VALOR QUE DEVE CORRESPONDER AO VALOR DA CAUSA ORIGINÁRIA ATUALIZADO OU AO BENEFÍCIO ECONÔMICO PRETENDIDO. PRECEDENTES DO STJ. DETERMINADA A COMPLEMENTAÇÃO DO DEPÓSITO, POIS EFETUADO COM BASE NO VALOR DA CAUSA ORIGINÁRIA, SEM ATUALIZAÇÃO. IMPUGNAÇÃO ACOLHIDA.

VOTO

Vistos.

Trata-se de impugnação ofertada, em ação rescisória, sob alegação de que o valor da causa deveria ser idêntico ao valor da ação originária, atualizado monetariamente, requerendo a respectiva fixação em R$ 7.935.027,66.

Os impugnados responderam aduzindo que o artigo 488, II, do Código de Processo Civil não prevê a necessidade de atualização do valor causa.

Salientam que efetuaram depósito de R$ 226.978,00, correspondente aos 5% exigidos ao ajuizamento da ação rescisória. Observam que o valor sustentado, pelos impugnantes, inviabiliza o acesso à Justiça, pois, além desta ação rescisória, ajuizaram outras duas ações rescisórias conexas e a soma dos valores, atribuídos a elas, alcança R$ 6.599.192,03.

Requerem a rejeição da impugnação e, subsidiariamente, o deferimento de um prazo razoável para complementação das custas, sem a suspensão da ação rescisória (artigo 261 do Código de Processo Civil).

É o relatório.

Consoante se verifica dos autos, a causa originária desta ação rescisória apresentava valor de R$ 4.539.551,55, em 24/10/2005 (218), montante

Acesso ao Sumário

correspondente ao valor atribuído a esta ação rescisória e utilizado como parâmetro para o depósito previsto no artigo 488, II, do Código de Processo Civil.

No entanto, conforme significativa jurisprudência, há necessidade de atualização monetária.

Nesse sentido:

"*PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO RESCISÓRIA. IMPUGNAÇÃO DO VALOR DA CAUSA. CRITÉRIO DE FIXAÇÃO. 1.* ***A jurisprudência do STJ proclama que o valor da causa nas ações rescisórias, via de regra, corresponde ao valor da causa originária corrigido monetariamente, salvo se ficar demonstrado que o proveito econômico perseguido pelo autor da demanda é superior àquele****. 2. Tratando-se de sentença ilíquida e, portanto, sendo incerto o proveito econômico objeto do título que se pretende rescindir, aplica-se a regra geral de fixação do valor da causa em ação rescisória. 3. Recurso especial conhecido e provido*". (REsp 1492775/MG, Rel. Min. João Otávio de Noronha, DJe 16/03/2015, grifo nosso).

"*AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. FUNDAMENTOS INSUFICIENTES PARA REFORMAR A DECISÃO AGRAVADA. IMPUGNAÇÃO AO VALOR DA CAUSA. AÇÃO RESCISÓRIA. VALOR DA CAUSA ATUALIZADO OU O PROVEITO ECONÔMICO ALMEJADO. 1. A agravante não trouxe argumentos novos capazes de infirmar os fundamentos que alicerçaram a decisão agravada, razão que enseja a negativa do provimento ao agravo regimental. 2. A orientação jurisprudencial desta Corte é no sentido de que, nas ações rescisórias, o valor da causa deve corresponder, em regra, ao valor atualizado da causa originária. Todavia, entende-se que, excepcionalmente, pode-se indicar o proveito econômico que se busca com a ação rescisória, desde que provado tal valor (Pet 1.524/AL, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, TERCEIRA SEÇÃO, Dje 09/06/2009). 3. Agravo regimental a que se nega provimento.*" (AgRg no Ag 1156332 / RS, Rel. Min. Vasco Della Giustina, DJe 24/11/2010)

"*PROCESSUAL CIVIL - AÇÃO RESCISÓRIA - IMPUGNAÇÃO AO VALOR DA CAUSA - CORRESPONDÊNCIA COM PROVEITO ECONÔMICO PRETENDIDO PELO AUTOR - ÔNUS DO IMPUGNANTE. 1. Em sede de ação rescisória, o valor da causa, em regra, deve corresponder ao da ação principal, devidamente atualizado. 2. Viabilidade que se tome como parâmetro para fixação do valor da causa o montante do proveito econômico pretendido pelo autor. Ônus do qual não se desincumbiu o impugnante. 3. Agravo regimental não provido.*" (AgRg na AR 4277 / DF., Rel. Min. Eliana Calmon, DJe 10/11/2009).

Aliás, o valor da causa originária atualizado corresponde, aproximadamente, ao benefício econômico almejado com o ajuizamento desta

Acesso ao Sumário

ação rescisória, conforme mencionado na própria petição inicial, no sentido que a execução do julgado objeto deste feito atinge quase R$ 8.000.000,00 (fls. 30).

Considerando estas circunstâncias, o valor desta ação rescisória deve corresponder ao valor atualizado da causa originária.

Cumpre observar que a existência das outras ações rescisórias conexas, não afasta a necessidade de adequação do valor desta ação, uma vez que visa rescindir acórdão proferido em ação anulatória ajuizada pela Brasil Ferrovias S.A. (incorporada pela ora ré), e as demais ações rescisórias possuem objetos diversos, apesar de envolverem a mesma relação jurídica. Uma delas visa rescindir decisão proferida em embargos do devedor opostos contra execução ajuizada pelos ora autores e a outra ação rescisória visa rescindir decisão proferida em ação condenatória, também, ajuizada pelos ora autores.

Posto isto, pelo meu voto, **ACOLHO** a impugnação ao valor da causa e determino a complementação do depósito, num prazo de 20 dias, sob pena de extinção da ação rescisória.

Acesso ao Sumário

SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO

Agravos de Instrumento

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2245007-75.2015.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante ITAÚ UNIBANCO S/A, é agravado MUNICÍPIO 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: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 28.701)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores RAUL DE FELICE (Presidente sem voto), SILVA RUSSO e RODRIGUES DE AGUIAR.

São Paulo, 6 de abril de 2016.

ERBETTA FILHO, Relator

Ementa: COTAS DE FUNDO DE INVESTIMENTO – Oferecimento com vistas à garantia do juízo – Insurgência contra decisão que a indefere, diante da recusa da Municipalidade-exequente – Recusa da credora que se mostra justificada na espécie – Hipótese de insuficiência do valor ofertado e de inobservância da ordem legal estabelecida – Inteligência do art. 11, VIII, da LEF – Impossibilidade de equiparar tais bens a dinheiro em espécie – Recusa da Municipalidade bem acolhida pelo juízo "a quo" – Recurso improvido.

Acesso ao Sumário

VOTO

Vistos.

Trata-se de agravo de decisão copiada a fls. 22 que, nos autos da execução fiscal intentada pela ora recorrida, indeferiu a nomeação à penhora dos bens indicados pelo banco executado.

Busca o banco agravante a reforma do *decisum* com vistas a que seja aceito, com vistas à garantia do juízo, o oferecimento de cotas de fundo de

investimento pertencentes ao agravante. Para tanto, apresenta os seguintes argumentos, em síntese: o ativo financeiro oferecido à penhora está em primeiro lugar na ordem legal de preferência, porquanto previsto no inciso I do artigo 655 do CPC/73, por se tratar de aplicação em instituição financeira, equiparando-se ao dinheiro em espécie; deve-se observar o princípio da execução menos gravosa para o devedor; esse tema, aliás, foi submetido ao rito dos recursos repetitivos, previsto no artigo 543-C do CPC/73.

Regularmente processado, sem a concessão de efeito suspensivo, seguindo-se contraminuta.

Por fim, não houve oposição ao julgamento virtual.

É o relatório.

Não procede a insurgência.

Considera-se justificada a recusa da Municipalidade-agravante à nomeação de cotas de fundos de investimento, seja em razão da insuficiência do valor ofertado, seja pela inobservância da ordem legal estabelecida pelo art. 11 da Lei nº 6.830/80.

No caso em tela, verifica-se que a oposição da Municipalidade-agravada ao bem ofertado fundou-se primordialmente na insuficiência da garantia, por não se atentar o agravante quanto ao valor correto do débito, descurando de outros encargos legais que deveriam ter sido considerados para o cálculo, conforme se observa do demonstrativo de débitos acostado à fls. 39/45. Demais disso, o banco agravante, em suas razões recursais, não apresentou qualquer objeção a respeito dos referidos cálculos.

Por outro lado, como bem destacou a Municipalidade em sua resposta ao agravo, não é possível a equiparação das cotas de fundo de investimento ao dinheiro em espécie. A razão é simples. As cotas de fundos de investimento são ativos que podem sofrer grandes variações de valor em curto espaço de tempo, sendo suscetíveis, portanto, a significativas desvalorizações. Cuida-se de característica que, no caso concreto, justifica o receio da Municipalidade credora quanto à inaptidão de tais bens para garantir o pagamento da dívida cobrada enquanto estiver em curso o executivo fiscal.

O próprio STJ já se manifestou pela impossibilidade de se colocar o bem em questão na mesma posição do dinheiro em espécie, o que ficou consignado no Acórdão proferido no REsp 1346362/RS (1ª Turma, Min. BENEDITO GONÇALVES, v.u., j. 04.12.2012), assim ementado:

"ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO FISCAL. CRÉDITO NÃO-TRIBUTÁRIO. OFERECIMENTO À PENHORA DE COTAS DE FUNDO DE INVESTIMENTO. PRETENSÃO DE EQUIPARAÇÃO À DINHEIRO. IMPOSSIBILIDADE. CONDOMÍNIO DE RECURSOS FINANCEIROS SUJEITOS ÀS VARIAÇÕES DE MERCADO.

Acesso ao Sumário

INCERTEZA QUANTO AO MONTANTE A SER EVENTUALMENTE LIQUIDADO."

Exatamente por essa razão, realizado o devido *distinguishing*, assenta-se não ter aplicação à espécie os precedentes citados pelo agravante.

Aliás, à luz da Lei 6.830/80, que rege as execuções fiscais, não se pode negar que a natureza das cotas aqui oferecidas coloca-as na categoria prevista no artigo 11, inciso VIII, desse diploma legal ("*direitos e ações*") – última posição na ordem preferencial. É notório, nesse tocante, não ser admissível exigir do Município-credor que se satisfaça com a apresentação de bens posicionados no último lugar da lista legal que os valora para efeitos de garantia da execução fiscal.

É bem verdade que o Superior Tribunal de Justiça, ainda sob a vigência do já revogado Código de Processo Civil de 1973, por decisão monocrática prolatada no REsp. nº 1.388.640 (Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, j. 16.12.2014), submeteu a matéria aqui discutida ao rito inicial dos recursos repetitivos (art. 543-C do CPC/73), a fim de pacificar a controvérsia sobre a submissão de tal ativo financeiro à ordem de preferência do artigo 655 do CPC/73.

No entanto, embora tenha tal decisão determinado a suspensão de recursos que versem sobre a mesma matéria, trata-se de determinação inaplicável ao caso, porquanto proferida no âmbito de recurso em que se discutiu, especificamente, uma execução movida por particular. Logo, essa determinação não é dirigida às execuções fiscais. Além disso, a questão veiculada neste agravo é meramente incidental, não justificando o sobrestamento do processo executivo.

Em suma, então, não se enxerga na decisão agravada ofensa ao estatuído no art. 620 do CPC/73, afinal, de um lado, a execução realiza-se invariavelmente no interesse do credor (art. 612 do mesmo diploma) e, de outro, não se pode considerar imposição de ônus excessivo ao devedor a pretensão da credora a que a penhora recaia sobre bens que possam melhor garantir a satisfação de seu crédito.

Acesso ao Sumário

Este, aliás, é o caso dos autos, posto que, em que pesem as razões acerca da onerosidade excessiva, o valor atribuído à causa não revela, por si só, qualquer prejuízo às atividades do banco agravante, o qual, aliás, sequer logrou demonstrar de que forma a indicação de outros bens ser-lhe-ia prejudicial, tornando vazias as alegações nesse particular.

Na conformidade do exposto, em suma, meu voto propõe negar provimento ao recurso, com as observações acima.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2000573-48.2016.8.26.0000, da Comarca de Santo André, em que é agravante MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, são agravados CIPER COMERCIAL E IMOBILIÁRIA PEREIRA LTDA., MUNICÍPIO DE SANTO ANDRÉ e SERVIÇO MUNICIPAL DE SANEAMENTO AMBIENTAL DE SANTO ANDRE – SEMASA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 2ª Câmara Reservada ao Meio Ambiente do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Negaram provimento ao recurso. V.U., de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 26.835)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores PAULO AYROSA (Presidente sem voto), PAULO ALCIDES e ALVARO PASSOS.

São Paulo, 8 de abril de 2016.

VERA ANGRISANI, Relatora

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. Loteamento "Jardim do Mirante". Suspensão do Termo de Recebimento Final. Inadmissibilidade. Ausência dos requisitos legais. Embora houvesse pendências relacionadas às exigências técnicas contidas na Licença de Instalação e nos TCAAs, de forma que o recebimento do loteamento aparentemente foi prematuro, tendo em vista que decorreram pouco mais de quatro anos da data do Termo de Recebimento, não se mostrando razoável a suspensão de seus efeitos. Hipótese em que neste ínterim as exigências da Licença de Instalação e as obrigações estabelecidas no TAC 004/2011 e nos TCAA's foram cumpridas. Ademais, houve a emissão da Licença de Operação. Decisão mantida. Recurso conhecido e não provido.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de agravo de instrumento interposto pelo **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO** tirado da decisão de fls. 15 que, nos autos da ação civil pública de obrigação de fazer e não fazer movida em face da **CIPER COMERCIAL E IMOBILIÁRIA PEREIRA LTDA., SERVIÇO MUNICIPAL DE SANEAMENTO AMBIENTAL DE SANTO ANDRÉ –**

SEMASA E MUNICÍPIO DE SANTO ANDRÉ, indeferiu o pedido de liminar.

Alega, em síntese, o agravante que buscou com o pedido liminar suspender os efeitos do termo final de recebimento do Loteamento "Jardim do Mirante" e demais medidas consequentes, em razão do loteamento estar irregular, pelo não cumprimento de todas as exigências e condicionantes das licenças ambientais. Sustenta que a ré CIPER COMERCIAL E IMOBILIÁRIA é proprietária de 50% do imóvel objeto da matrícula 62.390, do 1º Registro de Imóveis de Santo André, descrito como uma área de terras com aproximadamente sete alqueires, denominada "Sítio dos Pecegueiros" ou "Água Fria", no lugar denominado Cassaquera fazendo frente para a Av. Valentim Magalhães. Diz que sobre a área a CIPER registrou e executou parcialmente o aludido Loteamento "Jardim do Mirante", que foi aprovado pela Prefeitura Municipal de Santo André, nos termos da Lei Federal nº 6.766/79, no processo 50.377/1997-7, alvará 001/2006 e certificado do GRAPROHAB 163/2002. Afirma que mesmo sem o cumprimento de todas as exigências das licenças ambientais, o loteamento foi recebido pelo Município e liberada a entrega e ocupação dos lotes pelos adquirentes, o que implica dano à ordem urbanística, ao meio ambiente e aos adquirentes. Dentre as irregularidades na implantação do loteamento, aponta a não conclusão das redes de água, esgoto e drenagem do loteamento, como também as exigências da Licença de Instalação e dos Termos de Compromisso de Adequação Ambiental, além de pendências relativas à arborização do sistema viário. Argui que a entrega dos lotes aos adquirentes foi prematura, pois sequer havia sido expedida a Licença de Operação. Também relata outro problema causado com a implantação do loteamento "Jardim do Mirante", a saber, a potencialização das enchentes na Av. Valentim Magalhães, observando o agravante que este ponto não é questionado no pedido liminar, apenas no principal da ação civil púbica. Entende que estão presentes os requisitos necessários para a concessão da medida liminar. Pleiteia o provimento do recurso, para que seja deferida a liminar, nos seguintes termos: i) suspender os efeitos do termo final de recebimento do loteamento Jardim do Mirante; ii) determinar o bloqueio da matrícula 62.390, do 1º Registro de Imóveis de Santo André; iii) determinar à ré CIPER que apresente a listagem de todos os lotes que não foram quitados, com os respectivos adquirentes, o valor de cada parcela e o respectivo saldo devedor, e que seja determinado à CIPER para que notifique a todos os adquirentes para efetuar o deposito das prestações vincendas junto ao 1º Registro de Imóveis de Santo André, nos termos do § 1º, do artigo 38 da Lei 6.766/79; iv) expedir ofício ao 1º Registro de Imóveis de Santo André para comunicar a suspensão do termo de recebimento, do bloqueio da matrícula e determinar o recebimento das prestações dos adquirentes dos lotes, devendo depositá-las em estabelecimento de crédito, em conta com incidência de juros e correção monetária; v) determinar ao Município que não aprove qualquer projeto de construção ou reforma para o loteamento em

Acesso ao Sumário

apreço, até que ocorra o desbloqueio da matrícula; e vi) determinar à CIPER o cumprimento de todas as exigências técnicas contidas na licença de instalação e nos TCAAs, aptas à obtenção da Licença de Operação, bem como a correção de todas as irregularidades constatadas pelo DEPAV, no prazo de sessenta dias, sob pena de multa diária.

Recurso processado sem antecipação da tutela recursal. Contraminuta (fls. 164/174 e 180/190) e parecer da D. Procuradoria Geral de Justiça pelo provimento do recurso (fls. 330/332).

É o relatório.

O recurso comporta conhecimento, mas não provimento.

Em primeiro lugar, afasta-se a alegação de ilegitimidade do Município de Santo André para figurar no polo passivo da ação, visto que este juízo 'ad quem' não pode conhecer da matéria que não foi apreciada em primeiro grau, sob pena de supressão de instância.

Depois, nesta sede recursal cumpre analisar se estão presentes os requisitos necessários para a concessão da medida liminar pleiteada, a saber, o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*.

No caso concreto, tais requisitos legais não se encontram presentes.

Sustenta o Ministério Público do Estado de São Paulo que o Loteamento Jardim do Mirante é irregular, pois não foi implantado na íntegra, não tendo a CIPER cumprido todas as exigências para sua implantação. Daí entende que o mesmo não poderia ter sido recebido pela Municipalidade.

Com efeito, a Política Nacional do Meio Ambiente, insculpida na Lei Federal nº 6.938/81, estabelece em seu artigo 10 que os empreendimentos e as atividades considerados efetiva ou potencialmente poluidores, ou capazes de causar degradação ao meio ambiente, dependerão de prévio licenciamento ambiental.

O ato de licenciamento ambiental é complexo e composto de três etapas, quais sejam: licença prévia (aprovação da localização e concepção do empreendimento, atestando sua viabilidade ambiental e estabelecendo requisitos básicos e condicionantes a serem atendidos nos próximos passos da implementação), licença de instalação (consentimento para início da implementação de acordo com as especificações constantes nos planos, programas e projetos aprovados, incluindo as medidas de controle ambiental e demais condicionantes) e licença de operação (manifesta concordância com a operação da atividade ou empreendimento, após a verificação do efetivo cumprimento do que consta nas licenças anteriores).

E é certo que, tratando-se de ato complexo, somente com o atendimento irrestrito de todas as condicionantes e exigências elencadas pela autoridade nas primeiras etapas, é que se passa ao momento seguinte. Ou seja, somente após

Acesso ao Sumário

verificado o cumprimento de todos os itens da licença prévia, é que se concede a licença de instalação, e apenas quando constatado o fiel cumprimento de todos os itens desta é que se obtém a licença de operação.

No caso dos autos, sobre a área em questão foi aprovada a implantação do Loteamento Jardim do Mirante, tendo sido emitido o respectivo alvará nº 1/2006 e certificado do Graprohab nº 163/2002.

Num primeiro momento, conforme certidão do Secretário do Desenvolvimento Urbano e Habitação de 8/7/2011, a CIPER requereu o recebimento total do loteamento ao Município, em 27/5/2011. Porém, como ainda não havia manifestação positiva do departamento competente (SEMASA) quanto às obras executadas, o Município se viu impedido de receber o loteamento (fls.106).

Mas, tão logo, em 2/8/2011, o Município procedeu ao recebimento do loteamento, em razão de se constatar a conclusão das obras na integralidade, de acordo com o aprovado no Processo Administrativo nº 50.377/1997, nos ofícios de recebimento das áreas competentes e no Termo de Ajustamento 004/2011, celebrado entre o SEMASA e a CIPER (fls. 108/110).

De um lado, observa-se que, pelos documentos juntados, havia pendências concernentes às exigências técnicas contidas na Licença de Instalação e nos TCAAs, de forma que o recebimento do loteamento aparentemente foi prematuro.

Nesse esteio, o documento de fls. 114/115, emitido pelo SEMASA, esclarece que a emissão da Licença de Operação estava condicionada ao cumprimento de todas as exigências técnicas contidas na Licença de Instalação nº 100/01 (a qual concentrava as exigências técnicas e era resultado da renovação das Licenças Ambientais de Instalação nº 150/08, 039/06, 006/03 e 017/00), como também ao cumprimento das obrigações assumidas nos Termos de Ajustamento de Compromissos de Adequações Ambientais nº 016/11, 035/10 e 093/08. Referida manifestação técnica descreveu quais eram as pendências que impediam a concessão da Licença de Operação.

Acesso ao Sumário

Não fosse isso, o Termo de Ajustamento 004/2011, celebrado em 7/7/2011, foi claro que o SEMASA deu as diretrizes para a execução das obras de implantação de redes de água, esgoto e drenagem; que a CIPER não houvera comprovado até então o cumprimento das diretrizes constantes do caderno de especificações de obras; que a CIPER já houvera vendido os imóveis estando na dependência de entregá-los aos adquirentes; e era necessário evitar possíveis prejuízos e transtornos aos adquirentes decorrentes da demora na entrega dos imóveis (fls. 135/140).

De outro lado, contudo, a presente ação foi ajuizada somente em 30/6/2015, ou seja, decorridos praticamente quatro anos da data do Termo de

Recebimento Final do Loteamento "Jardim do Mirante" (2/8/2011).

O que se percebe é que neste ínterim medidas foram adotadas, de modo que o acolhimento da pretensão recursal certamente acarretará prejuízos aos adquirentes de boa-fé, como bem observado na r. decisão agravada. Por conseguinte, não se mostra razoável que agora se suspendam os efeitos do Termo de Recebimento.

Em resposta ao Ofício nº 21/12-17, o SEMASA, em 1º/7/2015, esclareceu que especificamente as exigências técnicas constantes nas licenças ambientais de Instalação nºs 017/00, 006/03, 039/06, 150/08 e 100/11, foram integralmente cumpridas. Da mesma forma, as obrigações estabelecidas no Termo de Ajustamento nº 04/11 e nos TCAAs nºs 093/08, 035/10 e 016/11 foram integralmente cumpridas.

Também descabe falar em pendências de arborização no local, uma vez que em decorrência dos efeitos das intempéries climáticas e da implantação da obra, acordou-se que a arborização seja efetivada somente após a entrega total dos lotes (fls. 291).

E, da última notificação do SEMASA, datada de 25/1/2016 (fls. 292), no que se refere às questões ambientais, deverá a agravada apresentar no mês de fevereiro de 2016 relatório de desenvolvimento e manutenção das mudas plantadas nas áreas verdes do loteamento.

Por fim, nota-se que em 15/12/2015 foi emitida a Licença de Operação do loteamento pelo órgão ambiental estadual CETESB (fls. 293/294).

Dessa forma, o indeferimento da liminar era medida que se impunha. Daí porque nada a retocar na r. decisão agravada.

Isto posto, **conhece-se e nega-se provimento** ao recurso. Deixo de fixar honorários advocatícios nesta via recursal, ante a regra limite prevista no artigo 85, § 11º, do CPC/2015, observando-se o magistrado, no momento oportuno, a previsão contida no artigo 85 § 2º, IV, do CPC/2015.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2262582-96.2015.8.26.0000, da Comarca de São Vicente, em que é agravante DAVI MAURÍCIO MORGADO SILVA, é agravado PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DA COMARCA DE SÃO VICENTE.

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**

Acesso ao Sumário

nº 30.116)

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ANTONIO CARLOS MALHEIROS (Presidente) e CAMARGO PEREIRA.

São Paulo, 29 de março de 2016.

MARREY UINT, Relator

Ementa: Agravo de instrumento tirado de decisão que, nos autos de mandado de segurança, indeferiu o pedido liminar que almeja a leitura de denúncia de "impeachment", formulada em face de Prefeito Municipal, no plenário da Câmara de Vereadores – Rito de "impeachment" no âmbito Municipal deve ter como paradigma as decisões do STF sobre a matéria – Necessidade de análise de justa causa da denúncia formulada pelo Presidente da Câmara Municipal, antes da leitura prevista no art. 5 e ss do Decreto-Lei 201/67 - Precedentes do STF – Decisão mantida – Recurso improvido.

VOTO

Trata-se de agravo de instrumento interposto em face de decisão (fls. 224/225, prolatada pelo MM. Juiz Fabio Francisco Taborda) que, nos autos demandado de segurança, indeferiu o pedido liminar que almeja a leitura de denúncia de "impeachment", formulada em face de Prefeito Municipal, no plenário da Câmara de Vereadores.

O recurso foi, inicialmente, conhecido com a antecipação da tutela recursal requerida, para que a denúncia em comento fosse lida na próxima sessão legislativa, a contar da intimação da decisão (fls. 233/236).

Entretanto, após pedido de reconsideração (fls. 239/244), a decisão liminar foi revista (fls. 257/259) , para que o recurso fosse conhecido sem a antecipação dos efeitos da tutela recursal pleiteada, dispensando a leitura da denúncia em questão na próxima sessão legislativa da Câmara Municipal de São Vicente.

Acesso ao Sumário

Em parecer, a Douta Procuradoria Geral de Justiça entendeu não haver interesse Institucional na questão de fundo (fls. 257/259).

É o relatório do essencial.

O impasse cinge-se em saber se foi observado o correto procedimento para o recebimento e processamento do pedido de "impeachment" (fls. 194/199) em face do Prefeito Municipal de São Vicente.

A literalidade do art. 5 e ss do Decreto- Lei 201/67, que cuida do rito de

"impeachment " de Prefeito Municipal, dispõe, "in verbis":

Art. 5º O processo de cassação do mandato do Prefeito pela Câmara, por infrações definidas no artigo anterior, obedecerá ao seguinte rito, se outro não for estabelecido pela legislação do Estado respectivo:

I - A denúncia escrita da infração poderá ser feita por qualquer eleitor, com a exposição dos fatos e a indicação das provas. Se o denunciante for Vereador, ficará impedido de votar sobre a denúncia e de integrar a Comissão processante, podendo, todavia, praticar todos os atos de acusação. Se o denunciante for o Presidente da Câmara, passará a Presidência ao substituto legal, para os atos do processo, e só votará se necessário para completar o quorum de julgamento. Será convocado o suplente do Vereador impedido de votar, o qual não poderá integrar a Comissão processante.

II - De posse da denúncia, o Presidente da Câmara, na primeira sessão, determinará sua leitura e consultará a Câmara sobre o seu recebimento. Decidido o recebimento, pelo voto da maioria dos presentes, na mesma sessão será constituída a Comissão processante, com três Vereadores sorteados entre os desimpedidos, os quais elegerão, desde logo, o Presidente e o Relator.

III - Recebendo o processo, o Presidente da Comissão iniciará os trabalhos, dentro em cinco dias, notificando o denunciado, com a remessa de cópia da denúncia e documentos que a instruírem, para que, no prazo de dez dias, apresente defesa prévia, por escrito, indique as provas que pretender produzir e arrole testemunhas, até o máximo de dez. Se estiver ausente do Município, a notificação far-se-á por edital, publicado duas vezes, no órgão oficial, com intervalo de três dias, pelo menos, contado o prazo da primeira publicação. Decorrido o prazo de defesa, a Comissão processante emitirá parecer dentro em cinco dias, opinando pelo prosseguimento ou arquivamento da denúncia, o qual, neste caso, será submetido a o Plenário. Se a Comissão opinar pelo prosseguimento, o Presidente designará desde logo, o início da instrução, e determinará os atos, diligências e audiências que se fizerem necessários, para o depoimento do denunciado e inquirição das testemunhas.

IV - O denunciado deverá ser intimado de todos os atos do processo, pessoalmente, ou na pessoa de seu procurador, com a antecedência, pelo menos, de vinte e quatro horas, sendo lhe permitido assistir as diligências e audiências, bem como formular perguntas e reperguntas às testemunhas e requerer o que for de interesse da defesa.

V - Concluída a instrução, será aberta vista do processo ao denunciado, para razões escritas, no prazo de 5 (cinco) dias, e, após, a Comissão processante emitirá parecer final, pela procedência ou improcedência da

Acesso ao Sumário

acusação, e solicitará ao Presidente da Câmara a convocação de sessão para julgamento. Na sessão de julgamento, serão lidas as peças requeridas por qualquer dos Vereadores e pelos denunciados, e, a seguir, os que desejarem poderão manifestar-se verbalmente, pelo tempo máximo de 15 (quinze) minutos cada um, e, ao final, o denunciado, ou seu procurador, terá o prazo máximo de 2 (duas) horas para produzir sua defesa oral; (Redação dada pela Lei nº 11.966, de 2009).

VI - Concluída a defesa, proceder-se-á a tantas votações nominais, quantas forem as infrações articuladas na denúncia. Considerar-se-á afastado, definitivamente, do cargo, o denunciado que for declarado pelo voto de dois terços, pelo menos, dos membros da Câmara, em curso de qualquer das infrações especificadas na denúncia. Concluído o julgamento, o Presidente da Câmara proclamará imediatamente o resultado e fará lavrar ata que consigne a votação nominal sobre cada infração, e, se houver condenação, expedirá o competente decreto legislativo de cassação do mandato de Prefeito. Se o resultado da votação for absolutório, o Presidente determinará o arquivamento do processo. Em qualquer dos casos, o Presidente da Câmara comunicará à Justiça Eleitoral o resultado.

VII – O processo, a que se refere este artigo, deverá estar concluído dentro em noventa dias, contados da data em que se efetivar a notificação do acusado. Transcorrido o prazo sem o julgamento, o processo será arquivado, sem prejuízo de nova denúncia ainda que sobre os mesmos fatos.

Malgrado o texto expresso da lei, que não traz previsão de prévia análise de justa causa, pelo Presidente da Câmara, da denúncia formulada, imperioso reconhecer que sobre o texto expresso da lei em apreço devem recair os precedentes do STF sobre o tema.

O entendimento esposado no âmbito federal deve se espraiar ao Estadual e Municipal, e por isonomia, razoabilidade e proporcionalidade, por se tratar da mesma matéria. Neste cenário, o Presidente da Câmara Municipal deve fazer um juízo de justa causa sobre o recebimento ou não da denúncia formulada. É como entende o Supremo Tribunal Federal, mormente a decisão recente da ADPF 378[1], que cuida do impedimento da atual Presidente da República, assim como os MS 30672 AgRe MS 20.941.

Foi o que decidiu o Supremo Tribunal Federal no julgamento do ex-presidente Fernando Collor de Mello:

CONSTITUCIONAL. IMPEACHMENT: PRESIDENTE DA REPÚBLICA: DENÚNCIA: CÂMARA DOS DEPUTADOS. PRESIDENTE DA CÂMARA: COMPETÊNCIA.

I. - Impeachment do Presidente da República: apresentação da denúncia

Acesso ao Sumário

1 (Endereço eletrônico constante do texto original)

à Câmara dos Deputados: competência do Presidente desta para o exame liminar da idoneidade da denúncia popular, que não se reduz à verificação das formalidades extrínsecas e da legitimidade de denunciantes e denunciados, mas se pode estender (...) à rejeição imediata da acusação patentemente inepta ou despida de justa causa, sujeitando-se ao controle do Plenário da Casa, mediante recurso (...). MS 20.941- DF, Sepúlveda Pertence, 'DJ' de 31.08.92.

II. - M.S. Indeferido.

(grifo nosso)

Ainda, válida a transcrição do entendimento da Corte Superior também no MS 30672 AgR:

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL. MANDADO DE SEGURANÇA. CONSTITUCIONAL. IMPEACHMENT. MINISTRO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RECEBIMENTO DE DENÚNCIA. MESA DO SENADO FEDERAL. COMPETÊNCIA.

I – Na linha da jurisprudência firmada pelo Plenário desta Corte, a competência do Presidente da Câmara dos Deputados e da Mesa do Senado Federal para recebimento, ou não, de denúncia no processo de impeachment não se restringe a uma admissão meramente burocrática, cabendo-lhes, inclusive, a faculdade de rejeitá-la, de plano, acaso entendam ser patentemente inepta ou despida de justa causa.

II – Previsão que guarda consonância com as disposições previstas tanto nos Regimentos Internos de ambas as Casas Legislativas, quanto na Lei 1.079/1950, que define os crimes de responsabilidade e regula o respectivo processo de julgamento.

III – O direito a ser amparado pela via mandamental diz respeito à observância do regular processamento legal da denúncia.

IV – Questões referentes à sua conveniência ou ao seu mérito não competem ao Poder Judiciário, sob pena de substituir-se ao Legislativo na análise eminentemente política que envolvem essas controvérsias.

V – Agravo regimental desprovido.

(17/08/2011, Relator: Min. Ricardo Lewandowski)

(grifo nosso)

Onde há a mesma razão deve haver a mesma disposição. A leitura da Lei 1.079/50 e do Decreto-Lei 201/67, com o acréscimo dos entendimentos jurisprudenciais, nos leva à necessária conclusão de que realmente não cabe ao Presidente da Casa submeter, de imediato, a denúncia ao plenário para leitura.

Coerente, portanto, que o processo por crime de responsabilidade contemple um juízo preambular acerca da admissibilidade da denúncia. Em

Acesso ao Sumário

assim sendo, se faz necessário reconhecer ao Presidente da Câmara o poder de rejeitar a denúncia quando, de logo, se evidencie, por exemplo, ser a acusação abusiva, leviana, inepta, formal ou substancialmente.

Afinal, cuida-se de iniciar um processo de imensa gravidade, cuja simples abertura, por si só, pode significar uma crise política. Todavia, isso não quer dizer também, que a decisão do Presidente da Câmara seja definitiva, pois a exemplo da jurisprudência já citada, é passível de recurso ao plenário da Casa.

Por tudo, de rigor que seja dispensada a leitura da denúncia em questão na sessão legislativa da Câmara Municipal de São Vicente, cabendo ao Presidente da Câmara juízo prévio de justa causa, decisão de cunho político, sujeita ao rito e aos controles previstos em lei.

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

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2214046-54.2015.8.26.0000, da Comarca de Guarulhos, em que é agravante FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO, é agravada GISELE VIEIRA DOS SANTOS.

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 por maioria de votos, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 26.290[1])**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores EDSON FERREIRA (Presidente sem voto), OSVALDO DE OLIVEIRA e VENICIO SALLES.

São Paulo, 6 de maio de 2016.

JOSÉ LUIZ GERMANO, Relator

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO. POSSE EM CARGO PÚBLICO APÓS ATESTADO DE INAPTIDÃO POR OBESIDADE MÓRBIDA. NECESSIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA PARA PROVA DE APTIDÃO. Não há fumaça do bom direito sem apresentação de outras provas que retirem do ato administrativo sua presunção de certeza.

RECURSO PROVIDO.

Acesso ao Sumário

1 25.02.16

VOTO

Trata-se de recurso de agravo de instrumento interposto em face da r. decisão de fls. 97, que deferiu o pedido de antecipação de tutela para que o julgamento de não aptidão da autor não seja óbice para posse em cargo público.

Agrava a Fazenda alegando que a autora foi considerada inapta em decorrência da obesidade mórbida atestada em perícia médica.

O duplo efeito foi deferido e não foi apresentada contraminuta.

Não houve oposição ao julgamento virtual.

É o relatório

Não se nega que em vários casos análogos por mim relatados, houve a desconsideração da condição de obeso mórbido do candidato a concurso público, permitindo-se, assim, sua posse.

Ocorre que, neste caso em especial, outra será a solução em razão da necessidade de dilação probatória para melhor decisão.

O ato administrativo possui presunção de veracidade e somado a este fato está o índice de massa corporal que a autora apresenta que é, de fato, muito elevado: 1,72 de altura com 154 kilos).

É necessária a realização de outras provas que retirem a presunção de legalidade e veracidade do ato emanado pela Administração.

Em sede de agravo de instrumento, de análise perfunctória, sem outras provas que demonstrem a capacidade laborativa da autora, não é possível determinar a presença da fumaça do bom direito a seu favor.

O simples fato de a autora já ter trabalhado neste cargo em anos anteriores, sem a informação de que sua condição física era igual a atual, por si só, não traz o *fumus* necessário para uma antecipação de tutela.

Neste sentido, já se decidiu, reforçando a inexistência do requisito para a concessão do pedido antecipatório:

> AGRAVO DE INSTRUMENTO - Mandado de Segurança - Decisão que indeferiu a liminar, formulada no sentido de que fosse reconhecida a aptidão para o desempenho das funções do cargo de Agente de Organização Escolar, bem como que fosse concedida a posse no referido cargo público e assegurado o exercício até o julgamento do mérito do mandamus - Insurgência que não merece prosperar - Ausência de prova inequívoca hábil a demonstrar a verossimilhança das alegações e capaz de elidir, de pronto, a presunção de legitimidade e veracidade do ato administrativo - Decisão mantida e recurso desprovido. (Agravo de Instrumento n.º 2034824-97.2013.8.26.0000 São Paulo 9.ª Câmara de Direito Público Rel. Moreira de Carvalho - j. 11.12.2013)

Acesso ao Sumário

AGRAVO DE INSTRUMENTO - Mandado de Segurança - Liminar - Concurso público para o cargo de agente de organização escolar - Reserva de vaga para que candidata considerada inapta, por ser portadora de obesidade mórbida, venha a tomar posse do cargo - Inadmissibilidade - Não configuração dos requisitos necessários para concessão da medida. RECURSO PROVIDO. Liminar em mandado de segurança, para reservar vaga à candidata considerada inapta em concurso público, por ser portadora de obesidade mórbida, é inviável ante a não comprovação dos pressupostos legais, especialmente a prova da aptidão. (Agravo de Instrumento n.º 2042538-11.2013.8.26.0000 Limeira 1.ª Câmara de Direito Público Rel. Vicente de Abreu Amadei - j. 10.12.2013);

Para fins de prequestionamento, observo que a solução da lide não passa necessariamente pela restante legislação invocada e não declinada. Equivale a dizer que se entende estar dando a adequada interpretação à legislação invocada pelas partes. Não se faz necessária a menção explícita de dispositivos, consoante entendimento consagrado no Eg. Superior Tribunal de Justiça.

Ante o exposto, é dado provimento ao recurso, reformando a decisão.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2197117-77.2014.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que são agravantes EVELYN TEIXEIRA DA SILVA, EDSON MACEDO DOS SANTOS, BRUNO DE MAYO TERCIOTI e DAHIANE CAIRES ALMEIDA, é agravado 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: Deram provimento ao recurso. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 23.587)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores EDSON FERREIRA (Presidente) e J. M. RIBEIRO DE PAULA.

São Paulo, 10 de maio de 2016.

VENICIO SALLES, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: Agravo de Instrumento – competência – litisconsórcio ativo facultativo – servidores públicos estaduais – juízo da Fazenda Pública determinou a remessa do feito para redistribuição ao Juizado

Especial por considerar que o valor correspondente a cada litisconsorte, individualmente, não ultrapassa 60 salários mínimos – inadmissibilidade - importa o valor total da ação coletiva, não o benefício econômico pretendido para cada litisconsorte – o valor atribuído à causa, no caso, é meramente estimado – manutenção da competência da vara de origem – decisão reformada – concessão de justiça gratuita.

Recurso provido

VOTO

Cuida-se de agravo de instrumento interposto contra a r. decisão de fls. 27/29 destes autos digitais, proferida pelo juízo da 2ª Vara da Fazenda Pública da Capital, que considerando de que se trata de litisconsórcio ativo facultativo e tendo em vista o valor da causa individualmente considerada, não ultrapassa a 60 (sessenta) salários mínimos, consoante a Lei nº 12.153/09, determinou a remessa dos autos a uma das Varas do Juizado Especial da Fazenda Pública, entendendo se tratar de competência absoluta. Pretendem os agravantes o provimento recursal para que seja reconhecida a competência da vara de origem (2ª Vara da Fazenda Pública da Capital).

O recurso foi processado com o efeito suspensivo para obstar a remessa dos autos para o Juizado Especial e concedeu as benesses da justiça gratuita (fls. 33/34).

Certidão de decurso de prazo sem a vinda do aviso de recebimento (fls. 40).

É o relatório.

O recurso comporta acolhimento.

É de se destacar a posição consolidada no Superior Tribunal de Justiça, na qual se admitiu que o valor da causa nas demandas formadas facultativamente por litisconsortes deve corresponder ao montante global dividido pelo número de autores.

Na espécie, o juízo de primeiro grau entendeu que, caso o valor atribuído à causa fosse individualizado por cada demandante, seria este inferior a 60 (sessenta) salários mínimos e que, por força da competência absoluta disposta no § 4º do art. 2º da Lei nº 12.153/09, os autos deveriam ser remetidos ao Juizado Especial Fazendário.

Entretanto, essa orientação jurisprudencial da Corte de Brasília não se ajusta ao caso ora examinado, uma vez que a Lei dos Juizados Especiais possui peculiaridades que não podem ser desprezadas.

Acesso ao Sumário

Primeiramente, e apenas como um mero foco indicativo, a lei especial confere um indisfarçável sentido conciliatório, tanto que em seu art. 1º consta a ***conciliação*** como primeira atribuição do Juizado Especial, esforço que não se ajusta ou pode ser empreendido nas chamadas ações movidas pelo funcionalismo público, onde são pleiteados benefícios ou diferenças salariais para toda uma categoria ou um coletivo de servidores.

A tramitação destas ações por foros distintos poderá prestar um sério desserviço à necessidade de uma melhor pacificação do tema, com sério comprometimento da segurança jurídica.

Contudo, não é esse o argumento que acusa a inaplicabilidade do mencionado entendimento no STJ, pois o ***valor da causa***, para a Lei dos Juizados Especiais, deve ser certo, correspondendo, no caso de verbas que participam dos vencimentos, proventos ou pensões, ao montante integral pretensamente devido.

Esta fórmula, conquanto pertinente à sistemática processual, não se revela factível, pois exigiria que a Fazenda Pública, por certidão, expedisse antecipadamente as respectivas planilhas, permitindo a fixação de valor certo ou próximo ao certo.

Corriqueiramente, o valor em tais demandas é simplesmente ***estimado***, o que torna precário e impreciso o critério de fracionamento do valor pelo número de autores para apuração de uma média que não afirma ou infirma o correto valor.

As demandas desta natureza possuem esta peculiaridade que não pode escapar da melhor exegese, criando descompasso com os propósitos da Lei nº 12.153/2009.

Mas o argumento legal que nos parece decisivo é obtido diretamente pela leitura da Lei dos Juizados Especiais, porque ela, contrariando posição jurisprudencial pacífica, ***proíbe o fracionamento do valor em EXECUÇÃO***, impedindo a formação de precatórios e RPVs simultâneos.

A lei federal exige que valor integral da condenação deva ser considerado em BLOCO, SEM DIVISÃO ou FRACIONAMENTO.

Assim, por coerência, considerando que o valor final da execução deverá ser considerado de forma unificada, também o "valor da causa", que se espelha naquele (***valor da causa = benefício econômico pretendido***), também não poderá ser considerado de forma separada ou fracionado.

Esta, a dicção legal que afirma a impossibilidade de divisão do valor para efeitos de alçada.

Destarte, em atenção ao sentido sistêmico da própria Lei nº 12.153/2009, é de se entender que o valor da causa atribuído para as ações funcionais deve ser considerado por seu montante integral, sem divisão por autor.

Em relação a concessão da assistência judiciária depende, ainda e essencialmente, da existência de declaração de pobreza pela qual é impossível o custeio do processo judicial sem sacrifício da subsistência.

Não se pode olvidar que a gratuidade processual, em que pese os termos da Lei nº 1.060/50, não é integral, atingindo apenas as despesas públicas, ligadas a custas e taxas.

A nota 1.b do artigo 1º da Lei de Assistência Judiciária diz:

"A garantia do art. 5º, LXXIV (da CF) não revogou a de assistência judiciária gratuita da Lei nº 1.060, de 1950), aos necessitados, certo que, para obtenção desta, basta a declaração, feita pelo próprio interessado, de que a sua situação econômica não permite vir a juízo sem prejuízo da sua manutenção ou de sua família. Essa norma infraconstitucional põe-se, ademais, dentro no espírito da Constituição, que deseja que seja facilitado o acesso de todos à Justiça (CF, art. 5º, XXXV)". (RTJ 163/415).

No entanto, o art. 7º da Lei nº 1.060/50, diz que:

"A parte contrária poderá, em qualquer fase da lide, requerer a revogação dos benefícios de assistência, desde que prove a inexistência ou o desaparecimento dos requisitos essenciais à sua concessão".

Por fim, a r. decisão agravada deve ser reformada para obstar a remessa dos autos ao Juizado Especial Fazendário e concedo as benesses da justiça gratuita.

Pelo exposto, dá-se provimento ao agravo.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2044321-33.2016.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO, é agravada PAULO SÉRGIO MUNHOZ.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 8ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Deram provimento ao recurso. V. U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 2.384)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores CRISTINA COTROFE (Presidente sem voto), RONALDO ANDRADE e LEONEL COSTA.

São Paulo, 13 de maio de 2016.

ANTONIO CELSO FARIA, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO. Mandado de segurança impetrado por Agente de Segurança Penitenciária lotado na penitenciária de Praia Grande que deseja compelir o Estado a transferi-lo por união de cônjuges para a penitenciária de Osvaldo Cruz. Sentença que concedeu a ordem. Recurso de apelação recebido somente no efeito devolutivo. Pedido de concessão do efeito suspensivo à apelação. Possibilidade em casos excepcionalíssimos. Ocorrência de motivos excepcionais que autorizam o recebimento da apelação em ambos os efeitos (devolutivo e suspensivo), no caso concreto. RECURSO PROVIDO.

VOTO

Trata-se de agravo de instrumento interposto contra a r. decisão, copiada à fl. 123, que, em sede de ação de mandado de segurança, recebeu o recurso de apelação apenas no efeito devolutivo.

A recorrente pede a concessão do efeito suspensivo ao recurso de apelação. Requer o efeito suspensivo ao agravo de instrumento e o provimento.

Foi deferido o efeito suspensivo.

Sem contraminuta.

É o relatório.

Conforme o relatado nas razões do agravo de instrumento (fl. 3):

"Trata-se de mandado de segurança impetrado por Agente de Segurança Penitenciária lotado na penitenciária de Praia Grande que deseja impelir o Estado a transferi-lo por união de cônjuges para a penitenciária de Osvaldo Cruz.

A r. Sentença julgou procedente o pedido para conceder a ordem.

Ocorre a Fazenda Estadual, ora Agravante, apresentou recurso de Apelação em face da r. Sentença, requerendo seu recebimento também no efeito suspensivo, já que a antecipação dos efeitos da tutela com a transferência do servidor pode ocasionar grandes prejuízos para o andamento do serviço e para a segurança da penitenciária de Praia Grande", sic.

Pois bem.

O recurso deve ser provido.

O cerne do agravo de instrumento está em apreciar se presentes os

requisitos excepcionais que autorizariam a concessão também do efeito suspensivo ao recurso de apelação interposto pela agravante contra a r. sentença concessiva da segurança.

Ora, a concessão de efeito suspensivo somente é admissível em casos em que, comprovadamente, vislumbre-se risco de dano irreparável ou de difícil reparação e relevante fundamentação.

No presente caso, vislumbro a presença de situação excepcional a autorizar a suspensão da r. sentença, em especial, a plausibilidade das argumentações expendidas e, sobretudo, a existência de risco de dano irreparável ou de difícil reparação.

Trata-se de Mandado de Segurança em que o impetrante, servidor público do Estado (agente de segurança penitenciário) pleiteia a sua remoção para penitenciária próxima de sua residência em razão de união de cônjuge.

O MM. Juízo *a quo* (fls. 104/108) concedeu "*a segurança nos termos do art. 269, I, do C.P.C., para anular o ato administrativo que indeferiu a remoção por união de cônjuges requerida pelo impetrante e determinar à autoridade coatora que proceda à remoção dele para uma das unidades prisionais de Osvaldo Cruz/SP", sic.*

Embora, a sentença que conceder o mandado de segurança possa ser executada provisoriamente, salvo nos casos em que for vedada a concessão de liminar (§ 3º do art. 14 da Lei nº 12.016/2009), a jurisprudência tem admitido a atribuição do efeito suspensivo ao recurso de apelação de sentença concessiva de segurança em casos excepcionalíssimos, nos quais resta demonstrada flagrante ilegalidade ou abusividade, e a possibilidade de dano irreparável ou de difícil reparação.

Desse modo, entendo que constatada a necessidade de atribuição de efeito suspensivo ao recurso de apelação interposto pela agravante, para o fim de, restabelecer a liminar anteriormente concedida e evitar-se o dano irreparável em razão da possibilidade de retorno à unidade prisional de origem.

Nesse sentido, é o entendimento jurisprudencial deste C. TJSP:

> *"Agravo de Instrumento - Processual Civil - Apelação contra Sentença denegatória da Segurança - Decisão "a quo" que recebe apelação apenas no efeito devolutivo - Recurso da impetrante contra o não deferimento de efeito suspensivo - Provimento de rigor. Pretensão de atribuição de efeito suspensivo - Possibilidade em casos excepcionalíssimos - Ocorrência de motivos excepcionais que autorizam o recebimento do apelo em ambos os efeitos (devolutivo e suspensivo) - Dano de difícil reparação que pode advir da manutenção da decisão impugnada - Precedentes da Corte e do C. STJ. R. Decisão reformada -*

Acesso ao Sumário

Recurso provido[1]*", sic.*

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

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2009669-87.2016.8.26.0000, da Comarca de Avaré, em que é agravante MARIA APARECIDA LEITE, é agravado MUNICÍPIO DE AVARÉ.

ACORDAM, em 18ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Reconheceram *ex officio* a prescrição dos créditos de 2000 a 2003, extinguiram em parte a execução fiscal, nos termos do art. 487, II do CPC/2015, determinaram o prosseguimento da execução para a cobrança dos demais créditos 2007 e 2003 e deram parcial provimento ao recurso para liberação dos valores bloqueados.", de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 20.662)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores BEATRIZ BRAGA (Presidente), WANDERLEY JOSÉ FEDERIGHI e BURZA NETO.

São Paulo, 12 de maio de 2016.

BEATRIZ BRAGA, Relatora

Ementa: Execução fiscal. IPTU de 2000, 2001, 2002, 2003, 2007 e 2008. Insurgência contra a decisão que indeferiu os benefícios da assistência judiciária gratuita e liberou em parte o valor bloqueado a título de garantia do processo executivo. Ausência de demonstração da insuficiência econômica. Indeferimento do beneficio da gratuidade mantido. Prescrição dos créditos dos exercícios de 2000 a 2003 configurada antes mesmo do ajuizamento da ação (16.10.2009). Art. 174 do CTN. Penhora on-line. Alegada impenhorabilidade. Conta recebedora de benefício previdenciário. Extrato que demonstra a formação de saldo positivo por tal crédito antes do bloqueio. Art. 649, IV do CPC. Reconhece-se *ex officio* a prescrição dos créditos de 2000 a 2003, extinguindo-se em parte a execução fiscal, nos termos do art. 487,

Acesso ao Sumário

1 Agravo de Instrumento/Remoção nº 2023764-93.2014.8.26.0000, Relator: Sidney Romano dos Reis, Comarca: São Paulo, Órgão julgador: 6ª Câmara de Direito Público, Data do julgamento: 07/04/2014 e Data de registro: 10/04/2014.

II do CPC/2015, determinando-se o prosseguimento da execução para a cobrança dos demais créditos (2007 e 2008) e dá-se parcial provimento ao recurso para liberação dos valores bloqueados.

VOTO

Trata-se de agravo de instrumento interposto contra decisão de fls. 85 que negou a concessão dos benefícios da assistência judiciária gratuita e determinou a liberação de apenas 50% do valor bloqueado, nos autos da execução fiscal ajuizada pelo **Município de Avaré** em face de **Maria Aparecida Leite** (fls. 21).

Aduz a agravante, em síntese, que faz jus ao benefício da assistência judiciária; cita o art. 5º, LXXIV da CF e art. 4º da Lei nº 1060/50; o valor bloqueado deve ser liberado em sua totalidade; cita o art. 649, IV do CPC; pugna pelo provimento do recurso (fls. 01/16).

Indeferido o pedido de assistência judiciária gratuita (fls. 109).

O recurso foi recebido em ambos os efeitos pelo despacho de fl. 115. Na ocasião, fundamentou-se a concessão do efeito suspensivo ante a eventual ocorrência da prescrição dos créditos, dando-se a parte, em respeito aos princípios do contraditório e da duração razoável do processo, a possibilidade de se manifestar a respeito.

Em contrarrazões, o agravado se limitou defender a manutenção do valor bloqueado; sustentou que referido valor não serve para a subsistência da agravante, que possui outras fontes de renda além do beneficio previdenciário; pugna pelo não provimento do recurso (fls.101/108).

É o relatório.

O Município de Avaré ajuizou, em 16.10.2009, execução fiscal para cobrar IPTU dos exercícios de 2000, 2001, 2002, 2003, 2007 e 2008, no valor total de R$ 2.580,10 (fls. 20/21).

Consta dos autos que a agravante requereu os benefícios da assistência judiciária gratuita, bem como a liberação dos valores bloqueados em sua conta corrente. O juiz indeferiu os pedidos, razão pela qual se interpôs o presente recurso.

A negativa do benefício da gratuidade deve ser mantida, uma vez que pelos documentos colacionados aos autos a insuficiência econômica não foi demonstrada (fls. 69/80), pelo contrário, a documentação indica a possibilidade de a agravante arcar com as custas e as despesas processuais.

No mais, é caso de reconhecimento da prescrição de parte dos créditos exequendos.

A princípio, releva ressaltar que foi devidamente oportunizada à parte

Acesso ao Sumário

a possibilidade de se manifestar a respeito de eventual prescrição da exação (art. 10 do CPC/2015), conforme se extrai do despacho de fls. 115. Nesse sentido, não haverá que se alegar ofensa ao contraditório ou surpresa na decisão ora proferida, uma vez que em sede de admissibilidade do recurso a possível prescrição dos créditos foi aventada por esta Relatora.

Passa-se, então, à análise da prescrição de parte dos créditos cobrados.

Nos termos do artigo 174 do CTN, "*a ação para cobrança do crédito tributário prescreve em cinco anos, contados da data da sua constituição definitiva*".

Como se sabe, o imposto em apreço é cobrado anualmente, de modo que a constituição definitiva do crédito se dá em 1º de janeiro de cada ano.

Frise-se que a redação originária de seu parágrafo único, inciso I, antes da alteração introduzida pela Lei Complementar nº 118/05 previa a interrupção do prazo prescricional pela efetiva citação do executado e não pelo mero despacho que a ordenava.

No caso, a ação executiva foi distribuída em 2009, após a entrada em vigor da LC 118/05, portanto, aplica-se a nova redação do art. 174, parágrafo único, I do CTN, segundo a qual o despacho do juiz que determina a citação interrompe a prescrição.

No entanto, no caso dos autos, parte dos créditos cobrados prescreveu antes mesmo do ajuizamento da ação executiva. Isso porque, entre a dada da constituição definitiva do IPTU (01.01.2000, 01.01.2001, 01.01.2002 e 01.01.2003) e a data do ajuizamento da execução (16.10.2009) passaram-se mais de 05 anos.

Desse modo, de rigor o reconhecimento da prescrição do IPTU dos exercícios de 2000, 2001, 2002 e 2003 antes mesmo do ajuizamento do processo executivo.

Os demais (2007 e 2008), por sua vez, poderiam ser atingidos apenas pela eventual prescrição intercorrente, dada a interrupção pelo seu lustro prescricional pelo despacho de fls.23. No entanto, isso não se verificou no presente caso.

Vê-se que o Município requereu a suspensão do feito pelo prazo de 06 meses em mar/2010, sendo o pedido deferido pelo juiz (fls. 28/29). Findo o prazo de suspensão em set/2010 o Fisco voltou a movimentar os autos em jul/2015, ou seja, os autos não ficaram paralisados por mais de 05 anos, não havendo se falar em prescrição intercorrente (fls. 47).

Tem-se, então, que os créditos de 2000 a 2003 foram atingidos pela prescrição antes mesmo do ajuizamento da execução. Os demais (2007 e 2008) devem continuar a ser executados.

No entanto, os valores bloqueados (fls. 50) são decorrentes de pensão por

morte (fls. 67/81) e, portanto, impenhoráveis.

Dispõe o artigo 649, IV do CPC: "*São absolutamente impenhoráveis: IV – os vencimentos, subsídios, soldos, salários, remunerações, proventos de aposentadoria, pensões, pecúlios e montepios, as quantias recebidas por liberalidade de terceiros e destinadas ao sustento do devedor e sua família, os ganhos de trabalhador autônomo e os honorários de profissional liberal, ...*;"

A agravante juntou extrato de pagamento bem como extratos de sua conta corrente onde consta o recebimento de benefício previdenciário.

Não obstante as alegações do Município em contraminuta em que aponta a existência de outros imóveis em nome da agravante, bem como a possível existência de outra fonte de renda, vê-se que no extrato de fls. 78, no dia 03/12 a agravante recebeu o benefício no valor de R$ 4.605,86 e logo em seguida foi-lhe bloqueado e debitado o valor de R$ 3.647,68, igualmente apontado no detalhamento do BACENJUD (fls. 50).

Denota-se, ainda, que a ordem de bloqueio foi cumprida parcialmente, tendo em vista a insuficiência de saldo para cobrir o total requerido (fls. 50).

Na hipótese, foi demonstrada a impenhorabilidade do crédito. Neste caso, com base no entendimento do Superior Tribunal de Justiça, que possibilita a penhora on-line em conta corrente do devedor, contanto que ressalvados valores oriundos de depósitos com manifesto caráter alimentar (REsp 904.774/DF, 4ª Turma, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, DJe de 16.11.2011), mister a liberação da quantia bloqueada.

No mais, é perfeitamente cabível a penhora do imóvel do qual advém à cobrança do IPTU.

Desse modo, de rigor a liberação do restante do valor bloqueado.

Ante o exposto, **reconhece-se *ex officio* a prescrição dos créditos de 2000 a 2003, extinguindo-se em parte a execução fiscal, nos termos do art. 487, II do CPC/2015, determinando-se o prosseguimento da execução para a cobrança dos demais créditos (2007 e 2008) e dá-se parcial provimento ao recurso para liberação dos valores bloqueados.**

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2023942-71.2016.8.26.0000, da Comarca de Jundiaí, em que é agravante VENTTURINI ENGENHARIA PARTICIPAÇÕES E GERENCIAMENTO LTDA., é agravado PREFEITURA DO MUNICÍPIO DE CAJAMAR.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 14ª Câmara de Direito

Acesso ao Sumário

Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Negaram provimento ao recurso. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 10.087)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores OCTAVIO MACHADO DE BARROS (Presidente), HENRIQUE HARRIS JÚNIOR e MÔNICA SERRANO.

São Paulo, 16 de maio de 2016.

OCTAVIO MACHADO DE BARROS, Relator

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO – EXECUÇÃO FISCAL – IPTU – Exercícios de 2009 a 2011 – Exceção prévia de executividade rejeitada – Compromisso de compra e venda sem registro imobiliário – Legitimidade passiva concorrente – Possibilidade de a Fazenda Pública escolher o sujeito passivo da exação – Súmula 399 do STJ – Decisão Mantida – Recurso desprovido.

VOTO

Agravo de Instrumento interposto contra decisão que, nos autos da execução fiscal[1] para cobrança de IPTU dos exercícios de 2009 a 2011, rejeitou exceção prévia de executividade, sob o fundamento de que, *por ocasião dos lançamentos do tributo, a executada ainda figurava como titular do domínio do imóvel e que o compromisso ou a escritura pública de compra e venda não é o bastante para afastar a legitimidade passiva do compromissário vendedor na execução fiscal* (fls. 28/30).

A agravante alega, em síntese, que é parte ilegítima para figurar no polo passivo da execução, por ter compromissado o imóvel à venda em 1998, sem possibilidade de obrigar o compromissário comprador a outorgar a escritura definitiva, devendo ele responder pelo débito com a penhora sobre o próprio bem, em razão da natureza *propter rem* da obrigação. Daí propugna pela reforma da decisão agravada para ver reconhecida sua ilegitimidade passiva (fls. 01/07).

Recurso processado no efeito devolutivo e respondido pela agravada.

Relatado.

O recurso não merece provimento.

A agravante busca afastar sua legitimidade passiva pelo fato do imóvel tributado ter sido compromissado à venda em 14/01/1998, contudo, deixou de comprovar a existência do respectivo registro imobiliário. Até porque,

1 Valor da causa em Maio de 2012: R$1.814,82

Acesso ao Sumário

as convenções particulares não servem de fundamento para a pretendida desoneração da obrigação tributária (CTN, arts. 123 e 130), como preconizam os artigos 32 e 34, do CTN e, a Súmula 399, do STJ, *cabe à legislação municipal estabelecer o sujeito passivo do IPTU.*

Dessa maneira, tanto o proprietário promitente vendedor como o possuidor promitente comprador respondem solidariamente pelos tributos incidentes sobre o imóvel e, portanto, podem figurar como sujeito passivo da execução fiscal respectiva, cabendo à Fazenda Pública optar pela manutenção de ambos ou escolher um deles, a fim de obter a satisfação do crédito tributário, sem embargo de eventual direito de regresso.

Nesse sentido, o entendimento expresso no REsp nº 1.204.294/RJ, do Superior Tribunal de Justiça, em que foi Relator o Ministro MAURO CAMPBELL, da 2ª Turma, julgado em 14/05/2011, e diversos outros julgados daquela mesma corte: REsp 979.970/SP, Rel. Min. Luiz Fux, 1ª Turma, DJ 18/06/2008; AgRg no REsp 1022614/SP, Rel. Min. Humberto Martins, 2ª Turma, DJ 17/04/2008; REsp 712.998/RJ, Rel. Min. Herman Benjamin, 2ª Turma, DJ 08/02/2008; REsp 759.279/RJ, Rel. Min. João Otávio de Noronha, 2ª Turma, DJ 11/09/2007; REsp 8689.826/RJ, Rel. Min. Castro Meira, 2ª Turma, DJ 01/08/2007; REsp 793073/RS, Rel. Min. Castro Meira, 2ª Turma, DJ 20/02/2006.

Em suma, *ex vi* do artigo 123, do CTN, o instrumento particular não exonera o proprietário vendedor da obrigação tributária sobre o imóvel objeto do negócio, enquanto não formalizado o registro de transmissão da propriedade (CC, art. 1.245), pois, sem ato translativo nem recolhimento do ITBI, *os créditos tributários relativos a impostos cujo fato gerador seja a propriedade, o domínio útil ou a posse de bens imóveis* (CTN, art. 130), devem ser suportados pelo proprietário ou pelo possuidor a qualquer título, ficando a critério da Fazenda Pública escolher contra quem ajuizará a execução fiscal. Por tais razões, **nega-se provimento ao recurso.**

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2054088- 95.2016.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante COMPANHIA DO METROPOLITANA DE SÃO PAULO – METRÔ, é agravado CAPIAL E GODOHIA COMERCIAL LTDA. – ME.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 2ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Deram provimento ao recurso. V. U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 13.381)**

Acesso ao Sumário

O julgamento teve a participação dos Desembargadores CLAUDIO AUGUSTO PEDRASSI (Presidente), VERA ANGRISANI e RENATO DELBIANCO.

São Paulo, 1º de junho de 2016.

CLAUDIO AUGUSTO PEDRASSI, Relator

Ementa: COMPETÊNCIA. Contrato administrativo decorrente de procedimento licitatório. Ação de cobrança de valor relativo à multa por descumprimento contratual. Demanda ajuizada na Vara da Fazenda Pública. Cabimento. Sociedade de economia mista, prestadora de serviços públicos, cujo objeto da ação, regido pelo direito administrativo, envolve interesse público. Consonância com as Súmulas nºs 73 e 78 deste TJSP. Precedentes. Decisão reformada. Recurso provido.

VOTO

Vistos.

Trata-se de agravo de instrumento com pedido de liminar interposto pela Companhia Metropolitana de São Paulo – METRÔ contra a r. decisão de fls. 22/23, que entendeu ser competente para a demanda a Vara Cível do Foro Central, sob o argumento que a autora, ora agravante é sociedade de economia mista, que estaria cobrar multa contratual.

A agravante, em suas razões (fls. 01/13) sustenta que a r. decisão deveria ser reformada, pois a ação é fundada em contrato administrativo, cuja matéria discutida possui natureza de direito público, não se sujeitando ao regime jurídico próprio das empresas privadas, sendo competente nesta lide a Fazenda Pública, que se verifica em razão da matéria, de natureza absoluta, que pode ser arguida em qualquer tempo e grau de jurisdição, aplicando-se, ao caso, a Súmula nº 73 do TJSP.

Pugna pelo provimento do recurso, para determinar a competência absoluta da 1ª Vara da Fazenda Pública para apreciação desta demanda.

O pedido de liminar foi acolhido (fls. 59).

Não houve resposta, ante a ausência de citação da parte adversa, ou ainda, oposição ao julgamento virtual (fls. 64).

É o relatório.

1. A agravante ajuizou a presente ação de cobrança visando à cobrança da nota de débito nº 12569 emitida em razão de multa pelo não cumprimento

Acesso ao Sumário

da agravada do contrato administrativo firmado entre as partes, após o processo licitatório.

O juízo de 1ª instância na r. decisão agravada (fls. 22/23) entendeu que as Varas da Fazenda Públicas, não seriam competentes para a demanda, remetendo-se os autos à Vara Cível do Foro Central, sob o argumento que a autora, ora agravante é sociedade de economia mista (pessoa jurídica de direito privado), insurgindo-se a agravante.

2. Com razão.

Com efeito, apesar de a agravante ser sociedade de economia mista, presta ela serviços públicos, sendo que a maioria dos contratos que celebra são vinculados a tal serviço e regidos pelo direito administrativo.

No caso em tela, o objeto desta demanda seria cobrança de multa decorrente de contrato administrativo, após processo licitatório, ou seja, questão eminentemente de **caráter público.**

Neste aspecto, a Súmula nº 73 do TJSP considera como de competência das Varas da Fazenda Pública as questões que envolvem interesse público:

> "Súmula 73: Compete ao Juízo Cível julgar as ações envolvendo pessoas jurídicas de direito privado, ainda que exerçam funções típicas da administração pública, **salvo em se tratando de matéria de direito público**".

A corroborar com o acima exposto, dispõe a Súmula 78 também do TJSP que não há deslocamento de competência pela intervenção de pessoa jurídica de direito público, quando não se cuidar de matéria afeta ao interesse público direto:

> "Súmula 78: Não desloca a competência ao Juízo da Fazenda Pública o ingresso de pessoa jurídica de direito público em ação em que se discute matéria de caráter privado, cujo resultado não lhe interesse direta e juridicamente."

Logo, a competência efetivamente é da Vara da Fazenda Pública.

Neste sentido, seguem precedentes deste Eg. TJSP:

2176072-80.2015.8.26.0000 Agravo de Instrumento/Contratos Administrativos

Relator(a): Reinaldo Miluzzi

Comarca: São Paulo

Órgão julgador: 6ª Câmara de Direito Público

Data do julgamento: 19/10/2015

Data de registro: 21/10/2015

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO – Monitória – Cobrança de valor relativo a multa contratual por inadimplemento – Contrato administrativo oriundo de licitação – **Questão de interesse público – Competência**

Acesso ao Sumário

absoluta das Varas de Fazenda Pública, ainda que não haja pessoa jurídica submetida ao regime de Direito Público nos polos da ação, nos termos do art. 35, I, do Código Judiciário Paulista – Inteligência das Súmulas 73 e 78 deste Tribunal, que estendem a competência das varas fazendárias em razão da matéria – Precedentes desta Câmara e do Tribunal – Manutenção dos autos na Vara da Fazenda Pública – Recurso provido.

0227096-85.2009.8.26.0100 Apelação/Contratos Administrativos

Relator(a): Gilberto Leme

Comarca: São Paulo

Órgão julgador: 35ª Câmara de Direito Privado

Data do julgamento: 04/05/2015

Data de registro: 06/05/2015

Ementa: COMPETÊNCIA RECURSAL. **Contrato administrativo de execução de obras precedida de licitação. Contrato firmado por ente da administração indireta estadual. Ação de inexigibilidade de débito c.c. reparação de danos. Matéria afeta a uma das Câmaras integrantes da Seção de Direito Público**. Julgamento de anterior recurso pela 6.ª Câmara de Direito Público. Exegese do art. 105 do atual Regimento Interno desta Corte. Remessa determinada. Recurso não conhecido.

É o caso, pois, de se reformar a r. decisão, para fins de reconhecer e manter como competente a 1ª Vara da Fazenda Pública da Capital.

Isto posto, **conheço e dou provimento** ao recurso, para reformar a r. decisão recorrida determinando a manutenção destes autos na 1ª Vara da Fazenda Pública da Capital.

ACÓRDÃO

Acesso ao Sumário

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2077336-90.2016.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO, é agravado BRUNO LOPES TEIXEIRA (JUSTIÇA GRATUITA).

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 7ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Negaram provimento ao recurso. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 32.293)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores COIMBRA SCHMIDT (Presidente), MAGALHÃES COELHO e LUIZ SERGIO FERNANDES DE SOUZA.

São Paulo, 4 de junho de 2016.
COIMBRA SCHMIDT, Relator

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO. Obrigação de fazer. Portador de diabetes. Fornecimento pelo ente público demandado de equipamento e insumos de que necessita para controle da enfermidade, consoante prescrição médica. Admissibilidade. Garantia do direito à saúde e à vida. Inteligência do art. 196 da CR e parágrafo único do art. 219 da CE. Decisão mantida. Recurso não provido.

VOTO

Agravo de instrumento tirado pela ré da decisão reproduzida a f. 67, que, em ação de obrigação de fazer para fornecimento de produto e insumos dos quais necessita o agravado para o controle da enfermidade de que padece, deferiu antecipação de tutela.

Afirma inexistir justificativa idônea para o atendimento da pretensão. Aparelho fornecido pelo Poder Público realiza a contento a mesma função. Não se nega possa trazer benefício e comodidade ao enfermo, porém, tal dispensa acarreta a inviabilidade do atendimento integral e universal que se pretende institucionalizar no SUS (f. 1/8).

É o relatório.

O agravado ajuizou ação visando o fornecimento de equipamento ("smart control" e correlatos) necessário ao controle do diabetes de que padece, requerendo antecipação de tutela, com sucesso, porque o Juízo *a quo* viu presentes os pressupostos dela autorizantes, *verbis:*

A probabilidade do direito alegado resta caracterizada pela enfermidade que acomete o autor (Diabetes Melitus Tipo 1), conforme relatório médico de fls. 33, sendo inquestionável que a saúde corresponde a Direito Fundamental, tendo como um dos princípios o da universalidade, ou seja, o do acesso de toda a população aos serviços do Sistema Único de Saúde, do qual faz parte o Estado de São Paulo, ora requerido.

Já o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo decorre da possibilidade de agravamento da doença do autor, sem o uso do equipamento e insumo requeridos.

Assim, **defiro a antecipação de tutela** para que o réu forneça ao autor, no prazo de 10 (dez) dias, o equipamento Accu-check performa combo (controle remoto) e tiras accu-check performa, conforme prescrição médica (fls. 33), a ser atualizada a cada retirada.

Acesso ao Sumário

Dispõe o art. 196, da CRFB/88 que a saúde é direito social básico de todos e dever do Poder Público, devendo este garantir o acesso universal e igualitário da população aos serviços de saúde.

> *A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.*

Assim, recusar-se a fornecer o aparelho requerido causa exatamente o afastamento do agravante do intento mencionado em suas razões recursais; ou seja, o atendimento integral e universal.

Ademais, o relatório a f. 33 atesta a necessidade do equipamento postulado, pois o produto possui funcionalidades próprias, automáticas, que supririam a ação pessoal do paciente – cuja saúde requereria cuidados especiais –, dito sujeito a situações de perda de sentidos.

Destarte, nos estritos limites da cognição perfunctória, caracterizados o *fumus* e o *periculum*, de rigor a manutenção da decisão *a quo.*

No mais, como aqui se adiantou, a questão deve ser mesmo dirimida em instrução, aparentemente recomendável no caso.

Posto isso, nego provimento ao recurso.

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 Agravo de Instrumento nº 2007671-84.2016.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante ENIO JOSÉ DA SILVA CRUZ, é agravado DIRETOR DE PESSOAL DA DIVISÃO DE SELEÇÃO E ALISTAMENTO DA POLÍCIA MILITAR 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 da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 21.507)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores CRISTINA COTROFE (Presidente), ANTONIO CELSO FARIA e RONALDO ANDRADE.

São Paulo, 1º de junho de 2016.

CRISTINA COTROFE, Relatora

Acesso ao Sumário

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO – MANDADO DE SEGURANÇA – Candidato considerado inapto em prova de aptidão psicológica no concurso para provimento do cargo de Aluno-Oficial no Bacharelado em Ciências Policiais de Segurança e Ordem Pública da Academia da Polícia Militar do Barro Branco – Pretensão à manutenção no certame – Liminar indeferida – Admissibilidade – Ausência de *fumus boni juris* – Presunção de legalidade do ato administrativo não afastada – Decisão mantida – Recurso desprovido.

VOTO

Trata-se de agravo de instrumento interposto por ***Enio José da Silva Cruz*** contra a decisão trasladada a fls. 18, que, nos autos do mandado de segurança impetrado contra ato do ***Diretor de Pessoal da Divisão de Seleção e Alistamento da Polícia Militar do Estado de São Paulo***, indeferiu a medida liminar que visava à manutenção do agravante no concurso para o provimento do cargo de Aluno-Oficial no Bacharelado em Ciências Policiais de Segurança e Ordem Pública da Academia da Polícia Militar do Barro Branco.

O agravante sustenta, em síntese, que foi considerado inapto ilegalmente, pois já foi aprovado em exames psicológicos em três concursos anteriores para provimento ao mesmo cargo, bem como ocupa o cargo de Sargento PM desde 2011, estando comprovado que possui as características elencadas no Anexo "G" do Edital. Afirma, ainda, que o exame psicológico está previsto apenas no Decreto nº 54.911/2009 e no Edital, violando a exigência de lei em sentido estrito para fixar os requisitos para ingresso no cargo, nos termos da Súmula nº 686 do Supremo Tribunal Federal.

Regularmente processado o recurso, sem a outorga do efeito suspensivo, foram dispensadas informações do Juízo *a quo* (fls. 638/639).

Intimado, o agravado não apresentou contraminuta.

A Douta Procuradoria Geral de Justiça deixou de se manifestar nos autos, por entender inexistir interesse e legitimidade do Ministério Público para a atuação no presente processo (fls. 647).

É o relatório.

Inicialmente, cabe ressaltar que o julgamento deste recurso limita-se à verificação dos requisitos autorizadores da concessão de liminar, vedado o exame da matéria de fundo da impetração originária.

Acesso ao Sumário

A par disso, consoante o artigo 7°, inciso III, da Lei nº 12.016/2009, vale lembrar que o deferimento liminar de suspensão do ato reputado coator está condicionado à demonstração da relevância dos fundamentos (*fumus boni juris*) e de que a manutenção do ato impugnado poderia redundar em ineficácia da futura concessão da segurança (*periculum in mora*).

Ademais, a concessão da medida constitui faculdade atribuída ao Magistrado, prendendo-se ao seu prudente arbítrio e livre convencimento, dependendo o deferimento da relevância do fundamento do pedido e do risco da ineficácia da medida, na hipótese de se aguardar a providência final.

Com relação às decisões liminares em sede mandamental, "*indeferida a liminar, tal ato só poderá ser revisto quando maculado por manifesta ilegalidade, abuso de poder ou se da negativa resultar prejuízo irreparável ao impetrante*"[1].

No presente caso, o agravante foi considerado inapto na etapa de exame psicológico do concurso público para provimento do cargo de Aluno-Oficial no Bacharelado em Ciências Policiais de Segurança e Ordem Pública da Academia da Polícia Militar do Barro Branco.

De fato, a exigência de avaliação psicológica como etapa eliminatória está inserida como condição de aprovação no Edital nº DP-2/321/15, ao qual, frise-se, anuiu o agravante no momento de sua inscrição.

O edital trouxe de maneira clara a metodologia utilizada para a avaliação psicológica dos candidatos aplicada pelos psicólogos responsáveis, pautando-se pela utilização de procedimentos e instrumentos técnicos reconhecidos pela comunidade científica da área psicológica, comuns à prática da profissão e apropriados para definir o preenchimento ou não dos requisitos exigidos acerca da personalidade do candidato.

Neste ponto, o fato de se exigir dos candidatos um perfil psicológico considerado adequado ao exercício do cargo de policial militar, tendo em vista as situações a serem enfrentadas pelo oficial da polícia no desempenho das suas funções, não faz com que o exame psicológico assuma caráter subjetivo.

Tal exigência se deve, na realidade, em razão da responsabilidade do cargo pretendido e do que representa perante a sociedade, de sorte que não pode ser interpretada como mero procedimento voltado apenas aos interesses da Corporação.

Ademais, ao ser tomar ciência da reprovação no exame psicológico, ao candidato é facultado requerer a entrevista devolutiva, motivo pelo qual não há se falar em desrespeito ao requisito da motivação do ato administrativo.

Assim, ao menos por ora, não se vislumbra o caráter subjetivo do teste aplicado, tampouco qualquer irregularidade em sua execução, valendo lembrar

Acesso ao Sumário

1 STJ, RMS 4.920/SP, Rel. Ministro Américo Luz, Segunda Turma, j. em 15/05/1995, DJ 12/06/1995, p. 17609.

que a conveniência e a oportunidade do ato que resultou na exclusão do candidato do certame não se sujeitam à ingerência do Poder Judiciário, a quem compete, tão somente, o controle da legalidade e da constatação de existência ou não de vícios que possam implicar na nulidade do ato administrativo.

Nesse sentido:

"AGRAVO DE INSTRUMENTO em face de decisão que, em ação de rito ordinário, indeferiu o pedido de antecipação da tutela, para invalidar o exame psicológico e garantir a continuidade do agravante no concurso público. Ausência do "fumus boni iuris" (Art. 273 do CPC). Ao menos por ora, não se verifica qualquer ilegalidade para afastar a presunção de legalidade de que goza o ato administrativo. Decisão de 1º grau mantida. RECURSO DESPROVIDO"[2].

"AGRAVO DE INSTRUMENTO – MANDADO DE SEGURANÇA – MEDIDA LIMINAR – impossibilidade – ausência dos requisitos necessários para a concessão da tutela de urgência, inaudita altera parte – não restou evidenciada a verossimilhança do direito deduzido em Juízo – inteligência do art. 273, do CPC – decisão denegatória da medida de urgência mantida. Recurso não provido"[3].

Portanto, a decisão agravada pautou-se por prudente e necessária cautela, pois os elementos apresentados são realmente insuficientes para afastar a presunção de legalidade do ato administrativo atacado.

Por fim, cumpre assinalar que maiores digressões sobre o aventado direito do agravante nesta fase recursal não são convenientes, visto que decerto causará interferência no exame de mérito da ação proposta, podendo ser interpretado como antecipação do julgamento.

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

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2247407-62.2015.8.26.0000, da Comarca de São José do Rio Preto, em que é agravante CONSTRUTORA ELEVAÇÃO LTDA., são agravados PRESIDENTE DA COMISSÃO DE LICITAÇÕES e SUPERINTENDENTE DO SERVIÇO MUNICIPAL AUTÔNOMO DE ÁGUA E ESGOTO DE SÃO JOSÉ DO RIO PRETO – SEMAE.

2 Agravo de Instrumento nº 2219301-27.2014.8.26.0000, Rel. Des. Isabel Cogan, 12ª Câmara de Direito Público, j. em 10/06/2015.

3 Agravo de Instrumento nº 2212344-10.2014.8.26.0000, Rel. Des. Paulo Barcellos Gatti, 4ª Câmara de Direito Público, j. em 02/02/2015.

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 9.715)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores MARIA LAURA TAVARES (Presidente) e FERMINO MAGNANI FILHO.

São Paulo, 7 de junho de 2016.

MARCELO BERTHE, Relator

Ementa: RECURSO DE AGRAVO DE INSTRUMENTO EM MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL. PROCESSO LICITATÓRIO. Pedido de cassação de habilitação de particular que se sagrou vencedora em processo licitatório, sob o argumento de falta de qualificação técnica e habilitação jurídica da empresa. Inexistência de documentos corroborando as alegações da particular. Não demonstração dos pressupostos da Lei nº 12.016/09. Decisão mantida. Recurso desprovido

VOTO

Tratam os autos de recurso de agravo de instrumento extraído de Mandado de Segurança (nº 1040562-33.2015.8.26.0576), interposto contra r. decisão de fls. 35/36, proferida pelo **MM. Juiz da 1ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de São José do Rio Preto**, que indeferiu a liminar para suspender os efeitos da habilitação da empresa Centroprojekt e todos os atos subsequentes do procedimento licitatório, pois ausentes os requisitos legais, especialmente considerando-se a presunção de veracidade e legalidade de que goza o ato administrativo, que não foi cabalmente refutada.

A particular interpôs o recurso sustentando, em síntese, que a documentação apresentada pela empresa que se sagrou vencedora na licitação foi deficiente, especificamente, na qualificação técnica e na habilitação jurídica. Menciona que a empresa não reúne condições para licitar e que sua habilitação decorreu de ato ilegal e abusivo.

Os efeitos foram indeferidos (fls. 169/170). Foram oferecidas contrarrazões (fls. 183/188).

É o relatório.

O recurso não comporta acolhimento.

Acesso ao Sumário

Por primeiro, anote-se 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.

Isso porque a particular sustenta que a empresa que se sagrou vencedora no processo licitatório foi irregularmente considerada habilitada, pois a qualificação técnica e a habilitação jurídica apresentadas são deficientes.

Todavia, compulsando os autos, não foram acostados documentos corroborando as alegações, até porque tal comprovação, pelo menos a princípio, demanda dilação probatória.

Sendo assim, em análise de cognição sumária, não restaram demonstrados os pressupostos da Lei nº 12.016/09, consistentes na relevância dos fundamentos da impetração.

Por tais motivos, a r. decisão não comporta reparos, devendo ser integralmente mantida.

Pelo exposto, **nega-se provimento** ao recurso.

A fim de evitar a oposição de Recurso Embargos de Declaração visando apenas o prequestionamento, e para viabilizar o acesso às vias extraordinária e especial, considera-se prequestionada toda a matéria infraconstitucional e constitucional deduzida nos autos, sendo desnecessária a citação numérica de todos os dispositivos mencionados (STJ – AgRg nos EDcl no REsp 966.229/RS, Rel. Min. Og Fernandes, Sexta Turma, DJe 18.02.2013).

Na hipótese de interposição ou oposição de recurso contra esta decisão, ficam as partes intimadas, a partir da publicação, a se manifestarem expressamente, na petição de interposição ou razões recursais, se se opõe à forma de julgamento virtual, nos termos da Resolução 549/2011 do Órgão Especial deste E. Tribunal de Justiça.

ACÓRDÃO

Acesso ao Sumário

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2044168-97.2016.8.26.0000, da Comarca de São José dos Campos, em que é agravante LUIZ VINICIUS VINHAS TISO, é agravado FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 3ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 13.887)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores

ANTONIO CARLOS MALHEIROS (Presidente) e JOSÉ LUIZ GAVIÃO DE ALMEIDA.

São Paulo, 7 de junho de 2016.

CAMARGO PEREIRA, Relator

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO – EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL – GARANTIA INSUFICIENTE – POSSIBILIDADE.

A insuficiência da penhora não obsta a apreciação dos embargos do devedor, o que importaria em ofensa ao direito de defesa. Inexistência de prejuízo à Fazenda, que poderá buscar reforço da penhora.

Agravo de instrumento provido.

VOTO

Vistos

Cuida-se de agravo de instrumento contra decisão proferida nos autos dos embargos à execução fiscal, reproduzida às fls. 20, nos seguintes termos: "***Muito não se desconheça o entendimento jurisprudencial que admite o ajuizamento da "execução fiscal", mediante garantia parcial do débito, entende, este magistrado, que parcela substancial da dívida deva estar segura mediante penhora, sob pena de se desvirtuar, por completo, o comando do § 1º do art. 16 da LEF. Na hipótese dos autos, o montante bloqueado corresponde a aproximadamente 5% da dívida, de modo a não se mostrar suficiente para autorizar a propositura dos embargos à execução. Ante o exposto, acolho parcialmente os embargos de declaração de fls. 158/161, para, sanada a omissão apontada, complementar a decisão de fls. 156, cujo comando permanece inalterado.***" Por sua vez, a decisão de fls. 156 (fls.19 destes autos), determinou que, **por ora, se aguardasse a garantia do Juízo nos autos principais**. (negritei)

Acesso ao Sumário

Sustenta o agravante que referida decisão não pode prevalecer, uma vez que a ausência de garantia integral da execução não pode causar óbice ao recebimento e processamento dos embargos, sob pena de violação ao princípio da ampla defesa e contraditório.

Sustenta, ainda que, em abril de 2014 o Estado de São Paulo ajuizou Execução Fiscal em face da empresa VV Tiso & Cia Ltda., objetivando a cobrança do débito consubstanciado na CDA nº 152.215.658; que após tentativa frustrada de citação da empresa executada, o exequente, alegando dissolução irregular da sociedade solicitou o redirecionamento ao sócio da empresa, Luiz

Vinícius Vinhas Tiso, ora agravante, em fevereiro de 2010; que diante disso o agravante ofereceu em garantia à execução um Tanque de 2000 Litros da Marca IMPLEMEC, avaliado em R$ 9.000,00, valor suficiente para garantia da integralidade do débito à época em que fora oferecido, o que foi rejeitado, dando ensejo ao bloqueio de saldo em dinheiro, via BacenJud, no valor de R$ 512,63; que em razão da penhora efetivada, o agravante opôs embargos à execução, para discutir a legalidade do redirecionamento e da cobrança. Pugna pela concessão da antecipação da tutela recursal para determinar o recebimento e processamento dos embargos à execução fiscal.

Processado o recurso com o deferimento da liminar para determinar o recebimento e regular processamento dos embargos à execução opostos pelo agravante (fls. 190/193), o agravante comprovou o cumprimento do disposto no artigo 526 do Código de Processo Civil (fls. 197). Não houve apresentação de contraminuta, conforme certidão de fls. 214.

É o relatório.

O recurso merece prosperar.

Isto porque, uma vez realizada a penhora, ainda que parcial, o direito do executado interpor embargos é de rigor, sem o qual ficaria ele privado da livre disponibilidade do patrimônio constrito e, ademais, do direito de defesa, aguardando incerto reforço, o que, à evidência, viola os princípios constitucionais consagrados nos incisos XXXV e LV do art. 5.º da CF/88.

À própria Fazenda interessa o processamento dos embargos, ainda que não plenamente garantida a instância, porquanto se fará possível a solução de todas as matérias em razão das quais o devedor resiste à pretensão executiva, sem embaraço de futuro reforço da penhora, caso rejeitados os embargos.

Nesse sentido, confira-se jurisprudência do E. Superior Tribunal de Justiça:

> PROCESSUAL - EXECUÇÃO FISCAL - PENHORA INSUFICIENTE - EMBARGOS DO DEVEDOR - ADMISSIBILIDADE. I - Embora desejável, não é essencial para a admissibilidade dos embargos do devedor que o bem penhorado satisfaça integralmente o débito exequendo. II - A insuficiência da penhora não obsta a apreciação dos embargos do devedor, mormente se não restou provada, mediante prévia avaliação, que o valor dos bens constritos não atende à cobertura total da cobrança. III - A possibilidade de reforço da penhora contemplada por aplicação subsidiária do Código de Processo Civil à Lei de Execução Fiscal impede que se retire do devedor a faculdade de embargar a execução, violando o princípio do contraditório. IV - Realizada a penhora, considera-se seguro o juízo, impondo-se o recebimento e o processamento dos embargos do devedor e não sua liminar extinção, por não se encontrar seguro o juízo. V - Recurso improvido." (RESP 80723/PR, 2.ª T do STJ, Rel. Min. Nancy

Acesso ao Sumário

Andrighi - DJU 01/08/2000, p. 218.).

"PROCESSUAL - EXECUÇÃO FISCAL - PENHORA INSUFICIENTE - EMBARGOS A EXECUÇÃO - POSSIBILIDADE. - Circunstância de o bem penhorado ser insuficiente para garantir a satisfação integral do crédito, não retira do devedor a faculdade de embargar a execução. - Aproveitar a penhora, apenas para dar curso à execução, sem abrir ao devedor o direito de embargar é praticar odiosa restrição ao direito de defesa. É transformar a execução em confisco." (RESP 79097/SP, 1.ª T, Rel. Min. Gomes de Barros - DJU 06/05/1996, p. 14386.)

As demais questões deverão ser analisadas pelo magistrado *a quo*, sob pena de supressão de instância.

Nestes termos, dou provimento ao presente agravo para determinar o recebimento e regular processamento dos embargos à execução opostos pelo agravante.

Apelações

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0005431-07.2010.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que é apelante FUNDAÇÃO DE PROTEÇÃO E DEFESA DO CONSUMIDOR – PROCON/SP, é apelado COMPANHIA DE BEBIDAS DAS AMÉRICAS – AMBEV S/A.

ACORDAM, em 7ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Por maioria de votos, deram provimento ao recurso, contra voto do 3º Juiz, que declarará. Declarará voto convergente o revisor. Sustentou oralmente o Dr. Victor Lamas.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 10.585)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores COIMBRA SCHMIDT (Presidente) e MOACIR PERES.

São Paulo, 11 de março de 2016.

LUIZ SERGIO FERNANDES DE SOUZA, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: AÇÃO ORDINÁRIA – Mensagem publicitária televisiva, produzida pela AMBEV, no contexto de campanha intitulada "Musa do Verão",

veiculada no ano de 2006 – Autuação lavrada pelo PROCON/SP, com base na regra do art. 37, § 2º, do CDC, à vista do caráter abusivo da mensagem publicitária – "Coisificação" da mulher caracterizada, porquanto a peça publicitária mostra "clones" da musa do verão, representada por conhecida personagem da mídia, sendo entregues, em carrinhos, por homens para homens, supostamente também consumidores da cerveja – Liberdade de criação que não se concilia com mensagem que discrimina o gênero feminino, tratando a mulher como objeto de consumo – Procedimento de autuação e imposição de multa que se mostra em conformidade com os parâmetros estabelecidos no artigo 57 da LF nº 8.078/90, tratando apenas a Portaria 23/2005, editada pelo PROCON, de aplicá-los – Valor da multa que se revela em conformidade com a norma do art. 57 da LF nº 8.078/90 – Regra do art. 111 da Constituição do Estado que se viu observada – Reforma da sentença – Recurso provido.

VOTO

Vistos, etc.

Trata-se de ação ordinária movida pela Companhia de Bebidas das Américas – AMBEV em face da Fundação de Proteção e Defesa do Consumidor – PROCON/SP, na qual alega a autora que foi autuada e multada por suposta infração à regra do artigo 37, § 2º, da Lei Federal nº 8.078/90, pois a campanha publicitária televisiva "Musa do Verão", segundo a requerida, seria abusiva, promovendo determinada marca de cerveja na base da equiparação da mulher a um mero objeto. Afirma a autora, de outra forma, que a noticiada campanha não é abusiva, argumentando a Companhia, neste contexto, com a inexistência de conteúdo discriminatório na peça publicitária por ela veiculada, cujo enredo se passa num mundo de fantasia, como é próprio desta ferramenta do *marketing.* Aduz ainda que o valor da multa é exorbitante, não se justificando. Argumenta com a existência de julgamento, proferido na Ação Civil Pública nº 9000005-45.2009.8.26.0100, que reconheceu a ausência de ofensa à norma do artigo 37, § 2º, da Lei Federal nº 8.078/90, no qual o órgão colegiado afastou o pedido de reparação a título de danos morais coletivos e difusos formulado pelo Ministério Público, acórdão este que transitou em julgado. Busca, assim, a anulação do ato administrativo ou, subsidiariamente, a redução do valor da multa.

Acesso ao Sumário

Em contestação, a Fundação PROCON alega que a campanha "Musa do Verão" é abusiva, por conferir tratamento desigual e desvantajoso à mulher, que é apresentada, no contexto da peça publicitária, como um objeto disponível, pronto para o consumo de todos os homens. Diante disto, correta se mostraria a autuação, lavrada por infringência à regra do artigo 37, § 2º, do Código de Defesa do Consumidor, bem como razoável seria o valor da multa, aplicada com base na Portaria PROCON nº 23/2005.

O juízo de primeiro grau julgou procedente a ação para anular o Auto de Infração nº 1.037 D-5, fazendo-o a magistrada sob fundamento de que, diante do julgamento de improcedência da Ação Civil Pública nº 9000005-45.2009.8.26.0100, descaracterizada está a prática de propaganda discriminatória. Na oportunidade, condenou a requerida ao pagamento de custas e honorários advocatícios, estes fixados em 10% sobre o valor da causa.

Em sede de apelação, a Fundação PROCON busca a reforma da r. sentença, repetindo a argumentação desenvolvida na contestação.

É o relatório.

Não se há de falar em coisa julgada na base do julgamento da Ação Civil Pública nº 9000005-45.2009.8.26.0100, pela E. 4ª Câmara de Direito Privado, pois ali buscava o Ministério Público a condenação da *Companhia de Bebidas das Américas – AMBEV* ao pagamento de valores a título de reparação de danos morais difusos e coletivos, supostamente causados pela veiculação da campanha "Musa do Verão", enquanto aqui se está diante de controle judicial de ato administrativo, buscando a autora a sua anulação ou, subsidiariamente, a redução do valor da multa imposta. Enfim, o julgamento, na noticiada Ação Civil Pública, não prejudica nem vincula o deslinde da presente ação.

É certo que, na noticiada Ação Civil Pública, na qual buscava o Ministério Público de São Paulo a reparação de danos morais experimentados por todo o universo de mulheres diante do conteúdo supostamente discriminatório da campanha publicitária conhecida como "Musa do Verão", a E. 4ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça, ao tempo em que afastou o reconhecimento da prescrição, aplicando, por analogia, a regra do artigo 515, § 3º, do Código de Processo Civil, julgou improcedente a demanda, fazendo-o sob fundamento de que sobredita propaganda não seria abusiva. Todavia, os motivos invocados no julgamento não fazem coisa julgada (art. 469, III, do CPC).

Acesso ao Sumário

A magistrada, é inegável, em nenhum momento reconheceu a coisa julgada, mas decidiu a causa como se o pronunciamento da E. 4ª Câmara fosse vinculante, limitando-se a transcrever a ementa e fragmento do voto do Exmo. Relator para lançar, na base do reconhecimento da inexistência de propaganda abusiva, o decreto de improcedência.

Diga-se mais, preventa encontra-se esta 7ª Câmara de Direito Público

para o julgamento do recurso, pois antes conhecera do Agravo de Instrumento nº 990.10.113520-5, tirado pela AMBEV contra o PROCON, dando-lhe provimento, recurso este julgado em 26/07/2010 (fls. 403 a 411), ao passo que o julgamento da Apelação, na noticiada Ação Civil Pública, deu-se somente em 26/04/12 (fls. 481).

Dito isto, passa-se ao julgamento da causa.

A publicidade é acima de tudo arte, ainda que contenha, na sua essência, a técnica; é um braço da argumentação de vendas; é notícia de caráter comercial, que visa, principalmente, a construir marcas e estimular o consumo de determinados produtos. Ela não cria valores nem muda hábitos da noite para o dia. É um fenômeno cultural dito derivado, pois reflete valores e códigos da sociedade, sem nada inventar ou inovar. Trabalha, em grande parte, com o mundo da fantasia e do lúdico, buscando despertar a atenção do consumidor.

O mundo irreal da arte publicitária poderá tornar-se real caso a campanha seja construtiva e bem aceita pelos consumidores, não se revelando legítimas, neste cenário, quaisquer limitações por parte do direito, que não tem por objetivo coatar a imaginação dos publicitários, mas sim proteger aquele que, vulnerável, sob diversos aspectos, acaba sendo influenciado diante da mensagem transmitida pela propagada.

Nesta esteira, o legislador, na regra do artigo 37 do Código de Defesa do Consumidor, tratou da publicidade enganosa e abusiva, dispondo, no § 2º, no sentido de que "é abusiva, **dentre outras**, a publicidade discriminatória de qualquer natureza, a que incite a violência, explore o medo ou a superstição, aproveite-se da deficiência de julgamento e experiência da criança, desrespeite valores ambientais, ou que seja capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa à sua saúde ou segurança".

Ao que se retira do artigo acima transcrito, a figura da publicidade abusiva é ampla, tratando a norma de estabelecer rol meramente exemplificativo, como se retira do emprego da expressão "dentre outras", que deixa margem para um largo espectro de julgamento.

Embora inexista, entre juristas e publicitários, um consenso sobre a definição de "publicidade abusiva", tem-se de levar em conta que há uma medida para todas as coisas, que existem, afinal, limites (Horácio, *Sátira*, I, 1). E estes contornos, na estipulação do conceito, hão de considerar o arcabouço de valores sociais que a Carta Constitucional buscou promover, tanto quanto o princípio da dignidade da pessoa humana e o direito da personalidade.

O princípio constitucional no qual está fundada a proibição da publicidade de natureza discriminatória encontra-se consolidado na regra do artigo 3º, IV, da Constituição Federal, que assim dispõe:

Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil

Acesso ao Sumário

(...) promover o bem de todos, sem preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

No dizer do jurista Antônio Herman de Vasconcelos Benjamin, "é abusiva a publicidade que discrimina o ser humano, sob qualquer ângulo ou pretexto. A discriminação pode ter a ver com a raça, com o sexo, com a preferência sexual, com a condição social, com a nacionalidade, com a profissão e com as convicções religiosas e políticas" (*Manual de Direito do Consumidor*, 6ª ed., 2014, SP, RT, p. 298).

E o abuso, ou a configuração dele, independe do elemento subjetivo, vale dizer, da intenção, da boa-fé ou da má-fé do idealizador da campanha publicitária ou do agente que a patrocina, caracterizando-se a abusividade pelo dano potencial que pode causar a valores não econômicos, não importando a extensão ou intensidade.

Mais que isto, a ideia de abuso do direito, desde a doutrina do *Segundo Saleilles*, dispensa a noção de culpa ou dolo; age de maneira abusiva aquele que faz uso anormal de um direito, enfim, aquele que se conduz de maneira contrária à função social do direito (*Étude sur la théorie générale de l'obligation, d'après le premier projet de Code Civil pour l'empire allemand, apud* Carlos Fernández Sessarego, *Abuso del Derecho*, Buenos Aires, Astrea, 1992, p. 198 e 199).

Não se trata de deixar de lado ou de desconsiderar a liberdade de expressão, garantida constitucionalmente, mas de conformar o seu exercício aos valores éticos e morais que têm de ser levados em conta em qualquer segmento da atividade humana. Uma peça publicitária não pode sequer sugerir mensagem depreciativa nem ofensiva a determinado grupo social.

Cada um de nós tem uma visão da vida e das coisas, na esfera da subjetividade, da consciência individual. Todavia, a atividade humana dirigida a um valor, objeto da Ética, há de levar em consideração não só a esfera das elaborações subjetivas do indivíduo (Ética individual), como também os valores da coletividade em que o indivíduo age (Ética social). Neste espaço, em que atua a consciência coletiva e no qual transitam a Moral Social e o Direito, sobreleva considerar a conduta como bem social, que supera o valor do bem para cada um (a propósito destas reflexões, v. Miguel Reale, *Lições preliminares de direito*, 12ª ed., SP, Saraiva, 1985, p. 35 a 40).

Acesso ao Sumário

No caso em exame, a autora foi autuada pelo PROCON-SP por patrocinar a veiculação, durante o verão de 2006, da campanha "Musa do Verão". A respectiva peça publicitária mostra, num contexto fictício, um processo de clonagem da dita musa do verão, a qual passa a ser entregue a homens de diversos lugares. Alguns gostam do clone; outros não, por acreditar que "veio com defeito". O mote traz a ideia de que se o "cara" que inventou a cerveja Skol tivesse inventado também a musa do verão, ela seria acessível, sem defeito

nenhum, a todos os homens.

Não se trata apenas de dizer que a campanha é manifestamente artificial, pois dá mil voltas só para mostrar o corpo feminino, associando o consumo da cerveja ao acesso dos homens a mulheres esteticamente perfeitas. Mais que isto, a campanha publicitária passa a mensagem de que seria bom se quem "inventou" uma marca de cerveja apreciada por grande parte dos homens pudesse também "inventar" uma mulher pronta para ser consumida a qualquer tempo e a qualquer hora.

Nesse contexto de mercantilização da mulher, não se pode desconsiderar as questões de gênero para dizer, como faz a autora, que a propaganda invoca apenas símbolos do verão, a exemplo do Sol, do mar, cenário no qual homens e mulheres aparecem festejando em trajes praianos. Na verdade, o que se vê no filme publicitário são "mulheres clonadas", carregadas em carrinhos, do tipo que se vê em supermercados, sendo entregues por homens para homens. Nas palavras da própria autora, a ideia é transmitir a mensagem de que, naquele mundo fantástico, mulheres com o fenótipo de musa estariam à disposição de qualquer homem, assim como as cervejas da marca *Skol*.

O argumento da peça publicitária é mais do que infeliz, pois "coisifica" a mulher, servindo-a, mediante entrega, para desfrute do consumidor. Em outras palavras, nela, o gênero feminino transforma-se em objeto de consumo. Alguém poderia dizer que se trata apenas de um "clone" de mulher, e não de uma mulher de carne e osso. Mas as propagandas nunca são feitas de pessoas de carne e osso, pelo que o argumento cede diante do poder de sugestão que o *marketing* exerce.

Tampouco se venha dizer, como afirma a autora, que apenas grupos feministas se mostraram escandalizados com a campanha "Musa do Verão". O que importa é que nela há discriminação do sexo feminino, a justificar a lavratura do auto de infração e a imposição de multa, com fundamento na regra do artigo 37, § 2º, do Código de Defesa do Consumidor.

A luta pelo espaço igualitário da mulher na sociedade é tema que ganha cada vez mais força no mundo. No momento em que a sociedade busca proscrever a ideia de que o gênero feminino é mero objeto de prazer, não se pode legitimamente sustentar que a valorização da mulher seja vista apenas como uma bandeira de determinado setor (radical) da sociedade. Todos estão envolvidos com a superação de estereótipos grosseiros, lugar comum sempre presente quando o assunto é publicidade.

Impressiona lembrar que ainda na segunda metade do século passado era comum, na propaganda, o uso da imagem de donas de casa levando palmadas do marido, como aconteceu em icônico anúncio patrocinado por uma empresa de café americana, na década de 60, dentre outros tantos exemplos. Impressiona também que, em pleno século 21, uma empresa multinacional e multibilionária

Acesso ao Sumário

invista em campanha publicitária abertamente preconceituosa, mas que, para todos os efeitos, busca ser apenas "engraçada", na qual alguém lamenta o fato de a *Skol* não ter a mesma capacidade de produzir coisas boas, prazerosas e acessíveis, quando se trata de fornecer mulheres para o "consumo do mercado".

Não se nega, na linha do que sustenta a apelada, que o universo masculino sempre foi pródigo em produzir textos e músicas nas quais a mulher surge como fonte do desejo do homem, sempre pronta para servi-lo. É possível lembrar, nesse contexto, o grande Mário Lago, autor de "Ai, que saudades da Amélia", bem como o inolvidável Ataulfo Alves, em "Mulata Assanhada" (Ai, meu Deus, que bom seria // Se voltasse a escravidão // Eu comprava essa mulata // Prendia no meu coração // E depois a pretoria // É quem resolvia a questão).

Mas é preciso ler *Casa-Grande e Senzala* para entender o porquê essas relações de submissão e posse acham-se quase sempre presentes sobretudo no universo do samba. Para citar Ortega y Gasset, grande admirador da obra de Gilberto Freyre, o homem é ele próprio e suas circunstâncias, pensamento que bem reflete o fato de que toda a produção humana deve ser entendida num determinado contexto de vida (social, cultural, econômico, histórico, existencial, etc.).

Bem por isto, tampouco se pode citar Drummond fora do contexto em que o grande poeta brasileiro produziu. No seu primeiro livro, *Alguma poesia*, de 1930, onde foi publicado o poema *Moça e Soldado* (e não "A mulher e o soldado"), a que faz referência a autora, o poeta trata do sentimento de desajuste do indivíduo no mundo, ele próprio, um desajustado, expulso que fora do colégio, sob acusação de mau comportamento e "insubordinação mental", por discordar de um professor durante a aula. Essa passagem, que foi marcante na sua vida, está registrada na autobiografia que Drummond escreveu para a *Revista Acadêmica.*

Aliás, a inquietação de Drummond aparece em vários momentos de sua obra, conforme se retira da antologia poética por ele próprio organizada, em 1962, em poemas reunidos na seção que leva o título "Tentativa de exploração e de interpretação do estar-no-mundo". Este é o sentido da poesia em parte transcrita na inicial. Faltou completá-la para entender o alcance dos versos:

"Moça bonita foi feita para namorar
Soldado barbudo foi feito para brigar
(...)
Só eu não brigo
Só eu não namoro"

No poema, Drummond revela o seu jeito "ensimesmado", dizendo como distante é o poeta das outras pessoas, que o nefelibata espia, sem nunca se envolver. Disto se retira que a interpretação sugerida pela autora da ação é

Acesso ao Sumário

manifestamente equivocada. Diga-se mais, o escritor de Itabira, em sua obra póstuma, *O avesso das coisas*, publicada em 1987, mostra, numa coleção de aforismos, relativos a vários temas, dentre eles a *mulher*, como prezava a inteligência e a perspicácia feminina: "A mulher *é* mais do que o homem quando este pretende *ser* mais do que a mulher."

É preciso interpretar, não só textos jurídicos, mas qualquer tipo de produção humana, quer seja científica, quer artística, dentro do seu contexto. E a peça publicitária que compõe a campanha "Musa do Verão" certamente vai de encontro aos valores que começaram a se formar, mercê do processo de redemocratização da sociedade brasileira, a partir dos anos 90, diante de marcos civilizatórios que não convivem mais com estereótipos e formas pré-concebidas.

Enfim, a publicidade brasileira, reconhecida mundialmente pela sua capacidade criativa, vem dando mostras de que não se pode subjulgar a inteligência do público: é impensável hoje associar cigarro com práticas esportivas, noções antitéticas, tal qual se fazia antes, assim como não se cogita mais da associação entre consumo de bebida alcoólica e bom desempenho sexual, presente em vários anúncios publicitários do passado. A atuação do PROCON é fruto da consciência, que habita o coletivo, no sentido que não se pode estimular associações improváveis entre o corpo da mulher e objetos de consumo.

Não se trata de exercer o direito de tolerância, tampouco de romper com uma certa hipocrisia social, na linha do "politicamente correto", mas de perceber que a estética feminina, por mais apreciável que seja, não se confunde com lata de cerveja, produto que as pessoas consomem e depois jogam fora. É certo que, em tempos de racionalidade instrumental (Horkheimer) e de modernidade líquida (Bauman), tudo é disponível, descartável. Mas a filosofia contemporânea, ao mesmo tempo em que interpreta o mundo a nossa volta, denuncia, faz pensar. E é terrível perceber o quão desagregadora pode ser uma mensagem publicitária, promovida a peso de ouro, que penetra na casa das pessoas sem pedir licença. De mais a mais, a televisão é serviço público, atuando as empresas, neste ramo, mediante concessão.

Nem se venha argumentar, de outra parte, com pesquisas unilaterais, cuja metodologia empregada se desconhece, na tentativa de comprovar que a sociedade brasileira apoia aquele tipo de peça publicitária. Tal argumento expõe-se à mesma crítica, formulada pela autora, quando se referiu pejorativamente ao material publicado na internet, cuja fonte e critérios se desconhece.

Quanto às demais peças publicitárias que enveredariam pela exploração gratuita da sensualidade ou daquilo que é escatológico, diga-se que dois erros não perfazem um acerto. Aliás, a defesa que instituições e pessoas apresentam, sobretudo no campo da política, quando se veem pilhadas na prática do mal

Acesso ao Sumário

feito, recorre sempre a esta forma de argumento, mais do que reducionista, infantil: "mas fulano de tal também fez isto".

Diga-se, quanto à fixação da pena-base, que ela não se fez de maneira arbitrária, observando-se, de outra forma, os parâmetros estabelecidos na Portaria nº 23/2005 do PROCON, vigente à época dos fatos, no concernente à dosimetria da sanção pecuniária, mais especificamente, quanto aos termos da equação prevista na norma do artigo 5º, 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.

Ao que se retira dos autos, a autora foi notificada pelo PROCON para apresentar os valores referentes à receita média mensal, a fim de que se fizesse o cálculo do valor da multa a ser aplicada. Diante da inércia da empresa, a Diretoria de Fiscalização estimou a receita, nos termos da regra do artigo 4º, *caput*, da Portaria PROCON nº 23/2005 (Demonstrativo de Cálculo a fls. 128).

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 econômico da empresa autuada, uma das maiores do mundo, é compatível com o tipo de atividade que desenvolve, atendendo à regra do artigo 111 da Constituição do Estado e às normas infraconstitucionais que regulam a espécie.

O Judiciário não pode invadir quer função legislativa quer função executiva para excluir ou fixar a multa em percentual distinto daquele previsto na norma, a menos que vulnerado se veja o princípio da razoabilidade, o que, como já se disse, não é o caso.

Em resumo, não colhe a pretensão deduzida na inicial, tratando-se de julgar improcedente a ação proposta pela AMBEV.

Por conseguinte, condeno a autora ao pagamento de custas, despesas processuais e honorários advocatícios, estes fixados em R$ 8.000,00, nos termos

Acesso ao Sumário

da regra do artigo 20, § 4º, do Código de Processo Civil.

De fato, não se trata de aplicar percentual sobre o valor da causa, porque a base de cálculo revela-se excessiva. Mais razoável, à luz do artigo 127 do Código de Processo Civil, e em atenção aos critérios estabelecidos no artigo 20, § 3º, a que se reporta o § 4º, o arbitramento dos honorários em valor tarifado.

Nestes termos, dou provimento ao recurso da Fundação de Proteção e Defesa do Consumidor de São Paulo.

Para fins de acesso aos Egrégios Tribunais Superiores, ficam expressamente pré-questionados todos os artigos legais e constitucionais mencionados pelos litigantes.

DECLARAÇÃO DE VOTO VENCEDOR

(Voto nº 29.517)

Acompanho o douto Relator sorteado, dando provimento ao recurso de apelação, pelas razões a seguir expostas.

Trata-se de ação ordinária ajuizada por Companhia de Bebidas das Américas – AMBEV – objetivando a anulação ou, subsidiariamente, a redução, da penalidade imposta pela Fundação de Proteção e Defesa do Consumidor – PROCON – em razão da veiculação de anúncio televisivo supostamente discriminatório (fls. 02/26).

A ação foi julgada procedente em primeira instância, "para declarar nula a multa imposta à autora no Auto de Infração nº 1037 série D5" (fls. 546/548).

Contudo, a ação deve ser julgada improcedente.

A publicidade, no caso em análise, é abusiva.

Em primeiro lugar, esclareça-se que não existe, na hipótese, coisa julgada a vincular o deslinde da presente ação. De fato, a abusividade da propaganda foi afastada em sede de ação civil pública com pedido de reparação de danos morais coletivos, que foi julgada improcedente. Porém, como é cediço, os motivos da decisão não fazem coisa julgada.

Assim dispõe o artigo 37 do Código de Defesa do Consumidor:

Art. 37. É proibida toda publicidade enganosa ou abusiva.

[...]

§ 2º É abusiva, dentre outras a publicidade discriminatória de qualquer natureza, a que incite à violência, explore o medo ou a superstição, se aproveite da deficiência de julgamento e experiência da criança, desrespeita valores ambientais, ou que seja capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa à sua saúde ou segurança.

Acesso ao Sumário

Constata-se que o conceito legal de abusividade é muito abrangente, englobando "a publicidade discriminatória de qualquer natureza".

Discriminação é, de acordo com o Novo Dicionário Aurélio, "1. Ato ou efeito de discriminar. 2. Faculdade de distinguir ou discernir; discernimento. 3. Separação, apartação, segregação: discriminação racial. [...]"

Devido à amplitude do conceito de propaganda discriminatória, não existe consenso entre os profissionais da publicidade e os juristas.

Os órgãos de controle e o Poder Judiciário têm interpretado a norma, ao longo dos tempos, de modo a proteger a vulnerabilidade do consumidor, o que, no caso, abrange todo aquele que possa ter contato com a propaganda.

Um exemplo de interpretação é a Resolução n. 163 do CONANDA (Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente). Regulamentando o § 2º do artigo 37 do Código de Defesa do Consumidor, segundo o qual é abusiva a publicidade que "se aproveite da deficiência de julgamento e experiência da criança", a resolução proibiu todo tipo de propaganda destinada ao público infantil (menor de 12 anos).

Daí se verifica a interpretação protetiva do consumidor potencial que se tem dado à regra.

No caso dos autos, a propaganda de cerveja utiliza-se da figura de uma mulher para enaltecer a qualidade do seu produto. Para tanto, afirma que, se a fabricante da cerveja "fabricasse" a "Musa do Verão", uma moça atraente vestindo um biquíni, essa seria distribuída a qualquer homem que se interessasse.

Com isso, cria a ideia de que a mulher em questão é um bem a ser produzido em série e livremente consumido pelos homens. Coisificando a mulher, a peça discrimina, separa, aparta os gêneros, tratando o sexo masculino como o consumidor e o feminino como o bem a ser consumido, que deve ser perfeito (a propaganda faz alusão a um exemplar da "Musa" que teria "vindo com defeito") para satisfazer aos desejos dos consumidores.

A questão é de difícil solução.

Há, no caso, colisão entre direitos fundamentais: de um lado, a liberdade de expressão e de criação do anunciante[1]; de outro, a proteção ao consumidor e à sociedade em geral contra a discriminação[2].

Para solucionar o impasse, é preciso utilizar o critério do balanceamento, sopesando a necessidade de proteção aos direitos colidentes conforme as circunstâncias do caso concreto.

Acesso ao Sumário

1 Inciso IX do artigo 5º da Constituição Federal: "é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença".

2 Artigo 3º da Constituição Federal: "Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: [...] IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação." Inciso XLI do artigo 5º: "a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais".

No caso, é preciso observar o contexto social em que o dilema se instalou e o impacto da publicidade em análise.

É certo que, em meados do século passado, era comum a veiculação de publicidade demeritória da imagem da mulher. Esse tipo de propaganda era aceita porque representava o pensamento da maioria da sociedade da época – patriarcal e machista, na qual a mulher era vista como realizadora de todos os desejos dos homens, tanto os sexuais quanto os relativos aos serviços domésticos.

Com o passar dos anos, ampliou-se a diversificação social, surgindo variados grupos de minorias que possuem voz ativa e representação tanto social quanto política. A fragmentação social atual reflete-se em diversas áreas do conhecimento e repercute naquilo que é tido pela sociedade em geral como normal e necessário para a garantia de uma vida plural e rica em experiências e valores.

As minorias foram paulatinamente ganhando espaço – vejam-se as conquistas, antes impensáveis, como a união homoafetiva e as cotas raciais, hoje consolidadas pelo E. Supremo Tribunal Federal –, não mais se tolerando ofensas e discriminações. Atualmente, a sociedade como um todo, ou ao menos a maior parte dela, parece entender a necessidade de se tutelarem esses grupos.

Nesse contexto, o feminismo tem acirrado sua luta pela igualdade de direitos.

No ano que passou, campanhas realizadas em redes sociais, como a #primeiroassedio e a #meuamigosecreto, tiveram estrondosa repercussão. Além disso, a mobilização das mulheres materializou-se em manifestações como as realizadas contra a aprovação da lei que dificultaria o acesso à pílula do dia seguinte.

Assim, ainda que algumas celebridades ainda utilizem sua imagem física e sua sensualidade para se promoverem, é certo que há uma crescente conscientização a respeito da necessidade de se quebrarem estereótipos antiquados como o de que "mulher boa é bonita, burra e obediente". As mulheres tem ganhado espaço no mercado de trabalho e no mercado consumidor, de modo que há cada vez mais campanhas publicitárias voltadas a esse público e que, inclusive, promovem a aceitação da mulher real, do corpo real.

Neste ponto, observa-se que o próprio profissional de marketing, hoje, deve considerar essa diversidade de público e a ascensão do mercado consumidor feminino.

Atualmente, há pesquisas indicando que parcela significativa (cerca de 1/3 a perto de metade) do mercado de cerveja brasileiro é formado por mulheres[3]. Por óbvio, uma campanha de indústria cervejeira deveria considerar e valorizar essa parcela considerável do seu mercado relevante.

Acesso ao Sumário

3 (Endereço eletrônico constante do texto original)

Porém, questões mercadológicas à parte, a propaganda em questão é mesmo abusiva, pois, ao objetificar a mulher, tratando-a como produto que deveria ser distribuído pela fabricante de cervejas para consumo masculino, faz discriminação de gênero e ofende os valores de um nicho grande da população.

Observe-se que não se pretende aqui analisar a efetiva ofensividade da peça publicitária (pois cada consumidor potencial reagiria diferentemente à propaganda), mas, à semelhança do tratamento dado à publicidade infantil, busca-se coibir o potencial abusivo da mensagem.

Sabe-se que a propaganda visa a despertar o desejo de compra do consumidor, que, ao tomar contato com um anúncio, utiliza seu cérebro primitivo, dominado pelo instinto. Por essa razão há proteção legal contra os desvios nocivos da propaganda: a pessoa está mais sujeita a ser influenciada por uma peça publicitária do que por uma peça humorística, por exemplo, independentemente do conteúdo dessa.

Deve mesmo ser garantida a liberdade de expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, como quer o inciso IX do artigo 5º da Constituição. Porém, essa liberdade é mais ampla quando não se refere à relação de consumo, em que há manifesta vulnerabilidade do consumidor.

E essa diferenciação se dá por dois motivos. Em primeiro lugar, porque qualquer pessoa pode ser involuntariamente exposta à propaganda, quando, por exemplo, assiste à televisão ou transita pela cidade, enquanto, com relação a obras de outras naturezas, em regra o interessado deve buscar o contato. Em segundo lugar, porque, ao procurar assistir a uma peça humorística, por exemplo, o espectador está prevenido, preparado para o que há de vir, o que não ocorre com relação à propaganda, que, normalmente, é produzida de forma a acionar os instintos mais primitivos do consumidor, estimulando em seu espírito o desejo de compra[4].

Assim, sem desconsiderar o direito à liberdade de expressão do anunciante, é certo que deve prevalecer, no caso em análise, a necessidade de defesa do consumidor potencial contra a abusividade consistente na discriminação de gênero e na ofensa proferida contra parcela significativa da população.

Ante o exposto, dá-se provimento ao recurso para julgar improcedente a ação.

MOACIR PERES, Desembargador, Revisor vencedor

DECLARAÇÃO DE VOTO VENCIDO

(Voto nº 32.116)

Acesso ao Sumário

4 Veja-se a disseminação dos estudos e da utilização de técnicas de neuromarketing.

No que pesem os sólidos e eruditos fundamentos do respeitável voto condutor, enriquecidos pelas considerações tecidas pela culta revisoria, ouso divergir do desate para manter a sentença nos termos em que proferida.

Pesa, inicialmente, o fato de o mesmo comercial, levado à aferição do Judiciário por meio de ação civil pública movida pelo Ministério Público, em que se o taxou de violador da mesma norma com base na qual a apelada foi punida – art. 37, § 2º, do Código de Proteção e Defesa do Consumidor, ter sido reputado lícito, sem conteúdo enganoso ou, mais propriamente, abusivo. É o que cuidou de destacar a sentença ao transcrever fragmentos relevantes do voto do relator, Des. Enio Zuliani, proferido na Apelação nº 9000005-45.2009.8.26.0100.

Ora, se o Estado-jurisdição proclamou a licitude do comercial – ousado, sem sombra de dúvida –, não pode o Estado-administração, contrariando o pronunciamento jurisdicional passado em julgado, pretender ver prevalecer a sanção administrativa aplicada em virtude do mesmo fato e sob o mesmíssimo fundamento: ou há ilicitude ou não. E ficou assentado, no caso, não haver.

A douta maioria, entretanto, optou por reavaliar a questão. Foi lembrado, inclusive, que haveria prevenção desta C. Câmara, mercê do Agravo de Instrumento nº 990.10.113520-5. Com a devida vênia, tal não representa causa de desconstituição da coisa julgada anteriormente formada – e que, por isso mesmo, há de ser acatada –, constituindo, se tanto, fundamento para exercício de ação rescisória.

E o novo julgamento implicou decisão conflitante, contraditória à primeira, claramente apto a gerar a insegurança jurídica que compete ao Judiciário, primordialmente, afastar das relações socioeconômicas.

Só por isso, penso, o apelo não mereceria acolhida.

Não obstante o foi, motivo pelo qual passo a analisar o conteúdo de sobredito comercial.

Nele vi, a exemplo do Des. Zuliani, uma peça bem-humorada permeada de completo *non-sense* subjacente à absurda possibilidade de se reproduzir bela jovem, eleita "Musa do Verão de 2006" de modo a que cada sonhador pudesse tê-la não como uma figura distante, imaginária, mas como algo palpável, material, a seu alcance. Esforcei-me para não rir, mesmo, quando em sessão examinava a peça, pois não a conhecia (não sou dado a assistir televisão).

É bem verdade ser elástico o conceito de publicidade abusiva. É aquela que não se qualifica como enganosa, sendo indeterminado seu conceito jurídico, "que deve ser preenchido na construção do caso concreto" (Alberto Pasqualotto), "levando-se em conta, nomeadamente, os valores constitucionais básicos da vida republicana" (Vidal Serrano Nunes)[5]. Nem por isso, *data*

5 *Grinover, Ada Pellegrini*, e.o., "Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto, 9ª Ed., Forense Universitária, 2007, pgs. 350/4.

venia, seu julgamento deve dissociar-se da realidade: é fato que, nas praias, os trajes femininos são cada vez mais sumários. É fato ser o ideal da musa componente do imaginário masculino – e isso desde tempos bem antigos. O que fez o comercial sob julgamento? Transpôs ao mundo da publicidade essa realidade de nossos balneários ao onírico do público destinatário da mensagem, em filme de grande impacto por sua originalidade, irradiada da intensa dose de criatividade com que se houveram seus autores. Publicitários que bem souberam sintetizar esses fatores em peça recheada pelo BOM humor característico da picardia do brasileiro associado à alegria imanente a reuniões em cervejarias: *in vino veritas.., in cerivisia felicitas*! E o que se faz ao punir o anunciante com pesada multa é, justamente, cercear essa criatividade, inerente à liberdade de expressão – garantia fundamental consagrada na Constituição – mediante ato de censura econômica, apenas porque alguns viram a ousadia como ofensa à condição feminina. Definitivamente, não foi essa minha leitura.

Longe disso, vejo a situação em muito assemelhada à analisada por esta mesma câmara na Apelação nº 558.085-5 (atual 0160851-09.2006.8.26.0000), sob a batuta do Des. Nogueira Diefenthäler, **mutatis mutandis**:

[...] não há como se falar que a peça publicitária autuada tenha conteúdo discriminatório, incite violência, explore o medo ou a superstição, se aproveite da deficiência de julgamento e experiência da criança, desrespeite os valores ambientais ou, até mesmo, que induza o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa, tanto à sua saúde ou segurança. Ademais, nem mesmo poderia se cogitar ofensas à saúde ou integridade do animal envolvido o que poderia se cogitar numa ofensa a valores ambientais.

Trata-se, sim, de comercial com nítido intuito jocoso, em que o adulto, crendo na ingenuidade do primata, vê-se surpreendido com a ação do animal, que não só reprime sua ação errônea como demonstra possuir inteligência suficiente para notar que o recipiente encontrava-se vazio. É a clássica situação de humor, em que aquele que se julga "esperto" acaba por fazer papel de "bobo" diante da reação da pessoa alvo de sua ação.

E este foi o intuito da propaganda, demonstrar, com humor, que o macaco possui muito mais inteligência do que o ser humano imagina, a ponto de revidar a ação tomada pelo humano.

Não há incitação à violência, incentivo em alimentar os animais, danos ambientais ou outras ações que possam implicar na subsunção ao disposto no § 2° do art. 37 do Código de Defesa do Consumidor, mas sim, e tão somente, a criatividade dos publicitários brasileiros, que possuem grande destaque no mercado internacional justamente por cultivarem o bom humor e a inteligência das peças que criam.

Acatar a tese defendida pelo recorrido acabaria por dar uma interpretação excessivamente extensiva ao disposto no § 2° do art. 37 do Código de Defesa do Consumidor, a ponto de limitar sobremaneira a criatividade da publicidade (g.m.).

Acesso ao Sumário

E vou além: acatar a tese defendida pela apelante significa ferir de morte a publicidade brasileira, instigando seus agentes a ousar apenas em cenários neutros, com locutores trajados formalmente e textos cuidadosamente revistos a fim de que suscetibilidade alguma possa vir a ser ferida, sob pena de pesadas sanções. Claro cenário de materialização da pior das censuras: a autocensura!

Peço vênia para ficar vencido.

COIMBRA SCHMIDT, Desembargador, 3º Juiz vencido

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1000557-90.2015.8.26.0568, da Comarca de São João da Boa Vista, em que é apelante PREFEITURA MUNICIPAL DE SÃO JOÃO DA BOA VISTA-SP, são apelados LARA MARIANA DA SILVA TONON e SOPHIA CRISTINA TONON CIACCO CARVALHO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 2ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Deram provimento em parte ao recurso. V.U., de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 17.634)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores VERA ANGRISANI (Presidente sem voto), CARLOS VIOLANTE e CLAUDIO AUGUSTO PEDRASSI.

São Paulo, 5 de abril de 2016.

LUCIANA BRESCIANI, Relatora

Ementa: AÇÃO INDENIZATÓRIA. Autora, menor de idade, que se acidentou, durante o horário letivo, em brinquedo da escola municipal em que estudava. Professores e demais encarregados que têm dever de vigilância com relação às crianças mantidas no estabelecimento de ensino. Omissão que gera o dever de indenizar em caso de acidente. Despicienda a produção de provas pericial e testemunhal. Cerceamento de defesa não configurado. Genitora da autora, que a representa na demanda, que não pode ser indenizada por não ser parte. Indenização por danos morais e estéticos devida à demandante. Quantum, contudo, que deve ser reduzido para melhor atender

Acesso ao Sumário

às peculiaridades do presente caso. Precedentes desta C. Câmara de Direito Público. Recurso parcialmente provido.

VOTO

Trata-se de ação indenizatória ajuizada por SOPHIA CRISTINA TONON CIACCO CARVALHO, representada por LARA MARIANA DA SILVA TONON, em face do MUNICÍPIO DE SÃO JOÃO DA BOA VISTA, objetivando a condenação do requerido a indenizá-la a título de danos morais e estéticos.

A ação foi julgada procedente (fls. 87/91).

Apela o demandado (fls. 98/104), pugnando pela reforma da sentença.

A Procuradoria de Justiça se manifestou pelo provimento parcial do apelo (fls. 132/142).

O recurso foi regularmente processado e contrariado (fls. 108/116).

Facultada às partes manifestação acerca de eventual oposição ao julgamento virtual (fls. 128), quedaram inertes (fls. 130).

É o relatório.

Cuida-se de ação indenizatória ajuizada por SOPHIA CRISTINA TONON CIACCO CARVALHO e LARA MARIANA DA SILVA TONON em face do MUNICÍPIO DE SÃO JOÃO DA BOA VISTA, objetivando a condenação do requerido a indenizá-la a título de danos morais e estéticos.

A ação foi julgada procedente (fls. 87/91) para condenar o requerido "*ao pagamento de danos morais no valor de R$10.000,00 para a genitora, sra. LARA MARIANA DA SILVA TONON e, dano moral e estético, para a menor SOPHIA CRISTINA TONON CIACCO CARVALHO, no valor de R$20.000,00, ambos corrigidos monetariamente nos termos da Súmula n. 362 do S.T.J., ou seja, a partir do arbitramento, isto é, 31.07.2015 e, juros de mora, à taxa de legal, contados da citação*."

O réu foi condenado a arcar com custas e honorários advocatícios fixados em R$ 1.000,00.

Em suas razões de apelação, alega o demandado, em síntese, que: a) houve cerceamento de defesa, na medida em que era necessária produção de provas testemunhais e pericial; b) "*a r. sentença deve ser reformada para excluir da condenação o montante atribuído à Sra. Lara, que não se apresentou no processo como autora e que por isso não pode receber o bônus da condenação";* c) *"não há nenhuma prova nos autos de que houve dano moral para qualquer das duas, mormente para a menor que pode (e deve) ter encarado o acontecido como um acidente típico da vida infantil";* d) o montante da condenação foi

excessivo e não deve ultrapassar R$ 5.000,00; e) deve ser aplicado o artigo 1º-F da Lei 9494/97.

Requer o reconhecimento da nulidade do *decisum*, para que sejam produzidas as provas necessárias para o deslinde da causa. Subsidiariamente, pugna pela reforma da sentença recorrida nos termos supra.

O recurso merece parcial provimento.

Primeiramente, há que se afastar a alegação de que tenha havido cerceamento de defesa, na medida em que foi, de fato, despicienda a produção das provas pericial e testemunhal pretendidas.

Nesse particular, deve-se consignar que o magistrado analisa a pertinência da produção das provas, de modo que, no presente caso, como se demonstrará, o conjunto probatório que estava à sua disposição permitia o julgamento da lide.

Pela fotografia de fls. 16, percebe-se que a gangorra que ocasionou a lesão, além de sua má conservação, apresenta quina efetivamente perigosa, tendo sido capaz de provocar o corte de fls. 14/15.

Não se ignora que crianças na idade da autora estão propensas a sofrer pequenos acidentes em ambientes como um parque infantil, contudo também é sabido que os professores ou demais encarregados têm o dever de vigilância com relação aos alunos, e o Município, de manutenção dos brinquedos de modo que não representem risco, sendo que sua omissão, diante da ocorrência de um acidente, pode gerar o dever de indenizar por parte do Estado.

A esse respeito, sólida jurisprudência desta C. Câmara de Direito Público:

RESPONSABILIDADE CIVIL. Indenização. Dano causado em menor em creche municipal. Cabimento. Negligência configurada. Responsabilidade do Estado pela integridade física das crianças. Art. 37, § 6º, da CF. Dano estético cumulado com dano moral. Súmula 387 STJ. Decorrem do próprio evento danoso e correspondem à violação da integridade física do lesado. Quantum indenizatório mantido de forma razoável e proporcional. Recurso do autor improvido e parcialmente provido o da Municipalidade. (Apelação, 0003285-23.2011.8.26.0161, Relator(a): Vera Angrisani; Comarca: Diadema; Órgão julgador: 2ª Câmara de Direito Público; Data do julgamento: 03/12/2013; Data de registro: 11/12/2013)

RESPONSABILIDADE CIVIL. Criança acidentada no brinquedo "gira-gira" instalado nas dependências da escola municipal. Omissão estatal caracterizada. Estando a vítima dentro do prédio público, durante o seu horário escolar, responde o Município por sua incolumidade física. Precedentes, inclusive do C. STF. Danos morais configurados. DANOS MORAIS E ESTÉTICOS. Valor arbitrado. Insurgência da Municipalidade pela redução do valor arbitrado. Valor fixado em consonância com os princípios da razoabilidade e proporcionalidade. Indenização mantida. Recurso improvido.

Acesso ao Sumário

(Apelação, 0004448-29.2002.8.26.0266, Relator(a): Claudio Augusto Pedrassi; Comarca: Itanhaém; Órgão julgador: 2ª Câmara de Direito Público; Data do julgamento: 30/04/2013; Data de registro: 02/05/2013)

Nessa esteira, tem-se que o valor de R$ 20.000,00 se encontra em patamar exagerado e incompatível com as circunstâncias do presente caso, reputando-se adequado o valor de R$ 10.000,00, na medida em que repara os danos sofridos pela autora e desestimula condutas semelhantes por parte do requerido.

Ademais, tem razão o apelante quando afirma que é indevida a indenização a título de danos morais, no valor de R$ 10.000,00, que foi atribuída a Lara Mariana da Silva Tonon.

De fato, trata-se da genitora da autora, que a representa nos presentes autos, não sendo parte na ação, motivo pelo qual, nessas condições, não pode receber a indenização arbitrada pelo Juízo *a quo.*

Por fim, considerados os termos do pedido recursal, de rigor a aplicação dos critérios previstos no art. 1º-F da Lei nº 9.494/1997 para efeito de juros de mora.

Por estes fundamentos, pelo meu voto, dou provimento parcial ao recurso para afastar a condenação no valor de R$ 10.000,00 em favor de Lara Mariana da Silva Tonon, reduzir o *quantum* indenizatório em favor da autora para R$ 10.000,00 e aplicar o artigo 1º-F da Lei 9494/97, mantida a sucumbência nos termos da r. sentença.

Para fins de prequestionamento se tem por inexistente violação a qualquer dispositivo constitucional ou infraconstitucional invocado e pertinente à matéria em debate.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 3003438-51.2013.8.26.0123, da Comarca de Capão Bonito, em que é apelante PREFEITURA MUNICIPAL DE CAPÃO BONITO, é apelado ASSOCIAÇÃO COMERCIAL E INDUSTRIAL DE CAPÃO BONITO.

ACORDAM, em 1ª Câmara Extraordinária de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 26.642)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores EVARISTO DOS SANTOS (Presidente) e JARBAS GOMES.

São Paulo, 11 de abril de 2016.

Acesso ao Sumário

SIDNEY ROMANO DOS REIS, Relator

Ementa: Apelação cível – Ação declaratória de ineficácia dos efeitos jurídicos de Lei Municipal – Feriado de 20 de Novembro – Dia da Consciência Negra – Sentença de procedência – Recurso da Municipalidade – Provimento de rigor.

Instituição de Feriado municipal – Dia da Consciência Negra – Lei Municipal nº 3.317/09 em conformidade em conformidade com a competência conferida ao Município – Inteligência dos artigos 23 e 30 da CF e Lei Federal nº 9.093/95 – Precedentes.

Sentença reformada – Recurso provido.

VOTO

1. Trata-se de recurso contra a r. Sentença de fls. 153/161, nos autos da ação declaratória de ineficácia de Lei Municipal c/c pedido de tutela antecipada, por meio da qual o MM. Juiz de Direito da 1ª Vara Judicial da Comarca de Capão Bonito **julgou procedente a ação proposta pela Associação Comercial e Industrial de Capão Bonito em face do Município de Capão Bonito para o fim de suspender os efeitos da Lei Municipal nº 3.317/09, referente a sanções ou atos inibitórios de funcionamento de empresas associadas à requerente, a fim de que possam exercer livremente a atividade empresarial/comercial no dia 20 de novembro de cada ano, tornando definitiva a antecipação de tutela concedida. Pela sucumbência, condenando o Município ao pagamento das despesas processuais e honorários advocatícios fixados em R$ 2.000,00.**

Inconformada, apela a Prefeitura do Município de Capão Bonito, com razões de fls. 167/184.

Aduz, em apertada síntese, preliminarmente, impossibilidade jurídica do pedido e que eventual inconstitucionalidade da lei não poderia ser discutida em primeira instância. No mérito, sustenta a competência do Município para instituir o feriado de 20 de novembro (Dia da Consciência Negra), nos termos do art. 30, I e IX, da Constituição Federal e Lei Federal nº 9.093/95. Por fim, sustenta o impacto histórico e cultural dos negros em Capão Bonito e a instituição da data como feriado municipal para promoção da igualdade racial no Brasil. Colaciona julgados. Requer a improcedência da ação.

Tempestivo o recurso, regularmente processado, recebido no efeito devolutivo (fl. 196), com apresentação de contrarrazões (fls. 200/208), subindo os autos.

Acesso ao Sumário

É o relatório.

2. Comporta reforma a r. Sentença recorrida.

Trata-se de ação ordinária ajuizada pela **Associação Comercial e Industrial de Capão Bonito**, objetivando a declaração de ineficácia dos efeitos jurídicos da Lei nº 3.317/09 com pedido de antecipação de tutela, para afastar, em relação aos seus associados, qualquer imposição de multa ou ônus, no exercício da atividade empresarial ou comercial no feriado de 20 de novembro instituído pela Lei em referência e denominado Dia da Consciência Negra. Aduz que o feriado acarreta inúmeros prejuízos a todos os associados da autora, além de que a homenagem ao dia da consciência negra é de interesse nacional, pouco impactando nas questões locais.

Em que pese o entendimento do MM. Magistrado *a quo*, entende este Relator que é o caso de improcedência do pedido, eis que o Município detém competência para legislar sobre a matéria.

Vejamos.

Os artigos 23, III, e 30, I, da Constituição Federal assim dispõem:

"Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios:

III - proteger os documentos, as obras e outros bens de valor histórico, artístico e cultural, os monumentos, as paisagens naturais notáveis e os sítios arqueológicos;"

E,

"Art. 30. Compete aos Municípios:

I - legislar sobre assuntos de interesse local;

II - suplementar a legislação federal e a estadual no que couber;

(...).

IX - promover a proteção do patrimônio histórico-cultural local, observada a legislação e a ação fiscalizadora federal e estadual."

No mais, a Lei Federal nº 9.093/95 estabelece que:

Art. 2º São feriados religiosos os dias de guarda, declarados em lei municipal, de acordo com a tradição local e em número não superior a quatro, neste incluída a Sexta-Feira da Paixão.

Em Capão Bonito temos que os feriados religiosos são a sexta feira santa, conforme já determinado na legislação, *corpus christi*, Nossa Senhora da Conceição (08/12) e por fim, o Dia da Consciência Negra (20/11).

Portanto, entendo que a Lei Municipal nº 3.317/09 está em conformidade com a Constituição Federal, bem como com a legislação federal que regulamenta a matéria, não havendo que se falar em declaração de ineficácia da lei municipal ora questionada.

Acesso ao Sumário

Por fim, de se observar que a Lei Federal 12.519/2011 instituiu o Dia Nacional de Zumbi e da Consciência Negra, a ser comemorado, anualmente, no dia 20 de novembro, data do falecimento do líder negro Zumbi dos Palmares, reconhecendo a relevância da data comemorativa em âmbito nacional. Além disso, o Município também conta com entidades que buscam o resgate da cultura negra e sua preservação, afastando, assim, a alegação da autora de ausência de interesse ou impacto nas questões locais.

Confira-se a propósito julgados desta Corte em casos análogos:

DECLARATÓRIA. Entidade de classe. CIESP. Declaração de ineficácia da Lei Municipal nº 5950/2003 que instituiu o feriado do Dia da Consciência Negra em 20 de Novembro. Inadmissibilidade. Inteligência do art. 30 e art. 23 da Constituição Federal. Competência do Município para legislar sobre assuntos de interesse local. Cabe à União, Estados, Distrito Federal e Municípios a proteção dos valores culturais e históricos. Lei 9.093/95 não veda a criação de feriado local, apenas limita o número de feriados religiosos por ano. Lei Federal 12.519/2011 institui o Dia da Consciência Negra em âmbito nacional. Sentença de procedência. Reforma. Recurso provido. (Apelação nº 9180526.91.2009.8.26.0000, Comarca: Guarulhos, 10ª Câmara de Direito Público, Rel. Des. Paulo Galizia, j. 26.11.2012)

Ação Ordinária Ação ajuizada pela Associação Comercial e Industrial e outros - Feriado Municipal Dia da Consciência Negra Lei Municipal nº 6.730/2006 - Competência Municipal - Arts. 30 e 23 da Constituição Federal Proteção de valores históricos e culturais - Sentença de extinção por carência da ação - Pedido que não é de declaração de inconstitucionalidade de lei municipal - Carência afastada e mérito julgado, nos termos do artigo 515, § 3º, do Código de Processo Civil.

Recurso provido para afastar a extinção e, no mérito, ação julgada improcedente. (Apelação nº 0030266-86.2008.8.26.0196, Comarca: Franca, 5ª Câmara de Direito Público, Rel. Des. Maria Laura Tavares, j. 13.05.2013)

Apelação Cível - Declaratória - Ineficácia e anulação da Lei Municipal nº 5.950/2003 que instituiu o feriado civil do Dia da Consciência Negra em 20 de novembro - Lei Municipal que colide com a norma constitucional - Prejuízos econômicos - Retração da atividade empresarial - Conflito com norma federal - Ação julgada procedente - Questão fora do âmbito municipal - Inconformismo - Inadmissibilidade - Entendimento jurisprudencial sobre o tema - Inteligência do art. 30 e 23 da Constituição Federal - Cabe a União, Estados, Distrito Federal e Municípios a proteção dos valores culturais e históricos Lei Federal

Acesso ao Sumário

nº 12.519/2011 que instituiu o Dia da Consciência Negra em âmbito nacional - Não há óbice legal para que o município institua feriados dentro dos limites da razoabilidade a fim de promover valores culturais - Recursos providos. (Apelação Cível nº 0077898-87.2009.8.26.0224, Comarca: Guarulhos, 1ª Câmara de Direito Público - Rel. Des. Castilho Barbosa j. 26.02.2013).

DECLARATÓRIA - Inconstitucionalidade da Lei Municipal nº 6.924/2007, que instituiu feriado municipal com a finalidade de homenagear o Dia Nacional da Consciência Negra - Inadequação da via eleita - Afronta à Constituição Federal - Impossibilidade - Sentença mantida - Recurso não provido. (Apelação Cível nº 0006557-87.2012.8.26.0032, Comarca: Araçatuba, 13ª Câmara de Direito Público, Rel. Des. Peiretti de Godoy, j. 26.09.2012).

Portanto, de rigor a reforma da r. sentença de Primeiro Grau, para julgar improcedente o pedido.

Por fim, em razão do presente desfecho decisório, impõe-se a inversão dos ônus de sucumbência, condenando-se a autora ao pagamento das custas e despesas processuais, bem como honorários advocatícios.

3. Posto isso, pelo meu voto, **dou provimento ao recurso da Prefeitura Municipal de Capão Bonito.**

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1019880-22.2014.8.26.0405, da Comarca de Osasco, em que é apelante QUALYBEM FOOD & SERVICE LTDA. - ME, é apelado FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 13ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U. Sustentou oralmente o advogado Marcio Capelloza.", de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 9.290)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores RICARDO ANAFE (Presidente) e FERRAZ DE ARRUDA.

São Paulo, 27 de abril de 2016.

FLORA MARIA NESI TOSSI SILVA, Relatora

Acesso ao Sumário

Ementa: ICMS. PROGRAMA ESPECIAL DE PARCELAMENTO – PRETENSÃO DO

CONTRIBUINTE DE, APÓS TER ADERIDO AO PEP, REDISCUTIR ASPECTOS FÁTICOS DA EXAÇÃO FISCAL EM AÇÃO ANULATÓRIA. IMPOSSIBILIDADE.

A ADESÃO AO PROGRAMA ESPECIAL DE PARCELAMENTO – PEP REPRESENTA O RECONHECIMENTO DO DÉBITO FISCAL E CONFISSÃO DA DÍVIDA. CONFISSÃO IRREVOGÁVEL E IRRETRATÁVEL DO DÉBITO FISCAL. RENÚNCIA EXPRESSA. IMPOSSIBILIDADE DE REDISCUSSÃO DE ASPECTOS FÁTICOS DO AUTO DE INFRAÇÃO E IMPOSIÇÃO DE MULTA – AIIM. INTELIGÊNCIA DA LEI ESTADUAL Nº 6.374/89 e DO DECRETO Nº 58.811/12.

ALEGAÇÃO DO AUTOR DE QUE HOUVE ERRO PRÓPRIO NA EMISSÃO DAS GIAS, E QUE APENAS FIRMOU O PEP PARA PODER CONTINUAR A PARTICIPAR DE LICITAÇÕES JUNTO AO PODER PÚBLICO. OPÇÃO DA PARTE PELA ADESÃO AO PEP, LEMBRANDO-SE QUE NÃO SE ALEGA EXISTÊNCIA DE VÍCIOS DE CONSENTIMENTO NA ASSINATURA DO PEP. IMPOSSIBILIDADE DE ANÁLISE DOS MOTIVOS PELOS QUAIS FORAM EMITIDAS AS GIAS E SE HOUVE OU NÃO EQUÍVOCO NO PREENCHIMENTO.

PRECEDENTE EM RECURSO REPETITIVO DO STJ. IMPROCEDÊNCIA MANTIDA.

RECURSO IMPROVIDO.

VOTO

Vistos.

Trata-se de ação de rito ordinário ajuizada por Qualybem Food & Service LTDA. em face da Fazenda do Estado de São Paulo. Sustenta gozar de isenção fiscal de ICMS em decorrência de preparar e fornecer refeições a Órgãos da Administração Pública, especificamente presídios. Relata que, por equivoco contábil, apresentou GIA's de ICMS, referentes aos meses de janeiro até outubro de 2013, no valor equivalente a R$ 373.923,92, sendo que a partir do mês de novembro de 2013 em diante passou a emitir as GIA's com a devida isenção,

Acesso ao Sumário

corrigindo seu equívoco, fundamentando-se no Decreto nº 45.490/00, que foram aceitas e reconhecidas pelo fisco. Destaca a existência de duas execuções fiscais, sendo uma referente às GIA's de janeiro a abril de 2013 e outra daquelas de setembro e outubro do mesmo ano. Relata, ainda, que objetivando manter sua regularidade fiscal, necessária para que possa participar de licitações, teve de aderir ao PEP 2014 para parcelamento de débitos que, na verdade, não existem, em razão da isenção. Argumenta que, antes da adesão ao PEP, retificou as GIA's de ICMS, para constar a isenção, enviando-as à Secretaria da Fazenda, mas estas não foram aceitas. Requer, liminarmente, a suspensão da exigibilidade do crédito de ICMS declarado e não pago no período de janeiro a outubro de 2013. Ao final, a declaração da isenção de ICMS declarado e não pago referente ao mesmo período.

Indeferida a liminar (fls. 420). Contra essa decisão, a requerente interpôs Agravo de Instrumento n. 2185192-84.2014.8.26.0000 (fls. 429/430).

Em r. despacho, o Exmo. Des. Peiretti de Godoy indeferiu o pedido de liminar nos autos do agravo de instrumento acima apontado (fls. 444/445).

Nos presentes autos, a Fazenda apresentou contestação, requerendo a extinção da ação, com resolução do mérito, por ter a autora renunciado ao direito que funda a ação (fls. 458/462).

Em r. despacho, o MM. Juiz Singular saneou o feito, afastando as preliminares, determinando a expedição de ofício à Secretaria do Estado da Fazenda, a fim de apresentar o inteiro teor do procedimento de retificação de GIA citado pela autora, conforme requerido pela Fazenda em sua contestação (fls. 474/475). A Secretaria da Fazenda respondeu ao ofício solicitado (fls. 506/517) e seguiram manifestações das partes (fls. 520 e 521/522).

Sobreveio r. sentença (fls. 523/524) que julgou improcedente o pedido inicial, condenando a autora ao pagamento de custas e verba honorária, fixada em R$ 5.000,00.

Apela Qualybem Food & Service LTDA – ME (fls. 526/533), sustentando que restou devidamente comprovado que a apelante é fornecedora de refeições a Órgãos da Administração Pública, especificamente a presídios e, portanto, suas operações são isentas de ICMS. Assim, diante da literalidade da legislação e da comprovação através de documentos fiscais do efetivo fornecimento de refeições à presídios, é medida que se impõe a declaração da isenção referente ao ICMS declarado e não pago. Requer a procedência do pedido inicial.

Acesso ao Sumário

Recurso tempestivo, preparado (fls. 534/535), recebido no efeito devolutivo (fls. 536) e processado com contrarrazões (fls. 538/544).

É o relatório.

Em primeiro lugar, observo que os presentes autos foram distribuídos por prevenção a esta Câmara, em virtude da apreciação do reexame necessário

pelo Dr. Peiretti de Godoy. Entretanto, o Relator, na presente oportunidade, não é mencionado Desembargador, considerando sua aposentadoria em janeiro de 2015.

Esta subscritora ocupa atualmente a cadeira que era o Dr. Peiretti de Godoy, nesta Colenda 13ª. Câmara de Direito Público, motivo pelo qual passo a apreciar o presente recurso.

Nos termos do art. 22, I, da Constituição Federal de 1.988 compete privativamente à União legislar sobre "direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho."

Notadamente quanto ao direito processual civil observa-se que até o dia 17 de março de 2.016 as disposições legais insertas na Lei 5.869 de 11.01.1973, que institui o Código o Código de Processo Civil, foram observadas em todo território nacional e em todos os graus de Jurisdição.

Observa-se, contudo, que em prestígio à efetividade da justiça, foi instituído Novo Código de Processo Civil, por meio da Lei nº 13.105, em 16 de março de 2.015, com vigência a partir de 18 de março de 2.016, sendo tal data ratificada, inclusive, nos termos da decisão do pleno do E. STJ, datada de 02.03.2.016, após questionamento do Min. Raul Araújo, Presidente da 2ª Seção daquela Corte.

Quanto à aplicação temporal de lei processual, o Novo Código de Processo Civil, visando garantir direitos e garantias fundamentais conferidos no art. 5º, inciso XXXVI da CF/88 e no art. 6º da LINDB (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), expressamente pontuou em seu art. 14 que "*a norma processual não retroagirá e será aplicável imediatamente aos processos em curso, respeitados os atos processuais praticados e as situações jurídicas consolidadas sob a vigência da norma revogada*.".

No caso concreto, como a r. sentença objeto do recurso foi proferida e publicada na vigência do Código de Processo Civil de 1973, é sob a ótica desse diploma processual que será analisada sua correção ou não, em atenção ao art. 14 do Código de Processo Civil de 2.015.

Aliás, neste sentido o Colendo STJ, em seu Enunciado administrativo n. 3: "*Aos recursos interpostos com fundamento no CPC/1973 (relativos a decisões publicadas até 17 de março de 2016) devem ser exigidos os requisitos de admissibilidade na forma nele prevista, com as interpretações dadas, até então, pela jurisprudência do STJ)*"

Ao mérito, portanto.

Em que pese o esforço argumentativo do apelante, seu recurso não merece provimento, pelos motivos que passo a expor.

A empresa autora ajuizou a presente ação anulatória de débitos fiscais afirmando que tem por objeto social o fornecimento de refeições a órgãos da

Administração Pública, especificamente a presídios e, nesse sentido, estaria isenta do recolhimento de ICMS, nos termos do Regulamento do ICMS no Estado de São Paulo Decreto 45.490/00.

Aduz, ainda, que por equívoco contábil, a apelante apresentou GIA´s de ICMS referentes aos meses de janeiro a outubro de 2013, no valor de R$ 373.923,92, mas não identificou naquelas a devida isenção do ICMS, dando causa ao ajuizamento de duas execuções fiscais que tramitam na 2ª Vara da Fazenda Pública desta Comarca, em razão de ICMS declarado e não pago.

Requereu, administrativamente, a retificação das referidas GIA´s, porém, seu requerimento foi indeferido, o que se verifica dos documentos de fls. 506/517. Após, aderiu, em ambas as execuções fiscais, ao Programa Especial de Parcelamento – PEP, cujo termo de aceite do PEP do ICMS n. 2016116-3 foi acostado aos autos e efetivado em 27.08.2014 (fls. 402).

A empresa autora noticia que firmou o PEP objetivando especialmente não ser impedida de participar de novas licitações.

O referido programa especial de parcelamento – PEP, cujo termo de aceite foi acostado aos autos (fls. 402), é regido pela Lei Estadual 6374/89 e pelo Decreto 58.8111/12. Com efeito, nos termos da cláusula 1 daquele termo de fls. 402, consta: "*o presente parcelamento especial submete-se ao disposto na Lei 63765/89, às condições estipuladas no Regulamento do ICMS e, em especial, no Decreto nº 58.811/2012, de 27.12.2012, e legislação pertinente*".

O art. 5º, incisos I e II do Decreto n. 58.811/12, alterado pelo Decreto 58.921/2013 dispõe que:

> *"Artigo 5° - O parcelamento ou pagamento em parcela única nos termos deste decreto implica:*
>
> ***I - confissão irrevogável e irretratável do débito fiscal;***
>
> ***II - expressa renúncia a qualquer defesa ou recurso administrativo ou judicial, bem como desistência dos já interpostos, relativamente aos débitos fiscais incluídos."***

Trata-se de norma especial que prevalece sobre as disposições gerais contidas no Código Tributário Nacional e que não apresenta afronta aos termos do art. 5º, XXXV da Constituição Federal, em virtude da plena liberalidade e ciência das partes ao formalizar o termo e aderir ao PEP. Ademais, não existe, no caso concreto, como será analisado abaixo, vício de consentimento hábil a anular o negócio jurídico realizado entre a apelante e apelada. Não há o que se falar em inconstitucionalidade da norma ou nulidade do termo.

Acesso ao Sumário

Se a empresa autora pretendia discutir judicialmente sobre a existência de seu erro próprio na emissão das GIAs e pleitear a sua anulação ou declaração de sua nulidade, poderia tê-lo feito antes de aderir ao PEP. Ora, não pode aderir ao PEP e, logo após, ingressar com ação para discutir

o débito, como fez.

Com efeito, pelo que se depreende das manifestações da própria autora, esta aderiu de forma espontânea ao parcelamento do débito ora impugnado, ainda que tenha sustentado que o fez apenas porque tinha interesse em continuar a participar de licitações. Deve arcar com as consequências jurídicas de sua opção, dentre elas a confissão irretratável do débito e a renúncia a qualquer defesa em relação ao débito.

Sobre o tema e adotando a mesma forma de solução aqui firmada, encontra-se iterativa jurisprudência desta C. Corte, citando-se, a título de exemplo, os seguintes:

ICMS. AIIM. PROGRAMA ESPECIAL DE PARCELAMENTO. A adesão ao Programa Especial de Parcelamento – PEP representa o reconhecimento do débito fiscal e confissão da dívida. Confissão irrevogável e irretratável do débito fiscal. Renúncia expressa. Impossibilidade de rediscussão de aspectos fáticos do Auto de Infração e Imposição de Multa – AIIM. Inteligência da Lei Estadual nº 6.374/89 e do Decreto nº 58.811/12. Especialidade das normas que não afronta preceitos legais e constitucionais. Precedente em recurso repetitivo do STJ. Sentença mantida. Recurso improvido." (Ap 0024133-93.2013.8.26.0053Relator(a): Claudio Augusto Pedrassi; Comarca: São Paulo; Órgão julgador: 2ª Câmara de Direito Público; Data do julgamento: 16/02/2016; Data de registro: 18/02/2016)

"APELAÇÃO – ICMS – Programa Especial de Parcelamento – Artigo 5º do Decreto Estadual nº58811/12 – Necessidade de renúncia aos expedientes defensivos – Celebração – Impossibilidade de rediscussão dos Autos de Infração e Imposição de Multa AIIMs que ensejaram os débitos parcelados Coisa julgada material – Sentença mantida – Recurso não provido." (Apelação nº 1003473-72.2014.8.26.0038, 1ª Câmara de Direito Público, Relator Desembargador Marcos Pimentel Tamassia, j. 23.06.2015)

"ANULATÓRIA DE DÉBITO FISCAL. Auto de infração. Declaração de inidoneidade dos documentos emitidos pela empresa fornecedora. Celebração de acordo de parcelamento da dívida. Confissão irretratável do débito tributário e renúncia à quaisquer direitos dele decorrentes. Reconhecimento do direito da Fazenda. Inversão dos ônus sucumbenciais. Extinção do processo, sem resolução do mérito. Perda superveniente do interesse de agir. Recurso da autora prejudicado e recurso da Fazenda provido." (Apelação nº 0050121-59.2011.8.26.0515, 10ª Câmara de Direito Público, Relator Desembargador Paulo Galizia, j. 26.05.2014)

Acesso ao Sumário

Por sua vez, saliento que o Juízo de 1º. Grau, na r. decisão de fls. 474/475 dos presentes autos havia afastado a preliminar aduzida pela FESP, sendo que esta última sustentou em sede de preliminar que a adesão ao PEP constitui confissão irrevogável e irretratável do débito fiscal.

Para embasar o indeferimento constante às fls. 474/475, o Juízo "a quo" invocou o seguinte julgado, proferido pelo C. STJ **em sede de recurso repetitivo** (REsp 1.133.027-SP, de relatoria do Ministro Mauro Campbell Marques), cujo trecho transcrevo, *verbis*:

> *PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. Recurso Especial representativo de controvérsia (art. 543-C, § 1º, do CPC). AUTO DE INFRAÇÃO LAVRADO COM BASE EM DECLARAÇÃO EMITIDA COM ERRO DE FATO NOTICIADO AO FISCO E NÃO CORRIGIDO. VÍCIO QUE MACULA A POSTERIOR CONFISSÃO DE DÉBITOS PARA EFEITO DE PARCELAMENTO. POSSIBILIDADE DE REVISÃO JUDICIAL. 1. A Administração Tributária tem o poder/dever de revisar de ofício o lançamento quando se comprove erro de fato quanto a qualquer elemento definido na legislação tributária como sendo de declaração obrigatória (art. 145, III, c/c art. 149, IV, do CTN). 2. A este poder/dever corresponde o direito do contribuinte de retificar e ver retificada pelo Fisco a informação fornecida com erro de fato, quando dessa retificação resultar a redução do tributo devido. 3. Caso em que a Administração Tributária Municipal, ao invés de corrigir o erro de ofício, ou a pedido do administrado, como era o seu dever, optou pela lavratura de cinco autos de infração eivados de nulidade, o que forçou o contribuinte a confessar o débito e pedir parcelamento diante da necessidade premente de obtenção de certidão negativa. 4. Situação em que o vício contido nos autos de infração (erro de fato) foi transportado para a confissão de débitos feita por ocasião do pedido de parcelamento, ocasionando a invalidade da confissão.* ***5. A confissão da dívida não inibe o questionamento judicial da obrigação tributária, no que se refere aos seus aspectos jurídicos. Quanto aos aspectos fáticos sobre os quais incide a norma tributária, a regra é que não se pode rever judicialmente a confissão de dívida efetuada com o escopo de obter parcelamento de débitos tributários. No entanto, como na situação presente, a matéria de fato constante de confissão de dívida pode ser invalidada quando ocorre defeito causador de nulidade do ato jurídico (v.g. erro, dolo, simulação e fraude).*** *Precedentes: REsp. n. 927.097/RS, Primeira Turma, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, julgado em 8.5.2007; REsp 948.094/PE, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, julgado em 06/09/2007; REsp 947.233/RJ, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 23/06/2009; REsp 1.074.186/RS, Rel. Min. Denise Arruda, Primeira Turma, julgado em 17/11/2009; REsp*

Acesso ao Sumário

1.065.940/SP, Rel. Min. Francisco Falcão, Primeira Turma, julgado em 18/09/2008. 6. Divirjo do relator para negar provimento ao recurso especial. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C, do CPC, e da Resolução STJ n. 8/2008. (REsp 1133027/SP, Rel. Ministro LUIZ FUX, Rel. p/ Acórdão Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 13/10/2010, DJe 16/03/2011)

Respeitado o entendimento Juízo "a quo", manifestado quando do r. despacho saneador nos presentes autos, tem-se que o v. acórdão supracitado, proferido pelo Colendo STJ, não se presta a ensejar a possibilidade de rediscussão do crédito tributário, no caso ora em exame, como pretende a autora.

Com efeito, no bojo daquele julgado proferido pelo STJ, sedimentou-se entendimento de que a confissão da dívida, por meio do parcelamento do débito, não inibe o questionamento judicial da obrigação tributária, no que se refere aos seus aspectos jurídicos, mas "***Quanto aos aspectos fáticos sobre os quais incide a norma tributária, a regra é que não se pode rever judicialmente a confissão de dívida efetuada com o escopo de obter parcelamento de débitos tributários***".

O V. acórdão proferido pelo Colendo STJ, acima indicado, com caráter de repetitivo, faz a ressalva de que **naquele caso concreto objeto do recurso REsp. 113.027/SP, *"a matéria de fato constante de confissão de dívida pode ser invalidada quando ocorre defeito causador de nulidade do ato jurídico (v.g. erro, dolo, simulação e fraude)".***

Ora, a situação fática do julgado proferido pelo Colendo STJ e acima transcrito é muito diversa da do caso concreto.

Com efeito, no julgado prolatado pelo STJ, houve discussão sobre vícios de erro, dolo, simulação ou fraude em ato fiscalizatório, ou seja, discutiu-se, naquele julgado, a **higidez de Auto de Infração.**

No caso ora em exame trata-se de realidade completamente distinta, eis que a discussão gira em torno de ICMS **declarado (pelo próprio contribuinte) e não pago**, sendo que o equívoco se originou por **erro do próprio contribuinte** quando da emissão das GIAs, o que a empresa autora admite desde sua petição inicial.

Ora, a empresa recorrente, **mesmo ciente do erro na emissão, por ela própria, das guias, aderiu espontaneamente ao parcelamento do débito ora impugnado, em 27.08.2014 (fls. 402),** sendo que esta data é **anterior** ao ajuizamento da presente ação, que se deu em 01.10.2014 (conforme consta do sistema SAJ).

Deve, assim, a empresa autora arcar com as consequências jurídicas de sua opção de adesão ao PEP, dentre elas a confissão irretratável do débito e a renúncia a qualquer defesa em relação ao débito.

Destarte, em momento posterior à adesão ao plano de parcelamento, não

cabe à autora da demanda (ora apelante) tentar desfazer, com os argumentos que apresentou, o negócio jurídico validamente realizado. Tal situação representaria verdadeiro "***venire contra factum proprium***", que é vedado em nosso ordenamento jurídico.

A confissão irretratável e irrevogável do débito, assim como a expressa renúncia a qualquer defesa ou recurso administrativo e judicial por parte da apelante ao formalizar o Termo de Aceite ao PEP afastam sua pretensão de discussão sobre os débitos fiscais de ICMS declarados e não pagos referentes ao fornecimento de alimentos nos meses de janeiro a outubro de 2013.

Considerando que os efeitos da adesão ao PEP constitui matéria prejudicial e está sendo acolhida, as demais questões postas em debate pela recorrente não merecem ser analisadas.

No mais, mantida a r. sentença também quanto à condenação em honorários advocatícios, eis que fixados em patamar razoável, condizente com a complexidade da causa e com a necessidade de remunerar condignamente o profissional do direito.

Saliento, por fim, que os honorários devem ser fixados com base nas regras previstas no CPC/1973, tendo em vista que a r. sentença foi proferida e publicada na vigência daquela Lei e porque este recurso visa rever a jurisdição prestada em primeiro grau, não sendo, assim, possível aplicar os novos critérios de fixação de verba honorária do novo CPC, que não estavam em vigor na época da prolação da sentença.

A sentença é ato processual que deve ser levado em conta, como regra, para a definição e delimitação da condenação em verba honorária (art. 20 do CPC/1973 e art. 85 do CPC/2015).

Os honorários advocatícios constituem direito material e apenas sua fixação, quando devidos em virtude de sucumbência, são fixados em virtude de regra processual. Não é possível a retroatividade da norma processual para se aplicar ato processual praticado e situação jurídica consolidada sob a vigência da legislação anterior (Código de 1973). Aliás, é o que deflui do art. 14, do CPC/2015.

Acesso ao Sumário

Ademais, tal entendimento se encontra conforme ao esposado pelo Colendo STJ no Enunciado administrativo n. 7: "*somente nos recursos interpostos contra decisão publicada a partir de 18 de março de 2016, será possível o arbitramento de honorários sucumbenciais recursais, na forma do art. 85, parágrafo 11, do novo CPC*".

Por último, em relação ao prequestionamento, basta que as questões tenham sido enfrentadas e solucionadas no voto, como ocorreu, pois "*desnecessária a citação numérica dos dispositivos legais*" (STJ EDCL. No RMS 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 na fase recursal.

Diante do exposto, pelo meu voto, **NEGO PROVIMENTO** ao recurso, mantendo-se o resultado da r. sentença, embora pelos fundamentos diversos aqui expressos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1118389-93.2015.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante MARIO PAULO DESTRI DE CASTRO LOBO, é apelado PRESIDENTE DO CENTRO DE ARBITRAGEM E MEDIAÇÃO DA CÂMARA DE COMÉRCIO BRASIL - CANADÁ E ÁRBITROS DO PROC. Nº 60/2014/SEC.5.

ACORDAM, em 8ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 10.654)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores CRISTINA COTROFE (Presidente) e LEONEL COSTA.

São Paulo, 6 de abril de 2016.

RONALDO ANDRADE, Relator

Ementa: Apelação cível. Mandado de segurança impetrado contra atos praticados por árbitros do Centro de Arbitragem e Mediação da Câmara de Comércio Brasil - Canadá. Inadequação da via eleita. Atos apontados pelo impetrante que não foram emanados de autoridade pública. Pontue-se, em que pese o escopo e área de atuação, que as cortes arbitrais, seus agentes e respectiva estrutura, não se confundem com o conceito público de autoridade trazido pela *mens legis* da norma especial regente do rito mandamental, Lei 12.016/09. Tampouco, há de ser olvidado que o controle das decisões arbitrais pelo judiciário se dá, em regra, apenas *a posteriori* e por vias outras, que não a mandamental, como por exemplo, em sede de demandas anulatórias, em juízo de cognição menos estreito. Desse modo, em que pese a possibilidade do

Acesso ao Sumário

judiciário controlar legitimamente o procedimento arbitral, este controle não deve ser levado a efeito pela via do mandado de segurança, pois as cortes arbitrais e respectivos árbitros e membros não têm, como já asseverado, status de autoridade pública, não sendo ainda delegatários dos poderes próprios do Estado. Ao revés, entidades privadas eleitas *sponte propria* pelos interessados para a solução de controvérsias. Sentença mantida. Apelo não provido.

VOTO

Trata-se de recurso de apelação interposto em face da r. sentença de fls. 208/209, proferida nos autos de mandado de segurança impetrado por Mario Paulo Destri de Castro Lobo contra atos praticados no Centro de Arbitragem e Mediação da Câmara de Comércio Brasil-Canadá, insurgindo-se, de modo especial, contra os efeitos das ordens processuais 05 e 09 (proferidas em sede de disputa relativa a cláusulas de não concorrência e o prazo de validade destas) com o fito de restaurar sua livre atuação profissional e negocial no ramo de ar condicionado, na forma que lhe aprouver, sem o estabelecimento de óbices tendentes a mitigar ou impedir o livre exercício deste direito.

Referida sentença, de relatório adotado, extinguiu o processo, sem resolução do mérito, com fundamento no artigo 267, inciso VI, do Código de Processo Civil, condenando o impetrante ao pagamento das custas processuais em aberto.

Assentando o juízo, na oportunidade, a inadequação da via eleita tendo- se em conta a natureza da relação jurídica discutida nos autos e a própria condição da impetrada.

Insatisfeito com o resultado do julgado apela o impetrante pugnando por sua integral reforma.

Suas razões recursais estão acostadas, às fls. 212/232.

Nestas, sustenta a juridicidade de seus pleitos reiterando os termos dispostos em sua peça inauguratória, defendendo a necessidade de reforma da sentença para que então seja apreciado e julgado o *meritum causae*, destacando, a esse propósito, o preceito insculpido no artigo 5º, XXXV da Constituição Federal: "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário, lesão ou ameaça a direito".

Sob esse enfoque, pontua, nos termos dos artigos 5º, LXIX da Constituição Federal e 6º, § 3º da Lei 12.016/09 (Lei do Mandado de Segurança) que decisões proferidas por Tribunal Arbitral têm natureza jurisdicional similar a dos órgãos integrantes do Poder Judiciário, podendo, pois, configurar ato coator passível de

reparos pela via mandamental.

Assevera, pois, que o Tribunal Arbitral e seus integrantes, no exercício de função típica do Poder Público, embora não façam parte da estrutura do aparato estatal, exercem, de fato, função pública por proferirem decisões e sentenças com os mesmos efeitos que àquelas proferidas por magistrados togados, consoante o disposto no artigo 31, da Lei 9.307/96.

O apelo não recebeu resposta, pois, ainda não aperfeiçoada a relação processual.

É o relatório.

Bem aplicado o direito, na espécie, a sentença não comporta reforma. Com efeito, a Lei do Mandado de Segurança, Lei 12.016/09 preceitua em seu dispositivo 1º, o que segue:

> Art. 1º Conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por **habeas corpus** ou **habeas data**, sempre que, ilegalmente ou com abuso de poder, qualquer pessoa física ou jurídica sofrer violação ou houver justo receio de sofrê-la por parte de autoridade, seja de que categoria for e sejam quais forem as funções que exerça.
>
> § 1º Equiparam-se às autoridades, para os efeitos desta Lei, os representantes ou órgãos de partidos políticos e os administradores de entidades autárquicas, bem como os dirigentes de pessoas jurídicas ou as pessoas naturais no exercício de atribuições do poder público, somente no que disser respeito a essas atribuições.
>
> § 2º Não cabe mandado de segurança contra os atos de gestão comercial praticados pelos administradores de empresas públicas, de sociedade de economia mista e de concessionárias de serviço público.
>
> § 3º Quando o direito ameaçado ou violado couber a várias pessoas, qualquer delas poderá requerer o mandado de segurança.

Nesta senda, verifica-se, de fato, nos termos do regramento acima transcrito, a inadequação da via eleita, vez que inexistente, na hipótese, o chamado "ato de autoridade" a justificar o manejo do remédio constitucional mandamental.

Sob esse enfoque, o mestre Hely Lopes Meirelles assenta que ato de autoridade é toda manifestação ou omissão do Poder Público ou de seus delegados, no desempenho de suas funções ou a pretexto de exercê-las, entendendo-se, por autoridade a pessoa física investida de poder de decisão dentro da esfera de competência que lhe é atribuída pela norma legal.

A Carta Constitucional também é clara em seu art. 5º, LXIX, ao estabelecer o que segue: "conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por habeas corpus ou habeas data, **quando o responsável**

Acesso ao Sumário

pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público".

No caso em análise, não obstante, os argumentos lançados na peça recursal, os atos apontados pelo impetrante não foram emanados de autoridade pública.

Nem se desconsidere em que pese o escopo e área de atuação das cortes arbitrais, que seus agentes e respectiva estrutura não se confundem com o conceito público de autoridade trazido pela *mens legis* da norma especial regente do rito mandamental, Lei 12.016/09.

Tampouco, há de ser olvidado que o controle das decisões arbitrais pelo judiciário se dá, em regra, apenas *a posteriori* e por vias outras, que não a mandamental, como por exemplo, em sede de demandas anulatórias, em juízo de cognição menos estreito.

Desse modo, em que pese a possibilidade do judiciário controlar legitimamente o procedimento arbitral, este controle não deve ser levado a efeito pela via do mandado de segurança, pois as cortes arbitrais e respectivos árbitros e membros não têm, como já asseverado, status de autoridade pública, não sendo ainda delegatários dos poderes próprios do Estado. Ao revés, entidades privadas eleitas *sponte propria* pelos interessados para a solução de controvérsias.

Consideram-se prequestionados, para fins de possibilitar a interposição de recurso especial e extraordinário, todos os dispositivos de lei federal e normas da Constituição Federal mencionadas pelas partes.

Ante os fundamentos expostos, pelo meu voto nego provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0045189-12.2010.8.26.0564, da Comarca de São Bernardo do Campo, em que são apelantes CRISTINE FERREIRA DE ARAUJO (JUSTIÇA GRATUITA) e MATHEUS DE ARAUJO SANTANA, são apelados PREFEITURA MUNICIPAL DE SÃO BERNARDO DO CAMPO, AIRTON GOMES e FUNDAÇÃO DO ABC HOSPITAL MUNICIPAL DE SÃO BERNARDO DO CAMPO.

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 da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 18.818)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores MARIA LAURA

Acesso ao Sumário

TAVARES (Presidente), FERMINO MAGNANI FILHO e FRANCISCO BIANCO.

São Paulo, 17 de abril de 2016.

MARIA LAURA TAVARES, Relatora

Ementa: APELAÇÃO CÍVEL – Responsabilidade Civil – Erro médico – Obrigação de meio – Atuação culposa não demonstrada – Ausência de nexo causal – Recurso de apelação dos autores desprovido.

VOTO

Trata-se de ação de indenização proposta por CRISTIANE FERREIRA DE ARAUJO e MATHEUS DE ARAUJO SANTANA, com a alegação de que, em razão da demora na realização do parto, o autor Matheus apresenta paralisia cerebral com tetraparesia espástica, de forma que atualmente não fala, não sustenta a cabeça, não se senta, não controla os esfíncteres, apresenta dificuldade à deglutição e refluxo gastro-esofágico, sendo alimentado por gastrostomia. Pedem indenização pelos danos morais, estéticos e materiais que suportaram, incluindo pensão vitalícia.

A r. sentença de fls. 558/561, cujo relatório é adotado, julgou improcedente o pedido, com o entendimento de que o laudo pericial ressaltou que o atendimento prestado pela equipe de neonatologia atendeu aos preceitos da prática médica e que a conduta obstétrica seguiu a prática usual. Condenou os autores ao pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios, estes fixados em R$1.000,00, observada a gratuidade concedida.

Os autores apresentaram recurso de apelação a fls. 567/579 alegando, em síntese, que a perita judicial não teve acesso aos exames iniciais de pré-natal da mãe e nem da criança, anexos à inicial, e que ela não conseguiu diagnosticar a origem das sequelas suportadas por Matheus. Dizem que os requeridos devem ser condenados ao pagamento de indenização com base na responsabilidade objetiva, pelos danos decorrentes da falha na prestação do serviço.

Recurso bem respondido (fls. 588/590, 591/597 e 604/607).

A D. Procuradoria Geral de Justiça manifestou-se a fls. 615/623, pela conversão do julgamento em diligência.

É o relatório.

Os autores pretendem ser indenizados pelos danos que teriam suportado em razão de deficiente atendimento médico que teriam recebido no Hospital Municipal Universitário de São Bernardo do Campo quando do nascimento de Matheus. Dizem que Matheus sofre de paralisia cerebral com tetraparesia

Acesso ao Sumário

espástica em razão da demora na realização do parto, de forma que atualmente ele não fala, não sustenta a cabeça, não se senta, não controla os esfíncteres, apresenta dificuldade à deglutição e refluxo gastro-esofágico, sendo alimentado por gastrostomia.

Em que pesem os argumentos dos autores, seu recurso não pode ser provido.

A obrigação do atendimento médico é obrigação de meio e não de resultado, e para ser configurar erro médico ou conduta culposa do profissional que atende o paciente é necessário que se demonstre que o médico não fez uso dos melhores procedimento e técnicas conhecidas.

Assim, se faz necessário que, para a responsabilização por erro médico, reste demonstrada a má prestação do serviço.

Este é o entendimento de Yussef Said Cahali *in* "Responsabilidade Civil do Estado" ao analisar a questão envolvendo danos decorrentes do serviço médico:

> ***"Em resumo, confrontadas todas essas manifestações, ainda que aparentemente conflitantes, permite-se reconhecer que, mesmo sob o pálio da responsabilidade objetiva da regra constitucional, somente deve ser afirmada se configurada a falha ou deficiência na prestação do serviço médico-hospitalar, posto como dever jurídico estatal e identificado como causa do evento danoso reclamado pela vítima ou seus dependentes, a simples lesão incapacitante ou a morte do paciente inserem-se no risco natural do tratamento médico, ainda que prestado por agente do Estado, pois também aqui a recuperação do doente ou lesado não deixa de representar uma obrigação de meio e não de resultado; o que se pode admitir, em sede de responsabilidade civil da entidade estatal, é apenas uma presunção de que o agravamento da moléstia ou o perecimento do paciente tenham tido a sua causa na deficiência, precariedade ou omissão do serviço médico-assistencial prestado pelo hospital, a se permitir a contraprova de uma alegada excludente da causa pretendida, no sentido da demonstração de que o dever jurídico do Estado foi razoavelmente cumprido através da prestação de um serviço adequado e compatível, em outros termos, no sentido de que o evento danoso não encontra a sua causa numa pretensa falta de serviço público; a esta causa excludente de responsabilidade acrescentam-se as excludentes do caso fortuito ou da força maior, do fato inimputável ao próprio paciente ou a terceiros"*** **(Editora Revista dos Tribunais, 3ª edição, pág. 250/251).**

Neste sentido, é a posição do Egrégio Superior Tribunal de Justiça, de onde podemos destacar:

Acesso ao Sumário

"RECURSO ESPECIAL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO – DANOS MORAIS – ERRO MÉDICO – MORTE DE PACIENTE DECORRENTE DE COMPLICAÇÃO CIRÚRGICA – OBRIGAÇÃO DE MEIO – ACÓRDÃO RECORRIDO CONCLUSIVO NO SENTIDO DA AUSÊNCIA DE CULPA E DE NEXO DE CAUSALIDADE – FUNDAMENTO SUFICIENTE PARA AFASTAR A CONDENAÇÃO DO PROFISSIONAL DA SAÚDE – TEORIA DA PERDA DA CHANCE – APLICAÇÃO NOS CASOS DE PROBABILIDADE DE DANO REAL, ATUAL E CERTO, INOCORRENTE NO CASO DOS AUTOS, PAUTADO EM MERO JUÍZO DE POSSIBILIDADE – RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

I – A relação entre médico e paciente é contratual e encerra, de modo geral (salvo cirurgias plásticas embelezadoras), obrigação de meio, sendo imprescindível para a responsabilização do referido profissional a demonstração de culpa e de nexo de causalidade entre a sua conduta e o dano causado, tratando-se de responsabilidade subjetiva;

***II – O Tribunal de origem reconheceu a inexistência de culpa e de nexo de causalidade entre a conduta do médico e a morte da paciente, o que constitui fundamento suficiente para o afastamento da condenação do profissional da saúde."* (REsp 1104655/RS – 3ª Turma – Relator: Ministro Massami Uyeda – j. 9.6.2009).**

No caso dos autos não há como caracterizar conduta culposa a gerar qualquer obrigação de indenização.

Não há nos autos qualquer prova de que o atendimento médico realizado foi defeituoso e o laudo pericial não apontou qualquer falha no serviço a autorizar a responsabilização da requerida.

O laudo pericial de fls. 434/441 concluiu que "*a conduta obstétrica seguiu a prática usual e as condições do RN decorreram do parto e não da assistência*" (fl. 437) e que "*a assistência ao parto seguiu a prática usual*" (fls. 438). Ao responder aos quesitos formulados pelas partes, o perito judicial confirmou que não houve má prestação do serviço:

Quesito 8 dos autores – É possível o Senhor perito explicar se as sequelas, do qual é portador o examinando, ocorreram devido à demora no parto? (fl. 409)

Resposta: Não houve demora no parto (fl. 438)

(...)

Quesito 14 dos autores – Durante o parto, a mãe do examinando, passou por várias tentativas: primeiro optaram pelo parto normal, que não se realizou; na segunda parto fórcipe, também, não foi possível, só em terceiro momento realizaram cesariana. É possível

Acesso ao Sumário

afirmar que houve falhas no atendimento durante o parto? (fl. 409)

Resposta: Não e o laudo pericial abordou a questão (fl. 438)

O artigo 333, inciso I, do Código de Processo Civil de 1973 e o artigo 373, inciso I, do Código de Processo Civil de 2015 impõem ao autor o ônus de provar o fato constitutivo do seu direito, e não fazendo ele a prova da alegada omissão na prestação do serviço de saúde, outro caminho não resta senão o da improcedência da ação.

Dessa forma, incabível o reconhecimento de dever de indenizar dos réus, devendo ser mantida a r. sentença, que deu a melhor solução ao caso.

Pelo exposto, pelo meu voto, nego provimento ao recurso dos autores.

Eventuais recursos que sejam apresentados deste julgado estarão sujeitos a julgamento virtual. No caso de discordância esta deverá ser apresentada no momento da apresentação de referidos recursos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1027985-40.2015.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que é apelante ANGELO MIGUEL DA SILVA PEREIRA (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado DIRETOR DE PESSOAL DA POLÍCIA MILITAR DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 13ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U. Sustentou oralmente o advogado CARLOS CAMPANARI.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 6.864)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores RICARDO ANAFE (Presidente sem voto), FLORA MARIA NESI TOSSI SILVA e FERRAZ DE ARRUDA.

São Paulo, 27 de abril de 2016.

SOUZA MEIRELLES, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: Apelação – Mandado de Segurança – Policial militar que ingressou no Curso de Formação de Oficiais em fevereiro/2012 e que, em julho/2015, teve a posse revogada ante o reconhecimento do cometimento de ato infracional grave no biênio anterior ao concurso público – Pleito de declaração de nulidade de ato administrativo que culminou na revogação da posse, com a consectária recondução

do impetrante ao Curso de Formação – Sentença denegatória da ordem – Inconformismo – Mantença do julgado de origem – Decisão que garantiu o ingresso do impetrante revestida de caráter precário e revogada por sentença de mérito na Justiça Militar – Cometimento do ato infracional impediente da posse – Recurso desprovido.

VOTO

Apelação manejada por **Angelo Miguel da Silva Pereira** nos autos de mandado de segurança, os quais tramitaram perante a 14ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de São Paulo, cuja ordem foi **denegada**, não reconhecendo o direito do impetrante a ser reconduzido e a frequentar regularmente o Curso de Bacharelado em Ciências Policiais de Segurança e Ordem Pública da Academia de Polícia Militar do Barro Branco.

Vindica o impetrante a desconstituição da r. sentença, alegando, em síntese: (i) a ausência de trânsito em julgado da sentença denegatória da ordem do mandado de segurança que discute a validade da penalidade que lhe foi imposta; (ii) a impossibilidade de o desligamento do apelante se dar com base em mero parecer, sem aprovação do Comandante Geral, o que teria dado azo a Portaria de revogação do ato da posse; (iii) que a revogação não atende ao interesse público; (iv) a expiração do prazo de validade do concurso em **20.2.2015**; (v) a ausência de procedimento administrativo para proceder à revogação do ato da posse no CFO; e (vi) que os efeitos da punição operam a partir de sua publicação (**art. 39** da **Lei Complementar Estadual nº 893/2001**), ocorrida em **3.9.2013**, razão pela qual quando do ato da posse (**5.2.2013**), não havia qualquer penalidade que impedisse o impetrante de ingressar no Curso de Formação, sendo plenamente atendidas as exigências editalícias.

Recurso tempestivo, bem processado e contrariado às fls. 552/556.

Tal, em abreviado, o relatório.

Conforme se dessume dos autos, o impetrante foi admitido na Polícia Militar do Estado de São Paulo em **19.1.2004**, tendo sido promovido a Cabo PM em **15.12.2008** e a 3º Sargento PM em **12.3.2010**.

Em 15.3.2012, o apelante "*ao tentar realizar abordagem a um civil que empreendeu fuga da viatura em que se encontrava como encarregado juntamente com o seu motorista Sd PM Batalha, deixando-a momentaneamente desguarnecida, dando azo para que um outro civil tivesse acesso ao interior da viatura, onde estava acondicionada sobre o assoalho a metralhadora FAMAE, a qual se encontrava sob sua guarda, subtraindo-a juntamente com seu carregador municiado com 30 cartuchos*" (fls. 55).

Acesso ao Sumário

Em vista disso, após o regular transcurso de procedimento administrativo, considerou-se a conduta do impetrante como transgressão disciplinar de natureza grave e aplicou-se punição de 1 (um) dia de permanência disciplinar, consoante publicado no dia **29.10.2012** em Boletim Interno da Polícia Militar.

Nesse contexto, o recorrente impetrou, em **29.11.2012**, mandado de segurança perante a Justiça Militar, objetivando a invalidação da penalidade, obtendo decisão liminar em agravo de instrumento no dia **28.1.2013** para que a punição fosse retirada de seus assentamentos.

Em paralelo a tais acontecimentos, o impetrante participava de concurso público visando a admissão ao cargo de Aluno Oficial no Bacharelado em Ciências Policiais de Segurança e Ordem Pública (Curso de Formação de Oficiais da Polícia Militar do Estado de São Paulo), de tal sorte que, após aprovação, foi empossado em **5.2.2013**.

O ato da posse se deu por conta da liminar obtida no sobredito mandado de segurança, visto que o instrumento editalício, no **Capítulo II, item 1.6**, estabelecia como requisito para ingresso "*estar enquadrado pelo menos no comportamento disciplinar "BOM", se Praça da Polícia Militar, **e não ter cometido, nos 2 (dois) últimos anos, transgressão disciplinar classificada como grave***" (fls. 167 - grifamos).

No entanto, em **21.3.2013**, foi proferida sentença denegatória da ordem (ainda não transitada em julgado, pois se aguarda o julgamento de recursos não dotados de efeito suspensivo nos Tribunais Superiores) **no mandado de segurança impetrado em face da Justiça Militar, razão pela qual foi revogada a liminar que afastava a penalidade aplicada em desfavor do apelante**[1].

Como consectário lógico, a punição do impetrante foi novamente publicada em **3.9.2013**, de tal maneira que, após reprovável período de inércia da Administração, o ato da posse deste no Curso de Formação de Oficiais foi revogado em **14.7.2015**, por meio da **Portaria nº DP-153/311/15** (fls. 243).

Diante de tal cenário, o impetrante ajuizou o presente mandado de segurança visando "*a decretação de **NULIDADE da Portaria nº DP-159/13/15**, e, nesse sentido, A **DECRETAÇÃO** DE QUE O IMPETRANTE CUMPRIU, NA ÍNTEGRA, OS TERMOS DO EDITAL Nº DP-2/321/12, E, COMO CONSEQUÊNCIA, A SUA RECONDUÇÃO E CONTINUIDADE A FREQUENTAR E CONCLUIR O CURSO DE BACHARELADO EM CIÊNCIAS POLICIAIS DE SEGURANÇA E ORDEM PÚBLICA (CURSO DE FORMAÇÃO*

Acesso ao Sumário

1 Nesse sentido, a doutrina de **HELY LOPES MEIRELLES**: "*O mandado de segurança tem rito próprio e suas decisões são sempre de natureza mandamental, que repele o efeito suspensivo e protelatório de qualquer de seus recursos. Assim sendo, cumprem-se imediatamente tanto a liminar como a sentença ou o acórdão concessivo da segurança, diante da só notificação do juiz prolator da decisão, independentemente de caução ou de carta de sentença, ainda que haja apelação ou recurso extraordinário pendente*." (*in* Mandado de Segurança, 30ª ed., São Paulo: Malheiros, 2007, p. 105).

DE OFICIAIS – CFO) NA ACADEMIA DE POLÍCIA MILITAR DO BARRO BRANCO" (fls. 46/47 – grifos originais).

Em primeiro grau, o magistrado denegou a segurança, o que ensejou a interposição do apelo que ora se passa a apreciar.

Em que pese às razões recursais do impetrante, a apelação não comporta provimento.

Com efeito, não se pode deixar de reverenciar a **brilhante sentença prolatada pelo MM. Juiz Randolfo Ferraz de Campos**, que trouxe com extrema minúcia e notável esmero as razões da denegação da ordem.

Desta feita, em prestígio ao áureo julgado prolatado na origem, seus fundamentos são ora ratificados, nos termos do **art. 252 do Regimento Interno deste E. Tribunal**, até mesmo porque a questão foi totalmente exaurida:

*"Como se constata, a **punição** imposta ao impetrante apenas foi **retirada** de seus assentamentos em virtude da concessão de liminar em sede de julgamento de agravo de instrumento (tanto pelo efeito que se lhe deu como pelo seu provimento), ou seja, era tal exclusão meramente **temporária** e **precária**, podendo vir a ser restabelecida a inscrição da falta disciplinar posteriormente.*

*Inclusive, o D. Relator do agravo de instrumento explicitou que o efeito suspensivo ativo apenas subsistiria **até a prolação da sentença no processo de mandado de segurança**.*

A posse do impetrante, assim, apenas foi viabilizada em função da decisão proferida em sede de agravo de instrumento, daí que não se pode dizer que tal gerou-lhe direito adquirido ou algo que o valha, pois tinha ela caráter meramente precário e, como tal, temporário, o qual somente se tornaria permanente e não limitado temporalmente se fosse concedida a ordem.

Pela mesma razão, não prospera o argumento do impetrante de que, em fevereiro de 2013, não ostentava ele qualquer punição disciplinar, daí que cumpria as condições do edital.

Isto porque apenas estavam suspensos os efeitos de referida punição àquela época, ou seja, não havia ela sido anulada, desfeita, desconstituída, expungida do universo jurídico, pena de ficar caracterizada esdrúxula situação (ato jurídico eliminado do mundo jurídico à base de decisão provisória e precária que era fundada em cognição sumária).

Do contrário, o efeito ativo dado ao agravo de instrumento (e seu provimento em momento posterior) teria o condão de superar a própria análise do mérito do mandamus, o que, por óbvio, não faz o menor sentido.

*A punição, portanto, **existia**, mas estava com os efeitos **suspensos** precária e temporariamente por decisão proferida em sede de agravo de instrumento.*

E mais: o edital não fala em punição por transgressão disciplinar grave ocorrida até dois anos antes para impedir o ingresso no curso objeto do certame, ***mas fala em cometimento da infração*** *tout court.*

Acesso ao Sumário

Por evidente, resta a presunção de não culpabilidade e a apuração respectiva com edição, se e após serem assegurados contraditório e ampla defesa, da punição pertinente.

Ocorre que, no caso, a infração ocorreu e dentro do prazo de dois anos previsto no edital do certame.

Além disso, não se olvide o item n. 2 do Capítulo II do edital a determinar que "os requisitos para ingresso, descritos nos subitens anteriores deverão ser comprovados, mediante entrega dos respectivos documentos necessários, na etapa do Concurso Público referente à análise de documentos e títulos, sendo que os requisitos previstos nos subitens 1.1 a ***1.6. tomarão por base a data de posse prevista para 05 de fevereiro de 2013****".*

Ora, em 5 de fevereiro de 2013, ***já havia não só transgressão ocorrida até dois anos (a data do fato é 15 de março de 2012) como também a própria punição*** *(esta, publicada no Boletim Interno Reservado nº CPI4-148/12, de* ***29 de outubro de 2012****).*

Ainda que tal publicação tenha sido tornada sem efeito ante o efeito dado ao agravo (e respectivo julgamento de provimento) pela Justiça Militar bandeirante, tal ocorreu precariamente e não é porque se a renovou somente depois de fevereiro de 2013, ante a perda de eficácia daquele efeito (porque houve sentença a denegar a ordem), que se há ignorá-la, até porque neste ponto guarda relevância a Súm. 405/STF quanto a retroagir a denegação da ordem (e retroagiu para restabelecer a punição feita antes de fevereiro de 2013, publicada em 2012 e renovada – a publicação e não a punição – em setembro de 2013).

Neste sentido, por assaz pertinente, mister é colacionar precedente do seguinte teor:

> *"PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. IMPOSTO DE IMPORTAÇÃO. DIFERENCIAL DE ALÍQUOTA. ATRASO NO PAGAMENTO AO ABRIGO DE DECISÃO JUDICIAL. POSTERIOR CASSAÇÃO. EFEITOS. MULTA. LANÇAMENTO DE OFÍCIO. 1. Mandado de segurança para assegurar a manutenção da alíquota do imposto de importação de veículo novo procedente dos Estados Unidos, vigente ao tempo do ingresso da mercadoria no País. Medida liminar concedida, com o pagamento do imposto de importação à alíquota de 32%. Posteriormente, proferida sentença denegatória da segurança, sendo então lavrado auto de infração referente à diferença devida de imposto de importação, além da multa de ofício. A recorrente recolheu apenas o valor do principal e dos juros moratórios, deixando de pagar a multa, motivo pelo qual ajuizou embargos à execução objetivando afastar a sua incidência ante a sua suposta ilegalidade. 2.* ***É cediço na jurisprudência que o provimento liminar, seja em sede de Mandado de Segurança, seja por via de antecipação de tutela, decorre sempre de um juízo provisório, passível de alteração a qualquer tempo, quer pelo próprio juiz prolator da decisão, sujeita à sua cassação****, devendo*

Acesso ao Sumário

*arcar com os consectários decorrentes do atraso ocasionado pelo deferimento da medida. **Isto porque a denegação final opera efeitos 'ex tunc'** (Precedentes: (RESP 132.616/RS, DJ 26/03/2001; RESP 205.301/SP, Rel. Min. Eliana Calmon, DJ 09/10/00;RESP 7.725/SP, Rel. Min. Milton Luiz Pereira, DJ 27/06/94) 3. **Deveras, a doutrina não discrepa do referido entendimento. Assim é que a sentença que nega a segurança é de caráter declaratório negativo, cujo efeito, como é cediço, retroage à data da impetração. Assim, se da liminar que suspendeu a exigibilidade do crédito tributário decorreu algum efeito, com o advento da sentença denegatória não mais subsiste. Nessa vereda, pontifica Hely Lopes Meirelles, com a acuidade que o notabilizou, que 'uma vez cassada a liminar ou cessada sua eficácia, voltam as coisas ao statu quo ante. Assim sendo, o direito do Poder Público fica restabelecido 'in totum' para a execução do ato e de seus consectários, desde a data da liminar.' (cf. Mandado de Segurança, Ação Popular, Ação Civil Pública, Mandado de Injunção, Habeas Data, 16ª edição atualizada por Arnoldo Wald, Malheiros Editores, p. 62). O escólio de Lucia Valle Figueiredo segue esse caminho ao dilucidar que 'revogada a liminar, ou melhor dizendo, cassada, uma vez que revogação, quer na teoria geral do direito, quer no direito administrativo, tem sentido absolutamente diferenciado, ou, então, absorvida por sentença denegatória, volta-se ao 'statu quo ante'. É dizer, o ato administrativo revigora, recobra sua eficácia, como se nunca tivesse perdido'** (cf. Mandado de Segurança, 3ª edição, Malheiros Editores, p. 151)" (RESP 132.616/RS, Rel. Min. Franciulli Netto, DJ 26/03/2001)" (STJ, REsp 642.281/PR, 1ª T., Rel. Min. Luiz Fux, v.u., j. 26.10.04, DJ 29.11.04, pág. 257; grifamos).*

Ou seja, "denegado o mandado de segurança pela sentença, fica sem efeito a liminar concedida, retroagindo os efeitos da decisão contrária (Súmula n. 405/STF). O mesmo ocorre quando a sentença concessiva da segurança é reformada em grau de apelação. Precedentes" (STJ, AgRg no RMS 23.464/RS, Rel. Min. Jorge Mussi, v.u., j. 21.6.11, DJe 1º.8.11).

*Enfim, se foi o impetrante punido depois de lançado o edital, punição esta publicada até mesmo em data anterior a fevereiro de 2013, publicação esta que se renovou (porque foi a ordem denegada, ruindo o efeito dado ao agravo) em setembro de 2013 (mas por falta grave ocorrida até dois anos antes de fevereiro de 2013), mas veio tal punição a ficar suspensa, porém **precariamente**, voltando, contudo, a surtir efeito ante a denegação da ordem que, repita-se, fez ruir o efeito suspensivo dado àquela punição, a conclusão não pode ser outra senão a de que a regra editalícia **é que se não cumpriu**.*

Havia falta, havia punição, havia até publicação da punição e não só uma, mas duas, uma delas, inclusive, anterior e outra posterior a fevereiro de 2013.

Afinal, uma vez denegada a segurança no processo de mandado de segurança, deixou aquela decisão prolatada em sede recursal (quanto

Acesso ao Sumário

ao agravo) de produzir efeitos, razão pela qual os efeitos da punição foram restabelecidos ex tunc sem qualquer limitação, o que permitiu a revogação do ato de posse do impetrante.

E tal revogação se deu acertadamente, já que observou a sentença do mandamus além de ter sido fundamentada em parecer da Procuradoria do Estado (Parecer n. 293/2015; fls. 229/237).

Com efeito, proferido aquele parecer, publicada foi a Portaria n. DP 159/311/15, em 14 de julho de 2015, no Diário Oficial do Estado, revogando a posse e início de exercício do impetrante (fls. 243), ***sendo que é aquele ato de lavra do Comandante Geral da Polícia Militar, conforme se observa da página anterior do Diário (página 11).***

Isto é, ao contrário do que pretende fazer crer o impetrante, a revogação do ato não se deu por autoridade incompetente, mas pelo Comandante Geral da Polícia Militar.

Também não há se falar em violação ao contraditório e à ampla defesa, já que a Portaria tão somente revogou o ato de posse ***em cumprimento a decisão judicial, já que, na esfera administrativa, a falta disciplinar já havia sido discutida com pleno respeito ao contraditório e à ampla defesa (como, aliás, se ratificou em juízo, pois não logrou o impetrante vê-la invalidada no mandado de segurança que impetrou).***

E não se diga que, para respeitar o contraditório e a ampla defesa, tinha o impetrante de ser instado a falar em regular processo administrativo sobre a possibilidade ser desligado do curso para só depois dar-se a edição daquela Portaria n. DP – 159/311/15, ex vi do art. 5º, LV, da Magna Carta Federal, c.c. art. 49 da Diretriz de Ensino (D-5-PM), este c.c. art. 41, VI, do Decreto Estadual n. 54.911/09, porquanto:

(i) qualquer tema que poderia ser aventado em favor do impetrante para manter-se no curso por meio de outro processo administrativo acabou por ser aqui deduzido, restando até mesmo prejudicada a via administrativa;

*(**ii**) se houve ingresso do impetrante no curso é porque,* ***pelo agravo que interpôs contra a decisão de indeferimento de liminar no mandado de segurança****, ele mesmo deduziu a questão da inadmissibilidade daquele ingresso se e enquanto perdurasse a punição que sofrera (conforme se vê a fls. 67/72 e conforme restou expressamente decidido – fls. 85), ou seja, sabia plena e cabalmente ele que, quando viesse a cessar a liminar dada pelo julgamento dado ao agravo, cessaria também a possibilidade de continuar no curso, daí que não se há dizer que foi ofendido no direito ao contraditório e à ampla defesa; e*

*(**iii**) ao impetrante se asseguraram amplos meios e recursos para exercitar seu direito de questionar, administrativa e jurisdicionalmente, a punição sofrida e, por desdobramento, ingressar e manter-se no curso de que trata o certame aludido na ação, porém, quedando-se vencido, não lhe resta senão submeter-se ao que é corolário natural de tal aspecto – o desligamento do curso com o que mandar instaurar novo processo administrativo a pretexto de assegurar-lhe contraditório e ampla defesa quanto ao desligamento do curso seria redundante*

Acesso ao Sumário

e inútil.

Novo processo administrativo que somente faria sentido se o desligamento do curso pudesse estar a ocorrer por motivo até então jamais aventado, não debatido e nem decidido após ampla possibilidade de defender-se e recorrer-se.

Em suma, o desligamento do impetrante não ocorreu por fato apurado já no decorrer do curso em questão, fosse anterior a tal curso ou ocorrido durante ele, gerando apuração e punição de que nem pudera saber e defender-se, mas por aspecto ligado à própria admissão de ingresso do impetrante no curso, a qual se fez por força de reflexo de precaríssima decisão dada em sede de agravo, observado que, tanto para discutir a infração em si como para questionar em juízo a punição correlata, houve plena obediência ao contraditório e à ampla defesa e, portanto e como desdobramento, assim também ocorreu para saber da possibilidade de manter-se ou não no curso em questão.

É dizer: o impetrante sabia a todo tempo que, perdendo a ação mandamental, perderia o curso, porque a própria última etapa do certame seria para ele de resultado desfavorável (e não o tinha sido anteriormente por reflexo de decisão dada em caráter precaríssimo).

Sabia e defendeu-se, administrativa e judicialmente.

Sucumbiu, lá e cá.

Não tinha, pois, de ser admitido no curso e se o foi, tinha dele de ser desligado, nada mais havendo a discutir em termos de novo – e protelatório – processo administrativo.

De outro lado e quanto ao parecer n. 293/2015, suso referido, não cabe aqui tecer considerações acerca de ter o impetrante comportamento "bom", "excelente" ou "ótimo" junto à Corporação, já que tal juízo de valor apenas caberia em caso de se apreciar a punição imposta pela falta por ele cometida, o que não é o caso aqui, já que tal foi discutido em mandado de segurança outro. Assim, considerando que o parecer não encontra qualquer vício, não cabe aqui atacá-lo sob alegações pertinentes à aplicação da punição em si, pois essa questão já foi discutida e decidida em mandado de segurança próprio, o que gerou, por consequência, a conclusão de que não atende o impetrante as exigências do edital do concurso.

De mais a mais, ainda que tivesse o impetrando comportamento considerado "excelente" ou "ótimo" ao invés de simplesmente "bom", não poderia ele participar do certame, pois há transgressão disciplinar de natureza grave, inclusive objeto de punição, razão pela qual tal discussão é inócua, visto ser tal aspecto por si suficiente para não admitir a inscrição do impetrante no certame.

E inócuo também é travar discussão acerca do desempenho dele no curso em questão ou da conveniência para o interesse público da formação de novos Oficiais, pois tal não afasta a necessidade do cumprimento do quanto exigido no edital e, portanto e em última instância, a necessidade de aplicar simplesmente o princípio da legalidade estrita na atividade administrativa

Acesso ao Sumário

pública.

Neste passo, aliás, frise-se a absoluta ausência de fomento jurídico-legal no pretendido pelo impetrante, a meramente argumentar com um fato que deseja ter a qualquer custo por consumado, quando é sabido que "a participação do candidato no certame, por força de decisão precária, que resulta em sua aprovação, não induz à aplicação da teoria do fato consumado. Nesse caso, o candidato assume o risco da reversibilidade da decisão que lhe foi favorável. A respeito, dentre outros: AgRg no REsp 1018824/SE, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Quinta Turma, DJe 13/12/2010; MS 12.786/DF, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Terceira Seção, DJe 21/11/2008" (STJ, AgRg no REsp 1.214.953/MS, 1ª T., Rel. Min. Benedito Gonçalves, v.u., j. 19.3.13, DJe 25.3.13).

E, realmente, "esta Corte já pacificou o entendimento de que candidatos que acabam por participar das demais etapas do certame por força de decisões judiciais passíveis de reforma, não têm direito adquirido à nomeação definitiva, uma vez que não se pode perpetuar uma situação precária. Como cediço, o candidato continua na disputa por uma vaga, consciente de que sua situação ainda encontra-se pendente de julgamento, ou seja, com o iminente risco de reversão" (STJ, MS 19.498/DF, 1ª Seção, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, v.u., j. 27.5.15, DJe 3.6.15).

A Corporação da Polícia Militar, então, agiu de forma irrepreensível, dando fiel cumprimento a decisão judicial na medida em que, julgado o mérito do mandado de segurança, a liminar dada pelo efeito concedido ao agravo foi automaticamente revogada, voltando a produzir efeitos normalmente a punição aplicada de modo que não mais podia ser ignorada a transgressão disciplinar tida pelo edital como óbice à própria admissão do impetrante no curso.

Assim é que não houve revogação de ato de posse perfeito e acabado, mas sim de ato que foi praticado em observância a decisão judicial provisória, daí que era ele meramente precário e podia vir a ser revogado posteriormente.

Certo é que ainda não houve o trânsito em julgado no processo mandado de segurança. No entanto, isso é irrelevante quanto à questão de fundo, pois, denegada a ordem, inclusive em dois graus de jurisdição, cessou a eficácia da liminar e, ainda que tivesse subsistido ela até o julgamento da apelação, a partir de então não mais subsistiria, já que a decisão ali proferida é imediatamente eficaz, tendo em vista que os recursos interpostos aos tribunais superiores (especial e extraordinário) não são dotados de efeito suspensivo.

Desse modo, mesmo que pendentes de julgamento recursos aos tribunais superiores, por não terem eles efeitos suspensivo está a decisão proferida no mandamus a produzir efeitos, o que significa que a punição disciplinar é plenamente eficaz, dando azo à exclusão do impetrante do certame, por não haver atendido a requisito do edital" (fls. 386/392 – grifos originais).

Como se vê, a sentença é irretocável, visto que, de fato, a posse do impetrante no Curso de Formação de Oficiais se deu em caráter precário, por conta de liminar vigente na data da posse, o que viabilizou seu ingresso temporário – sujeito à decisão de mérito no mandado de segurança que julgava

Acesso ao Sumário

a validade da punição de natureza grave a ele aplicada na – Academia do Barro Branco.

Assim, por mais censurável que tenha sido a demora da Administração em efetivar o desligamento do impetrante, não há que se falar na necessidade da realização de procedimento administrativo para a invalidação da posse, vez que a revogação de tal ato administrativo é consectário jurídico da cassação da decisão liminar nos autos do sobredito *mandamus.*

Ora, acaso o impetrante não tivesse obtido referida liminar, a vedação a seu ingresso no Curso de Formação não seria precedido de procedimento administrativo (bastando a objetiva verificação de descumprimento ao requisito editalício de ausência de ato infracional grave no biênio anterior à posse), razão pela qual motivo algum existe para que, uma vez superada a decisão precária que possibilitou o empossamento, seja agora adotada sistemática diversa.

Ademais, após análise exauriente do caso, verifica-se não ser aproveitável ao impetrante o quanto previsto no **art. 39 da Lei Complementar Estadual nº 893/01** ("*A publicação é a divulgação oficial do ato administrativo referente à aplicação da sanção disciplinar ou à sua justificação, e dá início a seus efeitos*"), vez que o edital não traz como requisito de ingresso que a penalidade seja publicada no biênio anterior à posse, mas sim que o **cometimento do ato infracional** se dê em tal interregno, o que inequivocamente ocorreu.

De toda maneira, como explicado de forma exímia pelo MM. Juiz de origem, **a retirada da penalidade nos assentamentos do impetrante se deu de forma precária, pendente de análise exauriente pela Justiça Militar**, motivo pelo qual não se pode fazer uso do argumento, nos termos em que lançado na apelação, de que literalmente apenas na data da posse seria possível aferir o cumprimento ao requisito do edital.

Ora, os efeitos da sentença de mérito do mandado de segurança apreciado pela Justiça Militar não podem ser ignorados, de tal sorte que a situação jurídica lá reconhecida (reconhecimento da validade da punição que atribuiu natureza grave ao ato infracional do impetrante) alberga a data da posse, sendo imponível à Administração, pelo *princípio da legalidade*, que se analise o cumprimento aos requisitos de ingresso no Curso de Formação (tomando como data-base para tanto o dia da posse) sem a interferência da liminar antes vigente.

Como se vê, era mesmo caso de denegação da segurança, razão pela qual se mantém a r. sentença apelada, por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Postas tais premissas, por meu voto, **nego provimento** ao recurso de apelação.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1006192-75.2014.8.26.0604, da Comarca de Sumaré, em que é apelante CLEONICE JOSÉ SANTOS DA SILVA (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado PREFEITURA MUNICIPAL DE SUMARÉ.

ACORDAM, em 11ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento em parte ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 19.057)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores AROLDO VIOTTI (Presidente) e LUIS GANZERLA.

São Paulo, 5 de abril de 2016.

OSCILD DE LIMA JÚNIOR, Relator

Ementa: DIREITO ADMINISTRATIBO – SERVIDORA PÚBLICA – MUNICÍPIO DE SUMARÉ – TRANSPOSIÇÃO PARA CARGO DE OUTRA CARREIRA DECLARADA INCONSTITUCIONAL – RETORNO AO CARGO DE ORIGEM – ILEGALIDADE – INEXISTÊNCIA – Declarada a inconstitucionalidade do art. 54 da Lei Municipal 3.769/2003 em ação civil pública movida pelo Ministério Pública, de rigor o retorno da autora ao cargo de origem – LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ – AUSÊNCIA – O mero exercício do direito de petição e de ação não constituem má-fé. Além disso, a autora não distorceu ou omitiu fatos ou informações – Sentença reformada em parte apenas para afastar a condenação nas penas de litigância de má-fé.

Recurso provido, em parte.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de ação ordinária com pedido de tutela antecipada ajuizada por Cleonice José Santos da Silva contra o Município de Sumaré, alegando, em síntese, que em ação civil pública movida pelo Ministério Público e transitada em julgado foi declarada a inconstitucionalidade do art. 54 da Lei Municipal 3.769/2003 e, por conseguinte, a nulidade dos atos de acesso interno a cargo de outra carreira. No seu caso, o cargo de provimento originário foi o de

recreacionista e foi ascendida para o de professora E. Aduz que não participou da aludida ação civil pública e que embora pendente recurso administrativo, foi publicada Portaria 153/14 determinando o retorno ao cargo de origem a partir de 10 de março de 2014. Sustenta que era necessária a sua participação como litisconsorte naquela ação e que houve violação do contraditório e da ampla defesa. Pede, assim, a declaração de nulidade da Portaria 153/14 e o retorno ao cargo de professora.

A r. sentença de fls. 324/326 julgou improcedente o pedido e resolvido o processo na forma do art. 269, I, do Código de Processo Civil, e condenou a autora em litigância de má-fé por adiar a solução da lide, condenando-a na pena de 1% do valor da causa mais 15% a título de indenização (art. 17, IV e VI, c/c art. 18, *caput* e § 2º, do Código de Processo Civil), além de custas, despesas processuais e honorários advocatícios de 20% do valor total da causa.

Inconformada, a autora interpôs recurso de apelação a fls. 328/334, pugnando pela reforma da sentença e pelo afastamento da condenação por litigância de má-fé.

Sem contrarrazões.

É o relatório.

A transposição do cargo de uma carreira para outra permitida pelo art. 54 da Lei Municipal 3.769/2003 é inconstitucional, como bem reconhecida na mencionada ação civil pública aludida.

Desse modo, deve mesmo a servidora pública retornar ao seu cargo de origem, sendo desnecessária a integração à lide originária. Aliás, ainda que fosse caso de litisconsórcio necessário, a questão só poderia ser levantada ou questionada nos próprios autos da ação civil pública ou por meio de eventual ação rescisória, e não nesta demanda.

Como bem decidiu o magistrado da origem (fl. 325):

"É notório que o ato administrativo que a autora pretende anular, foi emitido com fundamento em sentença judicial proferida em autos de Ação Civil Pública.

Nesta Ação Civil Pública, decidiu-se pela inconstitucionalidade de lei municipal, que permitiu a mudança de cargo internamente, sem a necessidade de concurso público.

A inconstitucionalidade da lei é flagrante, pois o provimento de cargo público somente pode ser feito por concurso público, para cargos efetivos, como no presente caso.

Por se tratar de questionamento de lei, que é regra genérica, totalmente desnecessária a participação de qualquer interessado no processo. Não foi o direito material da autora em ocupar o cargo que foi questionado.

Acesso ao Sumário

O questionamento foi da regra genérica que a beneficiou.

Bem por isso, há coisa julgada sobre o assunto e o ato administrativo somente cumpre decisão judicial, sendo totalmente legal.

Ademais, se a autora pretende questionar decisão judicial com coisa julgada, deve optar pela ação rescisória, não por processo ordinário.

Se a autora não mais ocupa o cargo que tinha, por força do cumprimento da sentença da Ação Civil Pública, não pode manter os rendimentos inerentes ao cargo. Deve receber rendimentos inerentes ao cargo que ocupa, valendo somente para o cargo que ocupa efetivamente a regra da irredutibilidade dos vencimentos".

Este é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

"ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. IMPROBIDADE. PREFEITO. GESTORES MUNICIPAIS. CONTRATAÇÃO. EMPREGADOS PÚBLICOS. AUSÊNCIA DE CONCURSO PÚBLICO. CESSÃO AO MUNICÍPIO. MULTA PROCESSUAL. ART. 538, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CPC. AFASTAMENTO. VIOLAÇÃO DOS ART. 165, 458, II, E 535, I, DO CPC. ACÓRDÃO FUNDAMENTADO. INEXISTENTE. PRESCRIÇÃO EM RELAÇÃO À PARTE DOS GESTORES DA EMPRESA PÚBLICA. VERIFICADA. DADOS NO ACÓRDÃO. VIOLAÇÃO DO ART. 23, I, DA LEI 8.429/92. TIPIFICAÇÃO DA CONDUTA NO ART. 11 DA LIA E CRITÉRIOS PARA MULTA CIVIL. SÚMULA 7/STJ. CONDUTA ÍMPROBA DO PREFEITO AO ACOLHER OS EMPREGADOS CEDIDOS.

SÚMULA 7/STJ. CONDENAÇÃO SOLIDÁRIA. POSSIBILIDADE. SÚMULA 83/STJ. LITISCONSÓRCIO PASSIVO. DESNECESSIDADE. SÚMULA 83/STJ. COTEJO ANALÍTICO. DEFICIÊNCIA.

1. Recursos especiais interpostos contra acórdão que manteve condenação dos réus em ação civil pública ajuizada contra a contratação de empregados, sem concurso, para empresa pública municipal, que eram cedidos à Administração Pública municipal. O acórdão determinou a nulidade dos contratos de trabalho e fixou multa civil em caráter solidário aos gestores.

2. Devem ser conhecidos em parte ambos os recursos especiais, para lhes dar provimento e retirar a multa processual aplicada com base no art. 538 do Código de Processo Civil, uma vez que a leitura das peças de embargos detonam apenas o ímpeto de aclarar o modo de cálculo da multa civil imposta.

3. Não há falar em violação dos arts. 165, 458, II, 535, I e II, do Código de Processo Civil, uma vez que a leitura do acórdão recorrido demonstra

Acesso ao Sumário

suficiência de fundamentação, além da ausência de vícios.

4. O recurso especial de Eiter Cristiani e outros deve ser conhecido pela alínea "a", por violação do art. 23, I, do Lei n. 8.429/92, para consignar a prescrição em relação aos recorrentes Jairo Cesar Colombo, José Carlos Aparecido Hansen e Paulo Sérgio Bodini, uma vez que o acórdão evidencia que, quando ajuizada a ação na origem (6/6/1995), já teriam transcorrido mais de cinco anos do término do exercício de suas funções na empresa municipal.

5. No caso concreto, o acórdão proferido na origem é muito claro ao evidenciar a presença do dolo genérico e da infração ao art. 11 da Lei n. 8.429/92, uma vez que não é aceitável a contratação de empregados em empresa pública, com a cessão deles ao Poder Executivo municipal sem a ocorrência do devido concurso público. Desconstituir tal panorama fático exigiria incorrer em violação do teor da Súmula 7/ STJ. Precedentes: REsp 1.424.550/SP, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Rel. p/ Acórdão Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe 14.8.2014; AgRg no AgRg no AREsp 533.495/MS, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 17/11/2014; AgRg no AREsp 135.509/SP, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, DJe 18/12/2013.

6. Não há falar em violação no que tange aos arts. 1º, 2º e 12 da Lei n. 8.429/92 e 128, 459, 460, 512 e 515 do Código de Processo Civil, pois a multa havia sido fixada na origem pelo máximo admitido (100 vezes o valor total das remunerações dos agentes). Do ponto de vista lógico, a alteração no modo de cálculo somente pode diminuir tal quantum. Todavia, o acórdão não indica os valores básicos e, assim, o tema não pode ser sindicado, pois inviável seu exame numérico, em razão da Súmula 7/STJ.

7. Ficou firmado, com base no acervo fático e nas provas dos autos, tal como expresso no acórdão, que o acolhimento dos empregados públicos ilegalmente contratados configurou ato de improbidade administrativa. Prever tal conclusão esbarraria no teor da Súmula 7/STJ.

8. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é clara ao indicar que a responsabilidade nas ações de improbidade, entre os ímprobos é solidária. Aplicável a Súmula 83/STJ. Precedente: REsp 1.407.862/ RO, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 19/12/2014.

9. Não há violação dos arts. 47 e 267 do Código de Processo Civil em razão da ausência de formação do polo passivo com os empregados públicos ilegalmente contratados. A questão é semelhante às encontradas nas

Acesso ao Sumário

ações de improbidade dirigidas contra contratações de empresas sem licitação. Aplicável a Súmula 83/STJ. Precedentes: REsp 1.407.862/RO, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 19/12/2014; REsp 1.243.334/SP, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe 10/5/2011.

10. Ambos os recursos especiais são deficientes em fundamentar o cotejo analítico. A deficiência de formulação enseja o não conhecimento por esta via, como firmado na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. Precedentes: REsp 1.339.309/SP, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, DJe 27/3/2014; AgRg no AREsp 13.853/SP, Rel. Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, DJe 15/3/2013; AgRg no REsp 1.443.872/CE, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 20/3/2015; AgRg no REsp 1.455.330/MG, Rel. Ministro Og Fernandes, Segunda Turma, DJe 4/2/2015.

Recurso especial de Manoel Samartin e Simão Welsh conhecido em parte e provido para afastar a multa processual fixada com base no art. 538, parágrafo único, do CPC. Recurso especial de Eiter Cristiani e Outros conhecido em parte e provido para afastar a multa processual e reconhecer a prescrição em relação a Jairo Cesar Colombo, José Carlos Aparecido Hansen e Paulo Sérgio Bodini". (REsp 1261057/SP, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 05/05/2015, DJe 15/05/2015)

Deste Tribunal de Justiça, em caso semelhante, é o seguinte precedente no mesmo sentido:

"APELAÇÃO CÍVEL. Ação nominada de 'declaratória de inexistência de ato processual'. Autora, beneficiária de ato ilegal, assim decidido pelo Poder Judiciário em sede de ação civil pública, já com trânsito em julgado, pretende a nulidade ou inexistência dos atos praticados na referida ação civil pública.

Reconhecimento da inconstitucionalidade de artigo de Lei Municipal que considerou a contratação de servidor público sem a realização de concurso público. Autora que passara do cargo de Inspetor de Alunos para Professora Municipal - E.

Alegada ofensa ao contraditório, ampla defesa e devido processo legal naqueles autos.

Indeferimento da inicial. Manutenção. Ausência de interesse processual.

Litisconsórcio passivo necessário. Ausência. Beneficiários de ato ímprobo ou ilegal não precisam, necessariamente, integrar a lide em conjunto com o agente público porquanto a finalidade é combater o ato ilegal. Ação civil pública e não ação popular. Não configuração, sequer

Acesso ao Sumário

longinquamente, de 'querela nullitatis'. Indeferimento da inicial mantido. Extinção do processo sem resolução do mérito nos termos do art. 267, inciso VI do CPC.

Negado provimento ao recurso".

(Apelação Cível 1006796-36.2014.8.26.0604, Relator(a): Oswaldo Luiz Palu; Comarca: Sumaré; Órgão julgador: 9ª Câmara de Direito Público; Data do julgamento: 15/04/2015; Data de registro: 16/04/2015)

Por outro lado, não restou caracterizada a litigância de má-fé, pois o mero de exercício do direito de petição e de acesso do Poder Judiciário, garantidos constitucionalmente, não pode assim ser caracterizado. Ademais, a autora não omitiu ou distorceu qualquer informação ou fato, apenas pretendeu a declaração de nulidade de ato que lhe era desfavorável.

Portanto, fica afastada a condenação nas penas de litigância de má-fé.

Para fins de prequestionamento, consigne-se inexistir ofensa às normas constitucionais e legais mencionadas nas razões e contrarrazões recursais.

Ante o exposto, pelo meu voto, dou provimento, em parte, ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 3001364-90.2013.8.26.0586, da Comarca de São Roque, em que é apelante UALISON BEZERRA DE ARAÚJO (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado PREFEITURA MUNICIPAL DA ESTÂNCIA TURÍSTICA DE SÃO ROQUE.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 2ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Negaram provimento ao recurso. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 2.047)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores VERA ANGRISANI (Presidente) e CLAUDIO AUGUSTO PEDRASSI.

São Paulo, 4 de maio de 2016.

CARLOS VIOLANTE, Relator

Ementa: Ação ordinária. Indenização por danos material e moral. Acidente supostamente ocorrido dentro de ônibus escolar. Nexo causal não demonstrado. Sentença de improcedência. Recurso do autor não provido.

Acesso ao Sumário

VOTO

Tratam-se de apelação interposta contra a r. sentença de lavra do eminente Magistrado **Dr. Fabio Calheiros do Nascimento**, que julgou improcedente a ação, em que pretendia o autor indenização por danos materiais e morais, em razão de acidente sofrido no interior de um ônibus escolar, que lhe acarretou a perda do testículo esquerdo. Condenou o autor ao pagamento das custas e despesas processuais e honorários advocatícios arbitrados em R$ 1.250,00, observadas as regras do art. 12 da Lei 1.060/50.

Apela o autor pretendendo a reforma da r. sentença, com a procedência da demanda e a condenação do Município réu ao pagamento de indenização.

Foram apresentadas contrarrazões aos recursos.

As partes foram consultadas e não se opuseram ao julgamento virtual (fls. 143/145)

É o Relatório.

Narra o autor que em 30/11/2012 estava voltando da escola em companhia de seus colegas em um ônibus escolar e que, devido a uma freada brusca do veículo, caiu e machucou o testículo esquerdo, sendo necessário submeter-se a cirurgia para retirada do órgão.

Alega que o acidente se deu em decorrência da conduta do preposto do Município réu na direção do veículo escolar e que as sequelas do acidente o impedem de ter uma vida normal.

Pois bem, o art. 37, § 6º, da CF adotou a responsabilidade 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.

No caso concreto, a discussão cinge-se à responsabilidade do Município no acidente que teria, em tese, sido provocado por um de seus prepostos.

Pelo conjunto probatório dos autos, constata-se que não está demonstrado que o autor tenha se acidentado no interior do ônibus escolar no dia 30/11/2012.

Durante a instrução probatória, Ezequiel Honório da Silva (fls. 87-A), motorista do ônibus, em depoimento, relatou que no dia 30/11/2012 não houve qualquer incidente no interior do veículo.

No mesmo sentido é o depoimento de Maria Luiza de Moraes (fls. 88), inspetora de alunos que viajava no mesmo ônibus naquele dia.

A declaração de Camila da Conceição Lomeu (fls. 101) foi apresentada unilateralmente pelo autor, não respeitou o contraditório, não podendo ser acatada.

Conclui-se, assim, que não há prova de que o dano experimentado pelo

Acesso ao Sumário

autor tenha sido causado por agentes do Município e, ausente o nexo causal, não há que se falar em dever de indenizar.

Para fins de acesso às Instâncias Superiores, considero prequestionada toda a matéria debatida, relativa à Constituição e à Lei Federal, desnecessária a menção específica a cada um dos dispositivos constitucionais e infraconstitucionais invocados e pertinentes aos temas em discussão.

Ante o exposto, pelo meu voto, NEGO PROVIMENTO ao recurso do autor, mantendo, na íntegra, a r. sentença.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0004714-26.1996.8.26.0363, da Comarca de Mogi-Mirim, em que são apelantes SANTO WALDEMAR FERREIRA DE MELO, JOSE CANDIDO CERONI (E OUTROS(AS)), RENATO FADEL, ALEXANDRE FERREIRA DOS SANTOS, CAETANO FERMINO DE OLIVEIRA e NEUSA DE FATIMA MAGRI DE OLIVEIRA, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO 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: Deram provimento parcial ao recurso do réu Santo Valdemar; negaram provimento ao recurso dos réus José Cândido, Renato Fadel e Alexandre Ferreira. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 20.143)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores EDSON FERREIRA (Presidente sem voto), VENICIO SALLES e J. M. RIBEIRO DE PAULA.

São Paulo, 4 de maio de 2016.

OSVALDO DE OLIVEIRA, Relator

Ementa: APELAÇÃO CÍVEL.

1. Ação popular – Supervalorização de imóvel desapropriado para construção de uma represa, visando a captação e distribuição de água para o Município de Conchal, bem como a proteção de cursos de mananciais – Pagamento aos proprietários de indenização final que representou praticamente o dobro do preço de mercado do imóvel expropriado –

Acesso ao Sumário

Lesão ao patrimônio público cabalmente configurada – Condenação do prefeito do Município de Conchal, dos titulares de domínio da área e dos servidores que formaram a comissão responsável pela avaliação do imóvel – Honorários advocatícios – Assunção da titularidade da ação pelo *parquet* – Fixação de honorários ao advogado que patrocinou metade da causa em favor do autor popular originário – Cabimento – Observância dos princípios da causalidade e da sucumbência – Inteligência do artigo 12 da Lei Federal nº. 4.717/65 – Redução de seu volume – Correção monetária – Incidência desde a data do pagamento – Juros de mora em continuação – Incidência da citação – Procedência da ação – Reforma parcial da sentença.

2. Recurso do réu Santo Valdemar provido, em parte; recurso dos réus José Cândido, Renato Fadel e Alexandre Ferreira não provido.

VOTO

Trata-se de **apelações cíveis** interpostas em face da sentença de fls. 629/632, cujo relatório se adota, que ***julgou procedente o pedido*** para condenar os réus, solidariamente, ao pagamento de R$ 54.364,13, com os encargos legais, fixando honorários periciais de R$ 2.000,00 (dois mil reais) e honorários advocatícios de dez por cento (10%) do valor atualizado da condenação.

Santo Valdemar apelou (fls. 644/659), alegando, em síntese, que não houve dolo ou má-fé que determine sua responsabilização. Não há prova do dolo. Não houve individualização das condutas ou das penas, inclusive por falta de motivação. O laudo contém falhas técnicas. Não pode ser responsabilizado pelo evento. Os juros e a correção incidem da sentença. Os honorários devem ser revistos ou excluídos.

José Cândido, Renato Fadel e Alexandre Ferreira também apelaram (fls. 665/688), alegando, em síntese, que a pretensão está prescrita. Não há prova de que concorreram, por dolo ou má-fé, para a prática de eventual ato de improbidade administrativa. Não houve descrição individualizada de cada conduta na inicial. Não houve ilegalidade na prática do ato administrativo. O Município deveria ter sido inserido no polo passivo da ação. O laudo oficial é contraditório, omisso e incompleto, inclusive porque levou em consideração apenas o potencial agropecuário da área expropriada.

Houve resposta (fls. 712/717).

Acesso ao Sumário

Cota do *parquet* a fls. 721/728.

É o relatório.

O recurso de Santo Valdemar merece provimento parcial, ao passo que o recurso dos réus José, Renato e Alexandre desmerecem provimento.

Não há que se falar em prescrição. Os fatos desencadearam-se no ano de 1995, quando o ***réu Santo Valdemar***, prefeito do Município de Conchal, baixou o Decreto nº. 1.874, de 31/08/95, para declarar de utilidade pública o imóvel objeto da ação, para fins desapropriação, visando a construção de uma represa para ***(i) captação e distribuição de água***, bem como para ***(ii) proteção de cursos de mananciais (fls. 12).*** Esta ação popular, por sua vez, foi distribuída já no ano seguinte, em 09/96 (fls. 02/07). Além disso, eventual tardança e/ou atraso na prática de atos processuais e/ou no julgamento da ação, por circunstâncias intrínsecas aos mecanismos da justiça, não determinam o reconhecimento do instituto em apreço, na linha de entendimento da ***Súmula 106/STJ***, *in verbis*: **"Proposta a ação no prazo fixado para o seu exercício, a demora na citação, por motivos inerentes ao mecanismo da justiça, não justifica o acolhimento da argüição de prescrição ou decadência".**

Ao *meritum.*

Acerca da matéria, leciona o ***Professor Hely Lopes Meirelles:***

"O primeiro requisito para o ajuizamento da ação popular é o de que o autor seja cidadão brasileiro, isto é, pessoa humana, no gozo de seus direitos cívicos e políticos, requisito, esse, que se traduz na sua qualidade de eleitor (...)".

(...)

"O segundo requisito da ação popular é a ilegalidade ou ilegitimidade do ato a invalidar, isto é, que o ato seja contrário ao Direito, por infringir normas específicas que regem sua prática ou por se desviar dos princípios gerais que norteiam a Administração Pública (...)".

(...)

"O terceiro requisito da ação popular é a lesividade do ato ao patrimônio público. Na conceituação atual, lesivo é todo ato ou omissão administrativa que desfalca o erário ou prejudica a Administração, assim como o que ofende bens ou valores artísticos, cívicos, culturais, ambientais ou históricos da comunidade (...)".

(...)

"Sem esses três requisitos – condição de eleitor, ilegalidade e lesividade –, que constituem os pressupostos da demanda, não se viabiliza a ação popular"[1] **-** grifos constantes do original.

1 *Mandado de Segurança e outros temas, 30ª edição, atualizada e complementada, Malheiros Editores, 2007, São Paulo, páginas 125 e 126.*

In casu, é induvidoso que todos os réus contribuíram, individual e concorrentemente, para lesar o patrimônio público, uma vez que, ao cabo do ato expropriatório, os proprietários do imóvel (***réus Caetano e Neusa***) receberam o valor de R$ 116.170,14, em 01/96, a título de indenização (fls. 15), enquanto que seu preço de mercado, para o mesmo período, foi avaliado em R$ 61.806,00 (fls. 400/405).

A conduta ilícita individual dos réus acionados está claramente configurada na ação: ***(i) Santo Valdemar*** era prefeito do Município de Conchal na época dos fatos, sendo, inclusive, o responsável pela edição do Decreto nº. 1.874/95 que declarou de utilidade pública o imóvel objeto da ação (fls. 12); ***(ii) Caetano Fermino e Neusa de Fátima*** eram os titulares de domínio do imóvel, de maneira que foram beneficiados pela supervalorização da compra e venda (fls. 15); e ***(iii) José Cândido, Renato Fadel e Alexandre Ferreira*** integraram a Comissão formada por Santo Valdemar para avaliação do imóvel, consoante o Decreto nº. 1.886/95 (fls. 13).

A discrepância de opiniões quanto ao valor de mercado do bem e seu superfaturamento para fins expropriatórios não malfere as ilações do perito oficial, que explicou adequadamente sua posição, a partir de uma descrição técnica precisa da área, visando a definição do tema.

As conclusões iniciais da perícia judicial (fls. 206/261) foram consolidadas com os esclarecimentos de fls. 400/405, sendo suficientes para infirmar as divergências do assistente técnico do réu Santo Valdemar (fls. 176, 264/267, 268/376, 411/415 e 416/467), consoante o parecer do ***Engenheiro Agrônomo, Alexandre Miglinski*** (fls. 309/329).

Quanto às duas (**2**) impropriedades levantadas na divergência (fls. 264/267), uma delas, relativa ao ***índice de capacidade de uso e situação das terras*** (0,93, sendo o correto 0,903), foi admitida e corrigida pelo vistor (fls. 400/405), sem significativos reflexos no valor final do bem. Quanto ao 2º item (***classificação empregada pelo perito quanto ao valor da terra, segundo a capacidade de gerar rendimentos***), o perito reafirmou sua posição inicial (fls. 221/222) de que a classe VIII da escala Norton (e não II ou V, como sugerido pelo assistente técnico – fls. 328) é a classificação mais apropriada para o ***'Terreno de Brejo' (Tb)***, uma vez que ***a área de várzea objeto da ação não pode ser confundida com terras de lavoura com prática simples, já que demandaria investimentos de significativa monta,*** considerando-se que as terras mais elevadas (faixa seca) não possuiriam a mesma capacidade de gerar rendimentos de área de terreno brejoso. Para rebater a divergência ventilada pelo assistente técnico, que sugeriu a aproximação da capacidade de gerar rendimentos dessas duas (2) terras, disse o perito que: "**Ao estabelecer tal igualdade equivocou-se por esquecer que essa condição não é a existente (...) visto que apresenta condições desfavoráveis para a prática da lavoura pretendida, ou seja, limitações e**

Acesso ao Sumário

riscos de uso, requerendo para seu manejo despesas com equipamentos especiais, técnicas de execução especiais, profissionais capacitados, projetos, insumos, autorizações, além das despesas com sua manutenção permanente, entre outras" (*sic* - fls. 403). O terreno contém 15% de faixa seca e 85% de brejo molhado (fls. 221), de modo que, nas condições em que se encontra, não pode ser considerado aproveitável do ponto de vista técnico, sem a prévia realização de drenos (vide fls. 213). Para sua avaliação, o perito considerou também outros imóveis da região como elementos comparativos de pesquisa (fls. 241/245), o que reflete a realidade do mercado imobiliário no Município e garante certeza aos números finais do preço que deveria ter sido pago aos proprietários.

Os esclarecimentos do perito de fls. 400/405 devem ser admitidos para colocar uma pá de cal sobre a discussão em torno do preço final de mercado do imóvel pago em favor de Caetano e Neusa, cujo valor corresponde a praticamente ao dobro do que efetivamente deveriam ter recebido, o que caracteriza grave lesão ao patrimônio público a justificar a manutenção do decreto condenatório em face dos réus.

Os depoimentos das testemunhas colhidos em audiência são inermes para desacreditar o laudo oficial (fls. 493/494, 495/496, 550/551 e 576/577). O que se extrai de seus depoimentos, por exemplo, é que o Município enfrentou dificuldades para implantar e executar o projeto de construção da represa, por conta de risco de rompimento e de vazamentos. Nesse sentido, é o depoimento de Elder (fls. 550/551), o qual afirmou, inclusive, que a obra não foi precedida de nenhum estudo de impacto ambiental ou da natureza do terreno. O corretor de imóveis, ***José Roberto Rodrigues***, por sua vez, confirmou que vendeu terrenos no local por valor que excedia a avaliação (fls. 576/577).

Os precedentes citados pelo MM. Juiz de Direito *a quo* servem para ilustrar a adequação da sentença**: (1) AC 994.07.186014-0 – 9ª Câmara de Direito Público – Relator: Sérgio Gomes – j. 22/09/10; (2) AC 247.710-5/0-00 – 4ª Câmara de Direito Público – Relator: Soares Lima – j. 19/08/04.**

A responsabilização civil e/ou a condenação dos réus na recomposição do patrimônio público lesado ecoa, no mínimo, de culpa grave no trato da coisa pública. A supervalorização do imóvel em praticamente o dobro de seu valor de mercado é inexplicável, ainda que divergências quanto a critérios de avaliação determinassem a oscilação de seu preço para mais ou para menos. O que não se consente é que a discordância seja elevada a um patamar tão representativo a ponto de colocar em xeque a pureza do ato, uma vez que a realidade de mercado era conhecida de todos os envolvidos na negociação. ***Santo Valdemar***, como prefeito do Município de Conchal, tinha a responsabilidade de certificar a legalidade do ato, como gestor público dos interesses da administração local, e não apenas chancela-lo às cegas. ***Caetano e Neusa***, como proprietários do bem,

Acesso ao Sumário

certamente tinham conhecimento de seu valor de mercado, presumindo-se que não aceitariam uma indenização inferior, em prejuízo de seu patrimônio familiar e particular. Além disso, desde a data da edição do Decreto nº. 1.874, em 08/95 (fls. 12), até a data do fechamento do negócio e da respectiva lavratura da escritura, em 01/96 (fls. 15), tiveram o intervalo de alguns meses para atualizarem-se sobre a realidade do mercado imobiliário da época para não suportarem prejuízos com a compra e venda. Vale lembrar que o pagamento da indenização efetivou-se de maneira amigável, o que indica que a negociação teria sido benéfica para ambas as partes. ***José Cândido, Renato Fadel e Alexandre Ferreira***, por sua vez, como membros componentes da comissão responsável pela avaliação do imóvel em tela, tinham à sua disponibilidade todas as condições técnicas para que o preço desembolsado pelo Município efetivamente espelhasse, com fidelidade, a dinâmica do mercado imobiliário da região.

A condenação, assim, é imperiosa.

Relativamente aos honorários advocatícios, a sentença merece reforma, mas tão-somente em parte. Até que o *parquet* assumisse a titularidade da ação, quase nove (09) anos haviam se passado, com o patrocínio da causa por advogado particular nomeado pelo autor popular originário, ***José Francisco Torres*** (fls. 525/526 e 534/535). Portanto, correta é a condenação dos réus na verba honorária pelo período em que a ação foi patrocinada por advogado particular, pena de ofensa aos princípios da causalidade e da sucumbência, na forma do disposto no artigo 12 da Lei Federal nº. 4.717/65.

No que se refere ao volume dos honorários advocatícios, oportunas são as notas ao artigo 20 do antigo Código de Processo Civil, trazidas pelos juristas ***Nelson Nery Júnior e Rosa Maria Andrade Nery***, cujos critérios, em sua essência, foram mantidos pelo novo Código de Processo Civil (artigo 85, § 2º, incisos I a IV): "**Critérios para fixação dos honorários. São objetivos e devem ser sopesados pelo juiz na ocasião de fixação dos honorários. A dedicação do advogado, a competência com que conduziu os interesses de seu cliente, o fato de defender seu constituinte em comarca onde não resida, os níveis de honorários na comarca onde se processa a ação, a complexidade da causa, o tempo despendido pelo causídico desde o início até o término da ação são circunstâncias que devem ser necessariamente levadas em conta pelo juiz quando da fixação dos honorários de advogado. O magistrado deve fundamentar sua decisão, dando as razões pelas quais está adotando aquele percentual na fixação da verba honorária**" (***Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante, 10ª edição revista, ampliada e atualizada até 01º/10/2007. São Paulo: RT, 2007, páginas 223/224***).

Na espécie, observando-se os critérios legais mencionados acima, quais sejam, a natureza da causa, o local de prestação de serviços e o zelo profissional,

os honorários advocatícios ficam definidos em cinco por cento (5%) do valor atualizado da condenação à época do efetivo pagamento. O referido percentual, equivalente à metade do mínimo legal previsto no disposto no artigo 85, § 2º, do novo Código de Processo Civil, mostra-se condizente e adequado para remunerar o advogado do autor originário durante o período em que patrocinou a causa, porque corresponde, em proporções relativamente próximas, à metade do tempo de trâmite da ação popular, a partir do momento em que o *parquet* assumiu a sua titularidade.

O termo inicial da correção monetária está correto, pondo-se em relevo a natureza do instituto e sua finalidade. Como sabido: **"(...) 'A correção monetária nada mais é do que um mecanismo de manutenção do poder aquisitivo da moeda, não devendo representar, consequentemente, por si só, nem um 'plus' nem um 'minus' em sua substância. Corrigir o valor nominal da obrigação representa, portanto, manter, no tempo, o seu poder de compra original, alterado pelas oscilações inflacionárias positivas e negativas ocorridas no período' (REsp 1265580/RS, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, CORTE ESPECIAL, julgado em 21/03/2012, DJe 18/04/2012) (...)"** ***(AgRg no REsp 773.711/RS, Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, 4ª Turma, j. 18/12/2012, DJe 04/02/2013).***

E mais:

"(...) A correção monetária não constitui um plus, representando tão-somente a recomposição do valor da moeda, independendo a sua incidência de ajuste entre os contratantes (...)" (AgRg no REsp 1108049/GO, Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, 3ª Turma, j. 14/06/2011, DJe 27/06/2011);

"(...) Nos termos da remansosa jurisprudência desta E. Corte de Justiça, 'a correção monetária plena é mecanismo mediante o qual se empreende a recomposição da efetiva desvalorização da moeda, com o escopo de se preservar o poder aquisitivo original, sendo certo que independe de pedido expresso da parte interessada, não constituindo um 'plus' que se acrescenta ao crédito, mas um 'minus' que se evita' (EDcl no AgRg nos EREsp 517.209/PB, 1ª Seção, Rel. Min. LUIZ FUX, DJe de 15/12/2008) (...)" ***(REsp 900.791/RJ, Rel. Ministro FERNANDO GONÇALVES, Rel. p/ Acórdão Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 15/03/2011, DJe 02/05/2011).***

Transportar o termo inicial da correção monetária para a data da prolação da sentença representaria inevitavelmente um amortecimento do instituto, pois a lesão efetivamente ocorreu à época em que o Município desembolsou a diferença a maior paralelamente à indenização que deveria ter sido paga pelo processo expropriatório respectivo.

Os juros moratórios em continuação, por sua vez, incidem da citação, por força do disposto no artigo 219, *caput*, do antigo Código de Processo Civil,

Acesso ao Sumário

vigente à época da prolação da sentença, regra mantida, em sua substância, pelo novo Código de Processo Civil, ressalvada a disciplina dos artigos 397 e 398 do Código Civil de 2002.

Enfim, reforma-se parcialmente a sentença (fls. 629/632) apenas e tão-somente para reduzir a verba advocatícia em favor do advogado do autor popular originário para cinco por cento (5%) do valor atualizado da condenação à época do efetivo pagamento, com fundamento no disposto no artigo 85, § 2º, do novo Código de Processo Civil. Quanto ao remanescente, mantém-se a sentença, sem ressalvas.

É o que se decide.

Posto isso, dá-se provimento apenas parcial ao recurso de apelação do réu Santo Valdemar, ficando desprovido o recurso de apelação dos réus José Cândido, Renato Fadel e Alexandre Ferreira.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 4009152-87.2013.8.26.0506, da Comarca de Ribeirão Preto, em que é apelante EDMUNDO OCTÁVIO RASPANTI, é apelado SÃO PAULO PREVIDÊNCIA – SPPREV.

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 21.598)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores REBOUÇAS DE CARVALHO (Presidente sem voto), OSWALDO LUIZ PALU e MOREIRA DE CARVALHO.

São Paulo, 5 de maio de 2016.

DÉCIO NOTARANGELI, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: PREVIDENCIÁRIO – MÉDICO RESIDENTE – CONTAGEM DE TEMPO – INADMISSIBILIDADE.

1. A Residência Médica constitui modalidade de ensino de pós- graduação, destinada a médicos, sob a forma de cursos de especialização, caracterizada por treinamento em serviço, funcionando sob a responsabilidade de instituições de saúde,

universitárias ou não, sob a orientação de profissionais médicos de elevada qualificação ética e profissional.

2. Servidor que pretende contar o tempo de residência como tempo de serviço para fins de aposentadoria. Inadmissibilidade. Precedentes. Pedido improcedente. Sentença mantida. Recurso desprovido.

VOTO

A r. sentença de fls. 56/57, cujo relatório se adota, julgou improcedente pretensão à contagem do período de residência médica para fins de aposentadoria.

Inconformado apela o vencido objetivando a reforma do julgado. Para tanto, insiste que a residência médica deve ser contada como tempo de serviço.

Recurso recebido e processado, com contrarrazões.

É o relatório.

Merece confirmação a r. sentença apelada.

O autor, médico nefrologista há cerca de três décadas, não desconhece que a residência não tem natureza de prestação de serviços, mas de curso de pós-graduação.

É esse o teor do art. 1º, *caput*, da Lei nº 6.932/81: "A Residência Médica constitui modalidade de ensino de pós-graduação, destinada a médicos, sob a forma de cursos de especialização, caracterizada por treinamento em serviço, funcionando sob a responsabilidade de instituições de saúde, universitárias ou não, sob a orientação de profissionais médicos de elevada qualificação ética e profissional".

A lei reproduz quase *ipsis litteris* o Decreto nº 80.281/77, que antecedeu a admissão do autor como residente do Hospital das Clínicas de Ribeirão Preto: "A Residência em Medicina constitui modalidade do ensino de pós-graduação destinada a médicos, sob a forma de curso de especialização, caracterizada por treinamento em serviço em regime de dedicação exclusiva, funcionando em Instituições de saúde, universitárias ou não, sob a orientação de profissionais médicos de elevada qualificação ética e profissional".

Some-se o fato de que os médicos residentes recebem bolsa de estudos e não vencimentos ou salários, e tem-se que a prestação de serviço, no caso, foi reversa, ou seja, a instituição médica que prestou serviço de ensino e treinamento ao futuro profissional. Inviável, portanto, a contagem do período de residência médica como tempo de serviço. Nesse sentido, a jurisprudência mais atualizada desta Corte:

Apelação – Mandado de Segurança – Servidor público municipal – Pedido de averbação de tempo de serviço prestado em outro ente

Acesso ao Sumário

federativo como "Bolsista Acadêmico de Medicina" e "Bolsista Médico-Residente" – Sentença que denegou a ordem – Insurgência – Inexistência de substrato legal ao pleito da impetrante – Tempo de serviço prestado como bolsista que não pode ser averbado para fins de aposentadoria – Precedente deste E. Tribunal – Recurso desprovido" (Apelação nº 3008787-94.2013.8.26.0071, 13ª Câmara de Direito Público, Rel. Des. Souza Meirelles, j. 16/09/15).

"SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL AUTÁRQUICO – Pretensão voltada à contagem, como tempo de serviço público, do período em que exerceu as atividades de sextoanista e médico residente – Improcedência do pedido pronunciada corretamente em primeiro grau – Sendo o estágio de sextoanista meramente acadêmico e a residência uma especialização, oferecidos em prol da formação acadêmica e profissional do estudante ou concluinte do curso, sem vínculo empregatício com a Administração Pública, o tempo prestado naquelas funções não pode ser computado para os efeitos pretendidos pelo autor – Outrossim, somente a lei pode dizer que determinadas atividades, pela sua relevância e interesse, são consideradas como "serviço público", não cabendo ao Poder Judiciário assim considerá-las, sob pena de afronta ao princípio da legalidade – Apelo não provido" (Apelação nº 0156694- 90.2006.8.26.0000, 8ª Câmara de Direito Público, Rel. Des. Paulo Dimas Mascaretti, j. 30/04/08).

"MÉDICO – Botucatu – LF n° 6.932/81 – Pretensão à contagem de serviço prestado como médico residente para fins de licença prêmio, sexta-parte e aposentadoria. – 1. Residência médica – Natureza – A residência médica vem definida no art. 1º da LF nº 6.932/81 como 'modalidade de ensino de pós graduação, destinada a médicos, sob a forma de cursos de especialização, caracterizada por treinamento em serviço, funcionando sob a responsabilidade de instituições de saúde, universitárias ou não, sob a orientação de profissionais médicos de elevada qualificação ética e profissional'. Não há, entre o médico-residente e a instituição em que feita a residência, vínculo que caracterize emprego ou prestação de serviços. Ao contrário, a instituição é que presta serviços de ensino e treinamento em serviço ao médico. – 2. Residência médica – Remuneração – Estágio curricular prestado sem vínculo empregatício com o órgão público, com remuneração por bolsa e não por salário, não transforma o residente em funcionário' nem em 'servidor público' e, em tese, não se presta a inclusão como tempo de serviço para qualquer efeito legal. – 3. Honorários advocatícios – A verba honorária foi fixada em R$-250,00, valor módico e compatível com a situação social e profissional da autora. Não há razão para redução. Sentença de improcedência. Recurso voluntário desprovido" (Apelação nº 159.338-5/6-00, 7ª Câmara de Direito Público,

Acesso ao Sumário

Rel. Des. Torres de Carvalho, j. 21/02/05).

Por essas razões, nega-se provimento ao recurso, confirmando-se a r. sentença apelada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0002129-56.2013.8.26.0346, da Comarca de Martinópolis, em que é apelante SÃO PAULO PREVIDÊNCIA – SPPREV, é apelado HERMINIO BERGAMINI NETTO.

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 21.525)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores EDSON FERREIRA (Presidente) e JOSÉ LUIZ GERMANO.

São Paulo, 2 de maio de 2016.

J. M. RIBEIRO DE PAULA, Relator

Ementa: SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL INATIVO – Conversão de vencimentos em URV, fundamento de desconformidade com a Lei Federal nº 8.880, promulgada em maio de 1994, há 21 anos – Súmula 85 do STJ inaplicável – Prescrição do próprio direito, não exercido no quinquênio – Decreto 20.910, de 1932 – Extinção do processo conforme o art. 269, IV, do CPC – Sentença reformada – Recurso de apelação provido.

VOTO

Relatório

Ação declaratória de obrigação de fazer proposta por servidor público estadual aposentado, objetivando a revisão de seus vencimentos, por não ter havido a correta conversão de seus salários em URV, nos termos da Lei nº 8.880/94.

A r. sentença apelada, de relatório adotado, acolheu o pedido.[1]

1 Fls. 171/174.

Recorre a SPPREV, pela reforma da sentença; recurso recebido e contra-arrazoado.[2]

Fundamentação

Ação fundada na Lei nº 8.880, de 27/5/94, que dispôs sobre conversão dos salários em *Unidade Real de Valor* (*URV*) em 1º/3/94.

Conforme a orientação predominante que vínhamos seguindo, como as prestações são periódicas e de trato sucessivo não prescreve o direito, prescrevem as parcelas vencidas mais de cinco anos antes do ajuizamento da ação, conforme a Súmula 85 do Superior Tribunal de Justiça.

Matéria assim julgada pelo STJ no Recurso Especial nº 804591-RS: "*O STJ firmou entendimento no sentido de que, nas ações em que os servidores públicos pleiteiam diferenças salariais decorrentes da conversão do Cruzeiro Real em URV, não se opera a prescrição do fundo de direito, mas apenas das parcelas vencidas anteriormente ao qüinqüênio que antecedeu a propositura da demanda. Inteligência da Súmula 85/STJ. Precedentes*."[3]

No entanto, melhor refletindo sobre o tema, alteramos nosso posicionamento para acolher a tese da prescrição do próprio direito, como vêm decidindo algumas Câmaras deste Tribunal.

Nada, ou quase nada, em direito é imprescritível, prescrição é regra, *imprescrição* é exceção, exigem-no a necessidade de pacificação social e estabilização das relações jurídicas.

Não há razão para dar tratamento diverso à Lei 8.880, promulgada no já distante ano de 1994, há mais de 21 anos, e ainda vem sendo objeto de uma torrente de ações judiciais por alegado erro de conversão.

O eminente Des. RICARDO DIP, integrante da C. 11ª Câmara de Direito Público deste Tribunal, esmerou-se com peculiar argúcia no exame da questão para concluir pela *prescrição do fundo de direito.*

Transcrevo trecho de acórdão exarado na APELAÇÃO CÍVEL nº 0004449-22.2011.8.26.0129 (j. 03/12/12) em que Sua Excelência assim trata do assunto, *verbis*:

> "A aludida conversão emergiu em **ato único**, em **1994**, e, a meu ver, esse ato ornou-se de efeitos concretos, ao par de **definir os critérios** que, na sequência, repercutiram nas prestações remuneratórias continuadas.
>
> Faz já **19 anos** desde que essas balizas se definiram.
>
> Se se rende ensejo a rediscutir os critérios fontais do ato conversor, não haverá limite algum, em boa lógica, para que se rediscutam indicativos antecedentes.

Acesso ao Sumário

2 Recursos de Apelação, fls. 177/184; recebimento, fl. 186; contrarrazões, fls. 190/207.

3 Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. 16/5/2006, DJ 19/6/2006, p. 200.

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 mudaram em novos (1989), tornaram a ser cruzeiros (1990), fizeram-se cruzeiros reais (1993), até chegarem à versada conversão em reais (1994).

De fato, se não houver prescrição do fundo de direito quanto à conversão dos cruzeiros em reais, por que haveríamos de reconhecer símile prescrição nas demais conversões? Já nos vertamos a discutir se as velhas patacas, na primeira metade do nosso século XX foram bem convertidas em cruzeiros.

6. Ora, quando o Poder Público, de modo **expresso**, define a situação jurídica fontal de que emergem as prestações remuneratórias, é da definição administrativa inaugural que nasce a pretensão, e é dela que tem curso o prazo prescricional, valendo aqui lembrar o paradigmático voto no RE 110.419 do egrégio Supremo Tribunal Federal:

"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."

Nesse mesmo sentido, Yussef SAID CAHALI leciona que, havendo "necessidade de se reconhecer um direito através de uma ação, para só então se reconhecerem 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 direito já reconhecido" (*Prescrição e decadência*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 304).

Em direção clássica no egrégio Supremo Tribunal Federal, podem recrutar-se estes julgados paradigmáticos:

"Quando é um direito reconhecido, sobre o qual não se questiona, aí, são as prestações que vão prescrevendo, mas, se o direito às prestações decorre do direito à anulação do ato, é claro que, prescrita a ação em relação a este, não é possível julgar prescritas apenas as prestações, porque prescreveu a ação para reconhecimento do direito, do qual decorreria o direito às prestações. Do contrário, seria admitir o efeito sem a causa (RE 59.122, *apud* RE 68.119).

Acesso ao Sumário

- ...se o pretendente se omite de reclamar a obtenção do benefício, desde quando a sua pretensão era exercitável, ou seja, da vigência da própria lei, é o próprio fundo de direito que se compromete com o decurso do prazo prescricional que, consumado, àquele mesmo é que retira a acionabilidade. Atingido o próprio direito não há falar em prestações sucessivas que somente nele têm sua fonte" (RE 99.336)

O Ministro CEZAR PELUSO, que foi do egrégio Supremo Tribunal Federal, publicou, em 1991, o estudo "Prescrição Qüinqüenal e Funcionalismo Público", de que recruto a seguinte passagem:

"...se a Administração não pratica, no tempo devido, ato de reconhecimento ou observância do *direito originante*, ou se pratica ato espontâneo ou provocado, que o lesione do mesmo modo, à data desta atitude comissiva ou daquela omissiva entra a correr o prazo de prescrição, porque de qualquer um desses dos comportamentos nascem ofensa ao direito e conseqüente pretensão a obter-lhe satisfação jurisdicional. E é então muito claro que, encobrindo a exigibilidade do *direito originante*, a prescrição consumada encobrirá a dos seus efeitos patrimoniais, a cujo respeito há só *direito originado*.

É o que, *v.g.*, se dá nos casos corriqueiros de recusa promoção, de reenquadramento, de concessão de gratificação, adicional, ou outra vantagem etc., em todos os quais transparece, com singular clareza, que suscetível de prescrição qüinqüenal não é só a pretensão – heterônoma, derivada, ou acessória – ao pagamento das pretensões, senão, também, e primeiramente, a pretensão fundamental à obtenção da situação jurídica da qual se irradiaria o direito de as perceber. Prescrita a *pretensão à causa*, há de estar prescrita a pretensão aos efeitos. Daí, o que conta, para efeito de incidência da regra jurídica, são apenas a tipicidade (*fattispecie* abstrata) e a realização histórica (*fattispecie* concreta) da hipótese normativa de prescrição do *direito originante*, porque ambas dão e exaurem a solução da questão jurídica, à medida que prescrição consumada de pretensão a direito originante não pode deixar de subentender prescrição de pretensão, conexa e acessória, a direito originado (...). Tal é o significado último da afirmação de que, nesses casos, o funcionário não pode exigir pagamento da vantagem econômica, uma vez prescrito o próprio 'fundo do direito'.

(...)

A só prescritibilidade da pretensão a prestações de índole pecuniária, objeto induvidoso da previsão do art. 3º (*refere-se o autor ao Decreto n° 20.910, de 6-1-1932*), concerne a hipótese diferente e mais simples, onde, por pressuposição normativa, não ocorre comportamento administrativo, provocado nem espontâneo, capaz de representar injúria a algum dos chamados *direitos originantes* a situações jurídico-subjetivas que constituem fonte do direito de receber prestações periódicas, de natureza pecuniária, ao qual se reservou o nome de *direito originado* e

Acesso ao Sumário

cuja periodicidade é relevante no tema da prescrição.

Nesta hipótese, a vulneração concretizável por ato ou omissão administrativos limita-se ao *direito originado*, porque a Administração apenas denega o pagamento das parcelas ou rejeita outro modo possível de as calcular. Nasce, daí, pretensão que, reduzindo-se à exigibilidade da prestação legalmente devida, é sempre e apenas pretensão a uma quantia, não ao reconhecimento da situação jurídico-funcional onde se assente o direito de exigir, a qual, por hipótese, nunca esteve em dúvida. A prescrição só pode, pois, encobrir a eficácia da exigibilidade do *direito originado*, de maneira independente e autônoma.

E como se trata de ofensa de direito restrito à percepção periódica de quanto, ou dada quantia, a pretensão correspondente renasce de igual modo, para efeito legal de prescritibilidade, em todos os momentos em que a quantia seja, supostamente, devida e, realmente, não paga, de sorte que a prescrição atinge cada prestação periódica, à medida que a partir de cada uma se perfaça o prazo da lei.

É o que se dá com os exemplos em que, embora reconhecendo ou não controvertendo o direito subjetivo do funcionário a reenquadramento, gratificação, adicional, ou outra vantagem econômica qualquer, a Fazenda não lhe paga a prestação correlata, ou lha paga por valor menor que o devido. Transparece, aqui, com idêntica clareza, que a única pretensão nata e prescritível é ao pagamento das parcelas legalmente devidas, cujo direito teria sido profanado pela Administração Pública, não alguma pretensão conjunta do reconhecimento prévio da situação jurídico-funcional, cuja existência válida e eficaz, como fonte do mesmo direito, jamais foi questionada nem posta em dúvida." (...) (RT 664, p. 23-4)."

Nesta C. 12ª Câmara de Direito Público a orientação vem evoluindo na mesma direção, conforme julgamento proferido na APELAÇÃO Nº 0012299-83.2011.8.26.0564, Rel. Des. VENICIO SALLES (j. 03/04/2013), de identificação da *prescrição da ação*, que se reconhece nesta sede recursal.

Dá-se provimento ao recurso da SPPREV, extingue-se o processo nos termos do art. 269, IV, do CPC.

Arcará o autor com as custas, despesas processuais e honorários advocatícios de 10% (dez p/cento) do valor da causa atualizado, que ficará obrigado desde que perca a gratuidade processual concedida (Lei 1.060/50, art. 11).

É como voto.

Dispositivo

RECURSO DE APELAÇÃO PROVIDO.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1054079-59.2014.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que é apelante FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO, são apelados FATIMA CONTI, ANDREIA JUDITE ALBINO LHASSER, APARECIDA MARTINS ALAMINO, CLÁUDIA DOS SANTOS BRITO, DISLEI ANTONIO DE OLIVEIRA, IARA LUCIA ALVES DA SILVA, MARLENE MARIA VIEIRA, SERGIO NORBERTO DE MORAES e SUELI APARECIDA STOCCO LOPES.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 12ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Deram parcial provimento ao recurso e ao reexame necessário. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 25.120)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores EDSON FERREIRA (Presidente), OSVALDO DE OLIVEIRA e VENICIO SALLES.

São Paulo, 4 de maio de 2016.

EDSON FERREIRA, Relator

Ementa: SERVIDORES PÚBLICOS ESTADUAIS. Quinquênios. Devem ser calculados sobre todas as verbas não eventuais que integram a remuneração regular dos servidores. Demanda procedente. Correção monetária pelo IPCA e juros de mora na forma da Lei 11960/2009. Recurso e reexame necessário a que se dá parcial provimento.

VOTO

A sentença, proferida pelo eminente juiz, Doutor Alberto Alonso Muñoz, julgou procedente demanda de servidores públicos estaduais por adicional por tempo de serviço calculado sobre todas as vantagens incorporadas à remuneração, com exceção dos próprios quinquênios e das vantagens não incorporadas, respeitado o prazo prescricional de cinco anos anteriores à propositura da ação, sendo os correspondentes valores com juros e correção monetária segundo o julgamento das ADI 4357 e 4425 e correspondentes modulações temporais, tendo fixado honorários advocatícios em três mil reais (fls. 103).

Embargos de declaração rejeitados (fls. 111).

Apela o Estado por correção monetária e juros de mora, estes a partir da citação, na forma da Lei 11960/2009, alegando que o Supremo Tribunal Federal ainda não se manifestou sobre os efeitos da decisão proferida nas ADI 4357 e

Acesso ao Sumário

4425 para os processos que ainda estão na fase de conhecimento, mas somente para a fase de execução.

Recurso não respondido.

É o relatório.

Incide hipótese de reexame necessário, segundo a orientação fixada pela Súmula 490 do STJ, por se tratar de sentença ilíquida.

A respeito da base de cálculo dos quinquênios, cumpre examinar as seguintes disposições de lei:

Constituição do Estado:

Artigo 129. Ao servidor público estadual é assegurado o percebimento do adicional por tempo de serviço, concedido no mínimo por quinquênio, e vedada a sua limitação, bem como a sexta-parte dos vencimentos integrais, concedida aos vinte anos de efetivo exercício, que se incorporarão aos vencimentos para todos os efeitos, observado o disposto no art. 115, XVI, desta Constituição.

Lei Complementar 712/93:

Art. 11. A retribuição dos servidores abrangidos pelo Plano compreende, além dos vencimentos ou salários, na forma indicada no art. 9º desta Lei Complementar, as vantagens pecuniárias abaixo enumeradas:

I – adicional por tempo de serviço, de que trata o artigo 129 da Constituição do Estado, ***que será calculado na base de 5% (cinco por cento) por quinquênio de serviço sobre o valor dos vencimentos****, não podendo essa vantagem ser computada nem acumulada para fins de concessão de acréscimos ulteriores, sob o mesmo título ou idêntico fundamento, nos termos do inciso XVI do artigo 115 da mesma Constituição.*

Estatuto dos Funcionários Públicos Civis do Estado de São Paulo, Lei 10.261, de 28-10-1968:

Art. 127. O funcionário terá direito, após cada período de 5 (cinco) anos, contínuos, ou não, à percepção de adicional por tempo de serviço, calculado à razão de 5% (cinco por cento) sobre o vencimento ou remuneração, a que se incorpora para todos os efeitos.

O texto da Constituição do Estado não especifica qual deve ser o valor do adicional por tempo de serviço, a ser concedido no mínimo por quinquênio, nem determina a base de cálculo (sequer menciona que seria em termos percentuais).

Por isso, e também pela expressão gramatical do texto, a referência a vencimentos integrais diz respeito somente ao benefício da sexta-parte, não se aplicando ao adicional por tempo de serviço.

Porém, a base de cálculo sobre a qual deve incidir o percentual de 5%, referida no singular como vencimento ou remuneração no Estatuto, que é de 1968, ou vencimentos, no plural, na lei mais recente, de 1993, deve ser

Acesso ao Sumário

determinada pelo aplicador da lei a partir da análise sistemática de como são definidas as vantagens pecuniárias dos servidores públicos do Estado, segundo a política de pessoal que tem sido praticada.

Do simples exame dos demonstrativos de pagamento, verifica-se de pronto que o salário base representa parcela diminuta no conjunto da remuneração, tanto que é inferior ao mínimo legal para um número muito significativo de servidores.

Por isso, ao salário base alinham-se vantagens outras, sob títulos diversos, especialmente de gratificações, cujo conjunto é que dá a dimensão real da remuneração do servidor.

Assim, não se afigura razoável a interpretação de que o sentido da lei que definiu em 5% o valor do adicional por tempo de serviço tenha sido de limitar a sua incidência a uma parcela quase simbólica da remuneração do servidor público, a que se reduziu o chamado salário base, em virtude da política de pessoal que o Estado há muitos anos vem adotando.

Bem mais compatível com o sentido e a natureza da vantagem, inclusive da sua inclusão no texto da Constituição do Estado, é que ela seja dimensionada conforme a remuneração total do servidor, assim compreendida como o conjunto de todas as vantagens pecuniárias, com exceção apenas para as vantagens de natureza eventual, assim consideradas as vantagens condicionadas a situações excepcionais e temporárias de trabalho, a fatores aleatórios ou a prazo determinado, e da sexta-parte, que já incide sobre aqueles adicionais, por vedada a incidência recíproca.

Então, é sobre essa remuneração total, de caráter permanente e não eventual, incluindo as gratificações de diversificada nomenclatura, com exceção das vantagens eventuais e da sexta-parte, que devem ser calculados os adicionais por tempo de serviço, descabida a restrição da sua incidência somente sobre o salário base.

Oportuno lembrar a regra do artigo 5º da Lei de Introdução ao Código Civil, que manda o juiz aplicar a lei de forma a atender aos fins sociais a que ela se dirige, que no caso não seria de limitar a incidência dos adicionais por tempo de serviço a parcela diminuta da remuneração dos servidores, a que se reduziu o salário base, por força da política remuneratória que o Estado há anos vem adotando, sobretudo de conceder gratificações em vez de reajustes ou aumento de vencimentos.

Acesso ao Sumário

Neste sentido a decisão da Ministra Carmen Lúcia, do Supremo Tribunal Federal, em 2-6-2008, no RE 535413, e os precedentes daquela Corte, citados na sua decisão (RE 199.374, Rel. Min. Maurício Corrêa, DJ 29.6.2001; RE 170.552, Rel. Min. Ilmar Galvão, DJ 29.8.1997; RE 160.860, Rel. Min. Néri da Silveira, DJ 23.6.1995; ADI 14, Rel. Min. Célio Borja, DJ 1º.12.1989):

"...dou provimento ao recurso extraordinário para determinar que o adicional por tempo de serviço e o adicional da sexta-parte sejam calculados sobre a totalidade dos proventos (art. 557, § 1º-A, do Código de Processo Civil e art. 21, § 2º, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal)".

O incidente de assunção de competência, introduzido no artigo 555, § 1º, do CPC pela Lei nº 10352, de 26 de dezembro de 2001, com evidente propósito de remediar a injustiça que decorre das decisões conflitantes sobre o mesmo tema de direito, ensejou julgamento no mesmo sentido, pela Turma Especial da Seção de Direito Público, composta, segundo o artigo 31 do Regimento Interno, pelos dois desembargadores mais antigos de cada Câmara da mesma Seção, realizado em 18 de maio de 2012, apelação nº 0087273-47.2005.8.26.0000, Relator Des. Sidney Romano dos Reis:

"O adicional por tempo de serviço "quinquênio" incide sobre todas as verbas que claramente integrem o vencimento padrão do servidor, de caráter permanente, excluídas somente as verbas de natureza eventual".

E a definição correta da base de cálculo sobre a qual devem ser calculados os adicionais por tempo de serviço não afronta o disposto no artigo 37, XIV, da Constituição Federal, no sentido de que "*os acréscimos percebidos por servidor público não serão computados nem acumulados para fins de concessão de acréscimos ulteriores*", especialmente considerando a política que há anos o Estado vem adotando, de mascarar os aumentos concedidos aos servidores sob o título de gratificações, seja para não estendê-los aos aposentados e pensionistas, seja para tratar de forma diferenciada os diversos segmentos do funcionalismo público estadual.

No tocante à aplicação da Lei 11960/2009, a partir da sua vigência, a modulação dos efeitos nas ADI 4357 e 4425, em 25 de março de 2015, se restringiu aos precatórios, de modo que remanesce sem modulação o reconhecimento da inconstitucionalidade do uso da taxa referencial ou dos rendimentos das cadernetas de poupança como fator de correção monetária, pela razão simples de que não refletem a desvalorização da moeda que a correção monetária objetiva recompor, sendo por isso adotada a orientação fixada pelo Superior Tribunal de Justiça, com os efeitos do artigo 543-C, do CPC, de correção monetária com base no IPCA, índice que melhor reflete a inflação acumulada do período, e juros de mora, a partir da citação, com base no índice oficial de remuneração básica e juros aplicados à caderneta de poupança, segundo a redação que a Lei 11960/2009 conferiu ao artigo 1º-F da Lei 9494/1997 (REsp nº 1.270.439 - PR, Rel. Ministro Castro Meira, Primeira Seção do STJ, votação unânime, com os efeitos do artigo 543-C do CPC, sistemática dos recursos repetitivos, j. 26-06-2013, DJe 02-08-2013).

Somente para este efeito, **DÁ-SE** parcial provimento ao recurso e ao

Acesso ao Sumário

reexame necessário.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0617909-66.2008.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que é apelante/apelado COMPANHIA DO METROPOLITANO DE SÃO PAULO – METRÔ, são apelados BANCO HEXABANCO S/A (MASSA FALIDA) e GC NEGÓCIOS E PARTICIPAÇÕES LTDA. (MASSA FALIDA) e Apelado/Apelante ITAÚ UNIBANCO S/A.

ACORDAM, em 6ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento, em parte, ao apelo do METRÔ. Negaram provimento ao do expropriado, na parte não prejudicada. V.U. Sustentou Oralmente o Dr. Vicente Renato Paolilo.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 34.297)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores EVARISTO DOS SANTOS (Presidente), LEME DE CAMPOS e SIDNEY ROMANO DOS REIS.

São Paulo, 9 de maio de 2016.

EVARISTO DOS SANTOS, Relator

Ementa: DESAPROPRIAÇÃO

Valor da indenização. Prevalência do trabalho pericial. Devida indenização conforme tecnicamente considerado no laudo, de acordo com as peculiaridades da área e o momento da imissão na posse. Descabida alteração.

JUROS COMPENSATÓRIOS

Alíquota. Manutenção dos compensatórios a 12% a.a. Imissão na posse ocorreu após concessão de liminar na ADIn nº 2.332/DF, quando os juros compensatórios retomaram a alíquota de 12% a.a, conforme prevê a Súmula nº 618 do STF. Precedentes.

Base de cálculo. Diferença entre os valores depositados e o total da indenização, incluindo-se a complementação do depósito.

Termos *a quo* e *ad quem*. Devidos a partir da imissão na posse até a expedição do precatório.

Acesso ao Sumário

JUROS MORATÓRIOS

Base de cálculo. Como os compensatórios.

CORREÇÃO MONETÁRIA

Termo *a quo*. Devida desde a elaboração do laudo pericial, nos termos da Lei nº 6.899/81.

HONORÁRIOS

Razoável a redução, respeitados os preceitos legais. Exclusão de nova atualização e juros moratórios, salvo atraso.

RETENÇÃO

Possibilidade. Ausência de título de parte da área desapropriada, retenção de 1,936% do valor total devido. Necessária retificação da matrícula. Observância ao art. 34, parágrafo único do Decreto-Lei nº 3.365/41.

Recurso do METRÔ parcialmente provido. Não provido o do expropriado, na parte não prejudicada.

VOTO

1. Ao relatório anterior acrescento ter a **Eg. 6ª Câmara de Direito Público**, acolhendo o vício suscitado (fls. 994/995) pelos apelados, **anulado** (fls. 1.008/1.011) o v. aresto anterior (fls. 972/981) e julgado prejudicados os embargos de declaração interpostos, determinando a remessa dos autos à D. Procuradoria para parecer (fls. 1.045), por constar como parte do processo o BANCO HEXABANCO S/A (massa falida).

Opinando a D. Procuradoria (fls. 1.049/1.053), retornaram os autos a esta **Eg. 6ª Câmara de Direito Público** (fls. 1.054).

É o relatório.

2. a) Quanto à indenização.

Trata-se de **desapropriação** de imóvel descrito na inicial, localizado na Avenida Caloi, nº 2.106, Santo Amaro/SP, necessário para a construção de pátio para estacionamento de trens, abrangido pelo projeto de implantação da Linha 5 – Lilás – Decreto nº 53.429/08.

Após **avaliação prévia** (fls. 51/93) do imóvel (R$ 4.823.707,00 – fls. 25/28), complementou-se o depósito inicial (fls. 251/253 e 257). Deferiu-se a **imissão** na posse (fls. 255), efetivada em **30.12.09** (fls. 271).

Interposto embargos de terceiro (fls. 265), noticiou-se, posteriormente, ter sido sentenciado o feito (fls. 852/855) – extinto sem julgamento de mérito.

Acesso ao Sumário

O ***expert*** Engº. José Zarif Neto, elaborando o laudo (fls. 392/422) apontou, para **março de 2009** (fls. 405), de acordo com a *"... metodologia adequada e, para classificação do imóvel e avaliação das benfeitorias, obedeceu aos critérios adotados pela Comissão de Peritos nomeada pela Portaria CAJUFA nº 01/2003, inclusive valor intermediário entre a pretensão das partes*" (fls. 830), os seguintes valores:

- R$ 553,51 m² – valor médio do metro quadrado;
- Área: 38.982,02 m²
- Totalizando R$ 20.208.960,03 para março de 2009 (fls. 409).

Esse trabalho sofreu críticas dos assistentes técnicos das partes (fls. 427/428; 430/439; 440/448; 638/647 e 667/683), rebatidas pelo perito (fls. 713/721 – com documentos: fls. 722/781). Novas críticas e questionamentos (fls. 786/793 e 797) e, em seguida, apresentação de memoriais (fls. 800/811; 815/819 e 822).

R. sentença **acolheu** a avaliação do Perito, assim dispondo:

> "*Verificam-se dos laudos apresentados, não haver razões suficientes e convincentes para afastar aquele de fls. 392/422, elaborado pelo Perito Judicial, acrescido dos esclarecimentos de fls. 713/721, pois o laudo oficial foi realizado com a metodologia adequada e, para classificação do imóvel e avaliação das benfeitorias, obedeceu aos critérios adotados pela Comissão de Peritos nomeada pela Portaria CAJUFA nº 01/2003, encontrando, inclusive valor intermediário entre a pretensão das partes.*"
>
> *"No mais, as críticas trazidas a baila pelas partes foram todas bem refutadas pelos exaurientes esclarecimentos prestados às fls. 713/781."*
>
> *"Assim, em que pesem as alegações das partes e do Ministério Público, deve ser adotado o referido laudo para fixação do valor de indenização do bem expropriado de 38.982,02 m² (fls. 395), que vale, portanto, em março de 2009, R$ 20.368.404,69 (fls. 409)."*
>
> *"Porém, face haver titulação apenas para 38.227,56 m² do terreno desapropriado (fls. 395), o valor de tal diferença de metragem (754,46 m²) corresponde a 1,936%, devendo, portanto, ficar retido nos autos tal percentual sobre o valor total devido até a apresentação de matrícula retificada da área ou comprovação de quem seja o proprietário."* (fls. 830).

Correta a r. decisão.

Avaliação é de **março de 2011** (fls. 412) para obtenção do valor para **março de 2009**. Não era mais possível, passados 3 (três) anos, obter junto a imobiliárias elementos comparativos reais e confiáveis para apuração de valor referente àquela data.

Acesso ao Sumário

E como bem elucidado em seus esclarecimentos:

"Em relação as críticas da Requerente quanto à ausência de desvalorização da área pela sua 'frente reduzida', cumpre esclarecer que o imóvel em questão, com 39.982,02 m², é uma área predominantemente industrial e assim deve ser avaliada."

"Esse é o fundamento aplicável aos cálculos periciais, devidamente normatizados em critérios, diretrizes e parâmetros CAJUFA/04, cuja classificação, enquadramento e fundamentação se fez considerando a garantia, a segurança e a adequação de acesso largo para a Av. Guido Caloi (praticamente 30 metros, largura superior a maioria das avenidas da cidade)."

(...)

"Ambos os Pareceres do Expropriado impugnam os elementos de pesquisa que detém áreas menores que a em avaliação, discordam da aplicação do fato da correção de área, mas não oferecem áreas de mesma magnitude para comparação direta (porque tais áreas não estão disponíveis na localidade)."

"É, portanto, necessário e imprescindível, tratar as ofertas por fatores de homogeneização, uma vez que não é igual o metro quadrado de um lote industrial de 2.000 ou 3.000 m² e um lote industrial de 40.000 m²." (fls. 716 e 718).

Sequer por alegada afronta as normas da ABNT merece reparo o laudo apresentado:

"As normas ABNT NBR 14.653, são normas gerais, genéricas e aplicáveis ao Brasil. Tratam de gerar algumas recomendações, mas não oferecem o método para viabilizar a empreitada, transferindo este compromisso para institutos regionais. Neste fórum privilegiado, há metodologias e referências próprias, que visam uniformidade nas conclusões avaliatórias, denominadas CAJUFA/04, reitera-se."

"O Perito utilizou o Método Evolutivo concebido na NBR da ABNT, tal como aprimorado e adequado à realidade paulistana por meio dos critérios, diretrizes e parâmetros CAJUFA/04 e do EEVV/02, versão 2007, e considerou as possibilidades de individualização do caso no contexto local." (fls. 720).

Desse modo, **não** há falar em inadequação, tampouco em violação ao princípio da justa indenização.

Observe-se que:

"No que diz respeito à indenização, a regra fundamental está no art. 5º, XXIV, da CF: a indenização tem que ser ***prévia, justa e em***

Acesso ao Sumário

***dinheiro**. São os princípios, respectivamente, da **precedência, justiça e pecuniariedade**."* (grifei – **JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO** – "Manual de Direito Administrativo" – Ed. Lúmen Júris – 2006 – p. 697).

E **não** há elementos para se afastar a solução dada quanto ao valor da indenização.

b) Quanto aos juros compensatórios.

b.1. – A alíquota.

Esta **6ª Câmara de Direito Público**, seguindo orientação desta **Egrégia Corte, entendia**, reiteradamente, o cabimento dos juros compensatórios de 6% ao ano em face da sensível alteração da realidade econômica e **não** por imposição de Medida Provisória ou qualquer ato emanado do Poder Executivo (AC nº 148.087-5/6 – Rel. Des. **COIMBRA SCHMIDT**; AC nº 254.204-5/8 – Rel. Des. **OLIVEIRA SANTOS**; EI nº 216.288-5/5 – Rel. Des. OLIVEIRA SANTOS; AC nº 741.703-5/0 – v.u. j. de 07.04.08 – Rel. Des. OLIVEIRA SANTOS; AC nº 856.820-5/8 – v.u. j. de 29.06.09 – Rel. Des. **JOSÉ HABICE**; AC nº 881.292-5/5 – v.u. j. de 14.12.09 – Rel. Des. **LEME DE CAMPOS**; AC nº 271.769.5/0-00 – v.u. j. de 17.02.03; AC nº 278.876.5/9 – v.u. j. de 01.12.03; AC nº 967.853-5/2 – v.u. j. de 09.11.09; AC nº 994.09.248634-8 – v.u. j. de 01.03.10 e AC nº 0.007.663-65.2008.8.26.0019 – v.u. j. de 03.10.11, de que fui Relator, dentre outros arestos no mesmo sentido).

Altero, entretanto, meu posicionamento para acompanhar a jurisprudência dos **Colendos Tribunais Superiores** e fixar a alíquota dos **juros compensatórios** em **12%** (doze por cento) ao ano até a entrada em vigor da Medida Provisória nº 1.577/97.

Assim disciplinou a MP nº 1.577/97 (artigo 15-A, do Decreto-lei nº 3.365/41):

> *"Art. 3º No caso de imissão prévia na posse, na desapropriação por necessidade ou utilidade pública e interesse social, inclusive para fins de reforma agrária, havendo divergência entre o preço ofertado em juízo e o valor da condenação, expressos em termos reais, **incidirão juros compensatórios de seis por cento ao ano sobre o valor da diferença eventualmente apurada, a contar da imissão na posse**."*

Portanto, a partir da vigência da MP nº 1.577/97 os **juros compensatórios** passaram a ser de **6%** (seis por cento), percentual este que restou alterado pela concessão de liminar na ADIn nº 2.332/DF em **13.09.01**, quando os juros compensatórios retomaram a alíquota inicial de 12% a.a, conforme prevê a **Súmula nº 618** do **STF** ["*NA DESAPROPRIAÇÃO, DIRETA OU INDIRETA, A TAXA DOS JUROS COMPENSATÓRIOS É DE 12% (DOZE POR CENTO) AO ANO*."]

Como já decidiu o **Eg. Superior Tribunal de Justiça:**

"***4. Os juros compensatórios, como regra, devem ser fixados em 12% ao ano a partir da imissão na posse, nos termos da Súmula 618/STF. Entretanto, após o advento da MP 1.577/97, a alíquota aplicável será de 6% ao ano até a publicação da liminar concedida na ADI 2.332/DF - DJU de 13.09.01. A partir daí, os juros compensatórios devem voltar ao percentual de 12% ao ano, nos termos do referido enunciado sumular.***" (grifei – **STJ** – REsp 1273242/PE – julgado em 27/08/2013 – DJ-e 06/09/2013 – Rel. Min. **NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO**).

"...6. Os ***juros compensatórios*** *independem da produtividade do imóvel, pois decorrem da perda antecipada da posse e podem ser cumulados com os moratórios (Súmula 12/STJ).* ***Sua alíquota é de 12% ao ano, em regra, nos termos da Súmula 618/STF, e incide a partir da imissão na posse. No entanto, nas hipóteses em que esta ocorreu após a MP 1.577, de 11.6.1997, os juros são de 6% ao ano, até a publicação da liminar concedida na Adin 2.332/DF (13.9.2001).***

7. Orientação reafirmada no julgamento do REsp 1.111.829/SP, sob o rito dos recursos repetitivos.

8. No caso dos autos, a imissão na posse ocorreu em 6.7.1992 (fl.64, e- STJ), data anterior à edição da MP 1.577/1997 (publicada em 11.06.1997). Nessa situação, ***a alíquota dos juros compensatórios deve ser fixada em 6% ao ano, exclusivamente no período compreendido entre a edição da MP 1.577/97 até a publicação da liminar concedida na Adin 2.332/DF (13.09.2001).***

9. Recurso Especial parcialmente provido." (grifei – **STJ** – REsp 1297394/AC julgado em 08/04/2014 – DJ-e 18/06/2014 – Rel. Min. **HERMAN BENJAMIN**).

No mesmo sentido o entendimento deste **C. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo**:

"Por sua vez, os juros compensatórios foram corretamente arbitrados em 12% ao ano, de acordo com as Súmulas 618 STF e 408 STJ, e devem incidir desde a imissão na posse, em observância às Súmulas 69 e 114 do STJ." (AC nº 0.007.840-73.2011.8.26.0132 – v.u. j. de 15.02.16 – Rel. Des. **CARLOS EDUARDO PACHI**).

"A taxa dos juros compensatórios deve ser mantida no quantitativo de 12% ao ano. Em liminar deferida na ADIN 2.332-2-DF, o Egr. Supremo Tribunal Federal suspendeu por inconstitucionalidade a eficácia da expressão 'de até 6% ao ano', constante do artigo 15-A do Dec. lei .3.365, de 1941, introduzido pela Medida Provisória n. 2.183-56, de 2001. Na esteira da recente jurisprudência do Egr. Superior Tribunal de Justiça: ***'Os juros compensatórios, em ação de desapropriação,***

Acesso ao Sumário

seja direta ou indireta, devem ser fixados em 12% (doze por cento) ao ano, ante a Súmula 618/STF. O Supremo Tribunal Federal decidiu suspender a expressão 'de até seis por cento' constante do artigo 1º da Medida Provisória nº 1577/97, que introduziu o artigo 15-A no Decreto-lei nº 3.365/41*.' (STJ, 2ª Turma, R.Esp. 685.977-SP, j. 03.03.2005. DJU 23.05.2005, pág. 234, Rel. o Min. CASTRO MEIRA)."* (AC nº 1.015.537-06.2013.8.26.0053 – v.u. j. de 16.02.16 – Rel. Des. **AROLDO VIOTTI**).

E,

"O patamar desse acréscimo, originalmente, era de 12% ao ano, percentual este que passou a ser de 6% ao ano, após a edição da Medida Provisória 1.577/97 (artigo 15-A, do Decreto-lei nº 3.365/41) e que novamente voltou a ser de 12% ao ano, após concessão de medida cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.332-2 e a teor do disposto pelas Súmulas 618 do Supremo Tribunal Federal e 408 do Superior Tribunal de Justiça..." (AC nº 0.013.701-54.2009.8.26.0053 – v.u. j. de 22.02.16 – Rel. Des. **JARBAS GOMES**).

Assim, como a imissão na posse se deu em **30.12.09** (fls. 271), a alíquota a ser considerada no presente caso é de **12% ao ano**, conforme o entendimento supra.

Daí a **manutenção** do julgado quanto ao ponto, como bem observou o MM. Juízo ***a quo*** *["... juros compensatórios simples de 12% a.a. (Súmula nº 618, STF e ADI 2332-2)..."* – fls. 831).

b. 2. – O termo final.

A propósito, entende o **Colendo Superior Tribunal de Justiça:**

"*Os juros compensatórios, em desapropriação, somente* ***incidem até a data da expedição do precatório original****. Tal entendimento está agora também confirmado pelo § 12 do art. 100 da CF, com a redação dada pela EC 62/09*" (STJ – 1ª Seção, REsp 1.118.103, Min. **TEORI ZAVASCKI**, j. 24.2.10, DJ 8.3.10 *in* **THEOTÔNIO NEGRÃO** "Código de Processo Civil e Legislação Processual em Vigor" – Ed. Saraiva – 2012 'Desapropriação – Dec. lei 3.365/41' – art. 15-A – nota 4 – p. 1.359).

Daí o acolhimento do inconformismo quanto ao ponto.

b.3. A base de cálculo e o termo *a quo*.

Juros compensatórios incidem "*... sobre a diferença entre os valores depositados e o total da indenização, incluindo-se a complementação do depósito*." (AC. nº 61.704-5 – Rel. Des. **CLÍMACO DE GODOY** – v.u. j. de 16.04.98) e a partir da imissão na posse ("*... juros compensatórios de 6% ao ano incidem, a contar da imissão prévia na posse do imóvel, sobre a diferença entre o valor da soma da oferta e do depósito complementar e o da indenização,*

corrigidos monetariamente..." – AC nº 56.678-5 – Rel. Des. **LUIZ TÂMBARA** – v.u. j. de 14.04.98).

Esta orientação antiga da jurisprudência (**JOSÉ CARLOS DE MORAES SALLES** – *op. cit*. – p. 587 – nº 4.8.), ainda hoje seguida inclusive nesta **Egrégia 6ª Câmara de Direito Público** (AC nº 79.247-5 – Rel. Des. **OLIVEIRA SANTOS** – v.u. j. de 28.01.99; AC nº 99.458-5 – Rel. Des. **OLIVEIRA SANTOS** – v.u. j. de 28.01.99; AC nº 75.463-5 Rel. Des. OLIVEIRA SANTOS – v.u. j. de 28.01.99; AC nº 199.107-5 Rel. Des. **OLIVEIRA SANTOS** v.u. j. de 29.01.01; AC nº 271.708.5/2 – v.u. j. de 10.03.03; AC nº 341.068.5/5 – v.u. j. de 22.03.04 e AC nº 994.09.248634-8 – v.u. j. de 01.03.10 de que fui Relator, dentre outros arestos).

Também quanto ao ponto merece **reforma** o julgado.

Acolho o pedido do METRÔ.

c) Quanto aos juros moratórios.

Conforme mencionado (item anterior **b.3**), os juros **moratórios e** os compensatórios incidirão sobre a **diferença entre o valor da soma da oferta e do depósito complementar e o da indenização, corrigidos monetariamente** (AC nº 0.030.588-16.2009.8.26.0053 – v.u. j. de 02.12.13 – de que fui Relator).

Daí o reparo da sentença quanto ao ponto.

d) Quanto aos honorários.

Honorários restaram fixados em 2% do valor da diferença entre o montante oferecido pela requerente na inicial e a quantia atualizada da indenização (fls. 832).

Todavia, a manutenção da verba como fixada afronta os limites legais previstos no § 1º do art. 27 do Decreto-Lei nº 3.365/41, com redação dada pela Medida Provisória nº 2.183-56/0.

Razoável acolher o recurso do METRÔ para reduzir o valor da verba, fixando os honorários em 0,5% (meio por cento) do valor da diferença entre a oferta e o total da indenização, devidamente atualizado, conforme disposto na r. sentença (art. 27, § 4º do Decreto-Lei nº 3.365/41).

Considerando que a base dos honorários é importância devidamente atualizada, nada justifica nova atualização. Mora, a justificar juros dessa parcela, só na hipótese de atraso no pagamento (integral ou de parcela).

Daí o acolhimento ao apelo apenas para esses fins reduzir percentual e excluir atualização e juros moratórios, salvo nas hipóteses acima.

e) Quanto à retenção.

Determinou o MM. Juízo *a quo* a retenção de 1,936% do valor total devido, em face da ausência de título de parte da área desapropriada.

Daí o inconformismo do expropriado. Sustenta que a área encontrada

Acesso ao Sumário

nesse percentual seria superior à da matrícula, de acordo com o art. 500 do CC.

Sem razão, contudo.

Sentença respeitou o disposto no art. 34, parágrafo único do Decreto-Lei nº 3.365/41:

> *"**Art. 34**. O levantamento do preço será deferido mediante prova de propriedade, de quitação de dívidas fiscais que recaiam sobre o bem expropriado, e publicação de editais, com o prazo de 10 dias, para conhecimento de terceiros."*
>
> *"**Parágrafo único**. Se o juiz verificar que há dúvida fundada sobre o domínio, o preço ficará em depósito, ressalvada aos interessados a ação própria para disputá-lo."* (grifei).

Portanto, o valor poderá ser levantado quando apresentada matrícula retificada, confirmando a propriedade.

Mantem-se o julgado quanto ao ponto.

Mais não é preciso acrescentar.

Em resumo: (**a**) mantém-se **indenização** e **retenção**; (**b**) cabem **juros compensatórios**, à razão de 12% (doze por cento) ao ano, incidindo sobre a diferença entre o depósito inicial, nele incluído o complementar, e a indenização, ambos corrigidos monetariamente, desde a imissão na posse até a expedição do precatório; (**c) os moratórios** mantém a mesma base de cálculo (letra "b" supra) dos compensatórios; e **(d) reduzem-se** os honorários à razão de 0,5% (meio por cento), sem correção ou juros moratórios.

3. Dou provimento, em parte, ao apelo do METRÔ. Nego provimento ao do expropriado, na parte não prejudicada.

ACÓRDÃO

Acesso ao Sumário

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1013263-54.2014.8.26.0564, da Comarca de São Bernardo do Campo, em que é apelante JOSÉ NETO DE SOUZA OLIVEIRA, é apelado PREFEITURA MUNICIPAL DE SÃO BERNARDO DO CAMPO.

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, com observação. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 24.203)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores REBOUÇAS DE CARVALHO (Presidente sem voto), DÉCIO NOTARANGELI e OSWALDO LUIZ PALU.

São Paulo, 11 de maio de 2016.
CARLOS EDUARDO PACHI, Relator

Ementa: AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DESAPROPRIAÇÃO INDIRETA – Desapropriação não configurada – Autor que visa à indenização decorrente do desalojamento promovido pela Municipalidade de São Bernardo do Campo em vista de reurbanização da área e construção de moradias populares com infraestrutura adequada – Decisão proferida em sede de Ação Civil Pública que determinou a reurbanização e o reassentamento de famílias da região – Indenização indevida – Ação extinta sem resolução de mérito – Improcedência mantida por outros fundamentos.

Recurso improvido, com observação.

VOTO

Vistos, etc.

Trata-se de apelação tempestivamente deduzida pelo Autor contra a r. sentença de fls. 95/99 que julgou improcedente a ação, extinguindo o feito sem julgamento de mérito, nos termos do art. 267, VI do CPC, condenando-o ao pagamento de custas e despesas processuais além de verba honorária fixada em R$ 2.000,00 (dois mil reais), observada a gratuidade concedida.

Sustenta, em apertada síntese, que o processo de reurbanização reduzirá seu patrimônio, sendo de rigor o pagamento de indenização em face da expropriação levada a efeito pela Municipalidade de São Bernardo do Campo. (fls. 104/106).

Contrarrazões a fls. 110/115.

Processados, subiram os autos.

Instadas, as partes não se manifestaram a cerca do julgamento virtual conforme certificado a fls. 158.

É o relatório.

Trata-se de ação de indenização por desapropriação, julgada extinta sem julgamento do mérito, com fulcro do art. 267, VI do CPC.

Embora a parca argumentação das razões de apelação quase não permita o seu conhecimento, a apreciação da causa dar-se-á em razão das questões de direito público envolvidas, que devem ser esclarecidas com rigor.

Depreende-se dos autos que o Autor pretende o recebimento de

indenização pela desocupação de área de preservação permanente, parte do projeto de reurbanização promovido pela Municipalidade de São Bernardo do Campo e objeto de Ação Civil Pública proposta pelo Ministério Público, julgada procedente para condenar os réus solidariamente à regularização do loteamento e adequação à legislação ambiental (fls. 65).

Os autos foram remetidos à Câmara Especializada em Meio Ambiente que suscitou Conflito de Competência (fls. 137/141), oportunamente jugado nos termos do V. Acórdão copiado a fls. 149/153, de relatoria do eminente Desembargador Álvaro Passos que determinou o retorno dos autos a esta C. Câmara para apreciação da causa.

Curiosamente, a questão suscitada pelo Autor não é nova nesta C. Corte de Justiça.

Não há no caso desapropriação direta ou indireta.

O Decreto nº 17.659/2011 estabeleceu reordenação de assentamentos consoante o Plano Diretor aprovado pela Lei Municipal nº 5.593, de 05/10/2006, que assim prevê:

"Fica aprovado o Plano Integrado de Urbanização e Regularização Fundiária Sustentável dos Assentamentos Precários Capelinha e Cocaia, localizados, respectivamente, na Estrada Caminho do Mar e Estrada da Cocaia, Bairro Varginha, neste Município, correspondente aos perímetros delimitados como ZEIS 4".

O Projeto urbanístico da referida região também foi objeto da Lei Estadual nº 13.579/2009 que definiu Área de Proteção e Recuperação de Mananciais da Bacia Hidrográfica do Reservatório Billings – APRM-B.

Registre-se que a localidade em que reside o Autor é área de alta densidade demográfica, carente de infraestrutura urbana mínima, sendo que as moradias foram construídas em área de preservação permanente, sujeitas ao risco de inundação, solapamento, deslizamento e degradação de nascentes.

Por tais motivos, o Ministério Público ajuizou a Ação Civil Pública nº 1.189/1995, que tramitou perante a 1ª Vara Cível da Comarca de São Bernardo do Campo, e resultou na condenação da Municipalidade de São Bernardo e da própria Associação de Moradores do Núcleo Capelinha a regularizarem o loteamento e proceder sua adequação à legislação ambiental e aos diplomas legais supramencionados.

Acesso ao Sumário

Com efeito, não ha qualquer intensão de suprimir a propriedade dos moradores da região, como o Autor, mas tão-somente dar cumprimento de decisão judicial que determinou a urbanização local, com a instalação de equipamentos comunitários, moradia digna, revitalização e oferecimento de serviços públicos mínimos.

É certo que o assentamento e remanejamento de famílias pode ser custoso

e desgastante, mas isso não enseja qualquer indenização.

Os eventuais transtornos e demolições das atuais propriedades são certamente temporárias e visam à melhorias publicas impostas por condenação judicial, especialmente no que tange à construção de moradias mais adequadas e seguras para alocar a população da região.

Nesse sentido:

"INDENIZAÇÃO – Edição do Decreto Municipal nº 17.659/2011, com objetivo de regularização fundiária sustentável dos assentamentos precários Capelinha e Cocaia, na Municipalidade de São Bernardo do Campo – Inocorrência de intervenção supressiva, direta ou indireta – Reordenação urbana em atendimento à legislação de regência e à decisão judicial proferida nos autos da ação civil pública nº 1.189/1995 – Projeto com vistas à instalação de equipamentos comunitários, moradia digna, revitalização e oferecimento de serviços públicos mínimos – Reassentamento e remanejamento das famílias previstos com a finalidade de implantação de melhorias para toda uma comunidade, e que não pode ser confundidos com expropriação – Apelação não provida." (AC nº 1018014-84.2014.8.26.0564, rel. Des. Fermino Magnani Filho, j. em 11.02.2016).

Inviável, portanto, o acolhimento do apelo do Autor.

Dessa forma, de rigor manter a improcedência do feito, mas com fulcro no art. 269, inciso I do CPC/1973 (atual art. 487, inciso I do NCPC).

Pelo exposto, **NEGO PROVIMENTO** ao recurso, com a observação supra.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1006834-47.2015.8.26.0302, da Comarca de Jaú, em que é apelante FAZENDA PÚBLICA DO MUNICÍPIO DE JAHU, são apelados MARLENE RETT PERILIO e MARCOS RUIZ RETT.

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 21.963)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores BEATRIZ BRAGA (Presidente sem voto), BURZA NETO e FRANCISCO OLAVO.

São Paulo, 12 de maio de 2016.

Acesso ao Sumário

WANDERLEY JOSÉ FEDERIGHI, Relator

Ementa: APELAÇÃO - EMBARGOS À EXECUÇÃO DE SENTENÇA – Ação de repetição de indébito concernente ao pagamento de Taxas (Limpeza Pública, Conservação de Vias e Logradouros e Combate a Incêndio) – Execução dos valores objeto da condenação – Irresignação da Prefeitura Municipal consubstanciada na alegação de inexigibilidade do título executivo, haja vista a ocorrência da hipótese descrita no art. 741, parágrafo único, do CPC/73 – Inadmissibilidade – Título judicial regularmente constituído – Súmulas Vinculantes 19 e 29 inaplicáveis na hipótese em testilha – Inexistência de pronunciamento específico do STF acerca da inconstitucionalidade ou constitucionalidade das taxas em discussão – Inexigibilidade do título não caracterizada – Relativização da coisa julgada não permitida, na hipótese *sub judice* – Segurança jurídica que deve prevalecer – Alteração da r. sentença apenas para se determinar o desacolhimento dos embargos – Recurso desprovido, com observação.

VOTO

Vistos.

A **PREFEITURA MUNICIPAL DE JAHU**, nos autos da ação de repetição de indébito (proc. nº 1006834-47.2015.8.26.0302, da E. 2ª Vara Cível da Comarca de Jaú), ora em fase de execução, que lhe movem **MARLENE RETT PERILIO E OUTRO**, opôs embargos à execução, alegando, em síntese, vício no procedimento, haja vista que o art. 730 do CPC/73 não estabelece a regra do modelo sincrético do processo, razão pela qual a execução deveria ser extinta, haja vista que não formalizada de modo autônomo, como deveria. Ainda, sustenta que o STF passou a entender pela constitucionalidade das taxas que se determinou a repetição, razão pela qual o título executivo seria inexigível, nos termos do art. 741, parágrafo único, do CPC/73. Ao término, pugna pelo acolhimento dos presentes embargos, a fim de extinguir-se a execução em curso.

Registre-se que foi proferida a r. sentença de fls. 67/69, que extinguiu os presentes embargos sem resolução de mérito.

Na sequência, a Prefeitura Municipal executada interpôs seu recurso de apelação (fls. 71/86), no qual insiste ser aplicável ao caso *sub judice* o

Acesso ao Sumário

art. 741, parágrafo único, do CPC, ressaltando que o título judicial transitou em julgado em momento posterior ao entendimento sufragado pelo STF nas Súmulas Vinculantes nºs 19 e 29, motivo pelo qual deve o título ser considerado inexigível.

Tempestivo o recurso, foi o mesmo regularmente recebido e processado, com a apresentação de contrarrazões (fls. 90/109).

Subiram os autos a esta Corte.

É o relatório.

De proêmio, impõe-se ponderar que o recurso em apreço foi interposto sob a égide do CPC/73, razão pela qual, em atenção ao princípio do Isolamento dos Atos Processuais, os atos já praticados, assim como as situações jurídicas já consolidadas com fulcro no código anterior, devem ser convalidados ou reformados com base no CPC/73, entendimento este, aliás, em consonância com o art. 14 do CPC/15, bem como atento ao princípio da necessária segurança jurídica.

Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero, versando sobre o assunto, assinalam que:

"(...) a lei nova tem de respeitar a eficácia do ato processual já praticado. O exemplo clássico encontra-se no direito recursal. A lei do recurso é a lei do dia em que se tornou recorrível a decisão. A abertura de prazo recursal dá lugar a uma situação jurídica pendente: aguarda-se a interposição ou não do recurso. ***O recorrente tem direito à observação do direito vigente à época da abertura do prazo recursal****. Fora daí há ofensa a direito processual adquirido e efeito retroativo da legislação" (Novo Código de Processo Civil Comentado,* 1ª edição, Ed. Revista dos Tribunais, 2015, p. 992) (negritamos).

Pois bem.

Superado este primeiro e imprescindível esclarecimento, passa-se à apreciação do recurso em si.

Malgrado o zelo e a combatividade do ínclito procurador da Municipalidade apelante, entende-se, com a devida vênia, que o recurso interposto *não reúne condições de ser provido*.

Senão, vejamos.

Depreende-se dos autos que o Município de Jahu opôs embargos à execução (em decorrência da execução de sentença que condenou a Municipalidade à restituição dos pagamentos efetuados pelos apelados a título de Taxas de Limpeza Pública, Conservação de Vias e Logradouros e Combate à Incêndio), sob a alegação de inexigibilidade do título judicial que a instruiu, já que fundado em norma tida por constitucional.

O douto juiz *a quo* extinguiu os referidos embargos sem julgamento do

Acesso ao Sumário

mérito, por entender, em suma, que a situação delineada no art. 741, parágrafo único, do CPC/73 pressupõe que o pronunciamento do STF sobre o assunto tenha se dado após o trânsito em julgado da decisão, hipótese esta não verificada no caso *sub judice*, bem como por considerar que o conhecimento dos embargos opostos violaria a coisa julgada.

Primeiramente, ressalto que não perfilho do mesmo entendimento do douto magistrado de primeiro grau quanto ao momento do pronunciamento do STF, a fim de ensejar a aplicação da regra contida no art. 741, parágrafo único, do CPC/73.

Isto, pois denota-se da doutrina autorizada, bem como do entendimento jurisprudencial sobre o assunto que a situação de relativização da coisa julgada, prevista no artigo em apreço, pressupõe que a declaração do STF sobre a inconstitucionalidade (ou constitucionalidade, como é entendido por alguns) da norma tenha sido anterior à formação do título executivo que se almeja seja desconstituído, haja vista que, de fato, se constituído o título em momento posterior a tal pronunciamento, fatalmente o combate da decisão ficaria a cargo da ação rescisória.

Sobre o assunto, aliás, já se pronunciaram Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery:

"(...) não seria materialmente inconstitucional a norma ora comentada quando aplicada apenas em numa situação: somente a decisão anterior do STF, proclamando a inconstitucionalidade de lei ou de ato normativo ou a aplicação ou interpretação de norma tida como incompatível com a CF em ADIN (v. comentários seguintes) é que poderia atingir o título executivo judicial que transitasse em julgado *posteriormente* à decisão do STF. Apenas e unicamente nesse caso é que teria aplicabilidade a norma sob análise (...)" (*Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante*, 9ª ed. ver., atual. e ampl., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 918).

Nesse sentido:

"AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. MANIFESTAÇÃO DO STF. ANTERIORIDADE COM RELAÇÃO AO TÍTULO EXEQUENDO. INOVAÇÃO EM SEDE DE AGRAVO REGIMENTAL. IMPOSSIBILIDADE. TÍTULO JUDICIAL. TRÂNSITO EM JULGADO ANTERIOR À MANIFESTAÇÃO DO STF. PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 741 DO CPC. NÃO INCIDÊNCIA. 1. A alegação de anterioridade da manifestação do Supremo Tribunal Federal quanto à matéria tratada no título exequendo é inovação recursal inadmissível em sede de agravo regimental, em razão de não constar do recurso especial manifestação contrária ao posicionamento do Tribunal de origem quanto ao tema. Precedentes. 2. **É entendimento sedimentado neste Superior Tribunal que não incide o**

Acesso ao Sumário

parágrafo único do art. 741 do CPC sobre os títulos judiciais exequendos cujo trânsito em julgado tenha se dado em data anterior à manifestação do Supremo Tribunal Federal sobre o tema em que se fundam. Precedentes. 3. Agravo regimental a que se nega provimento" (STJ, AgRg no REsp. nº 1221277/SC, Sexta Turma, Relator Ministro Og Fernandes, j. 28.05.2013, DJe. 10.06.2013) (grifamos).

A corroborar tal raciocínio, ressalte-se que o legislador, ao reproduzir a regra em discussão no atual CPC/15, explicitou, a fim de sanar tal controvérsia, que a decisão do STF deve ser anterior ao trânsito em julgado da decisão exequenda (art. 525, §§ 12 e 14).

Logo, considerando-se que restou evidenciado nos autos que o trânsito em julgado que ensejou o título executivo, ora atacado, ocorreu em 29.06.2015 (fl. 110), bem como ponderando-se que o entendimento firmado pelo STF, objeto da insurgência da Municipalidade, operou-se em momento anterior à formação do título (Súmulas 19 e 29 datadas, respectivamente, de 2009 e 2010) tem-se que, em tese, poder-se- ia sustentar a utilização do art. 741, parágrafo único, do CPC/73 na situação em apreço.

Não se nega que o assunto a envolver a aplicabilidade do parágrafo único do artigo em estudo é tormentoso, sobretudo diante da possibilidade que o mesmo proporciona de relativização da coisa julgada, coisa julgada esta, adverte-se, a representar fator de segurança jurídica no sistema processual.

Assim, impõe-se que a utilização do mencionado artigo seja feita de forma absolutamente cautelosa, de forma a evitar abusos e desvios de finalidade do mesmo, sempre em prol de se resguardar o respeito devido à coisa julgada.

E o que se observa, na linha das considerações tecidas acima, é que não se pode admitir a aplicação do artigo 741, parágrafo único, na hipótese em apreço, uma vez que o fundamento normativo que ampara o título executado não foi efetivamente declarado inconstitucional pelo STF.

Vejamos.

Dispõe o art. 741, II e parágrafo único, in verbis:

"Art. 741. Na execução contra a Fazenda Pública, os embargos só poderão versar sobre:

"(...);

"II – inexigibilidade do título;

"(...).

"Parágrafo único. Para efeito do disposto no inciso II do caput deste artigo, considera-se também inexigível o título judicial fundado em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal, ou fundado em aplicação ou interpretação de lei ou ato normativo tidas pelo

Acesso ao Sumário

Supremo Tribunal Federal como incompatíveis com a Constituição Federal".

Extrai-se da leitura do dispositivo que a inexigibilidade do título judicial há de estar fundada em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo Supremo ou, então, em aplicação ou interpretação daqueles tidos pelo STF como inconstitucionais com a CF.

Desse modo, o fundamento normativo da sentença, ora executada, deve ter sido declarado inconstitucional pelo STF ou a interpretação que a ele se deu deve ser inconstitucional, mas tudo de forma direta.

Não existe, portanto, qualquer possibilidade de aplicação analógica de inconstitucionalidade de outro dispositivo, quando presente a mesma razão, tal como pretendido pela Municipalidade, no tocante à Lei Municipal Tributária de Jahu referente às Taxas Limpeza Pública, Conservação de Vias e Logradouros e Combate a Incêndio.

O STF não declarou a inconstitucionalidade especificamente de tal lei (ainda que pelo controle difuso)! Aliás, em seus pronunciamentos acerca da Taxa de Limpeza Pública, Conservação de Vias e Logradouros restou demonstrado o entendimento acerca do fato de constituírem serviços indivisíveis e não específicos:

"Agravo regimental no recurso extraordinário. Município de Salvador. Taxa de limpeza pública. Taxa vinculada a serviço de caráter indivisível e universal. Reexame de fatos e provas. Improcedência. Precedentes. 1. **Pacífica é a jurisprudência desta Corte no sentido de ser ilegítima a cobrança de taxa de coleta de lixo e limpeza pública que se encontra vinculada não somente à remoção de lixo domiciliar, mas também à limpeza de logradouros públicos, serviço esse de caráter indivisível e universal**. 2. Inadmissível, em recurso extraordinário, o reexame de fatos e provas dos autos. Incidência da Súmula nº 279/STF. 3. Agravo regimental não provido" (RE 575022 AgR/BA, Rel. Min. Dias Toffoli, 1ª Turma, j. 07/02/2012) (grifamos).

"Agravo Regimental no Agravo de Instrumento. Constitucional e tributário. **Taxa de coleta de lixo domiciliar e limpeza pública. Inconstitucionalidade dos serviços de caráter universal e indivisível**. Precedentes. Agravo regimental ao qual se nega provimento" (AI 811387/AgR/SC, Rel. Min. Cármen Lúcia, 1ª Turma, j. 08/02/2011) (grifamos).

Na verdade, o que pretende a Municipalidade, através desses embargos, é fazer incidir no caso em apreço as Súmulas Vinculantes 19 ("a taxa cobrada exclusivamente em razão dos serviços públicos de coleta, remoção e tratamento ou destinação de lixo ou resíduos provenientes de imóveis, não viola o art. 145, II, da Constituição Federal") e 29 ("é constitucional a adoção, no cálculo do valor de taxa, de um ou mais elementos da base de cálculo própria de determinado imposto, desde que não haja integral identidade entre uma base e outra") do

Acesso ao Sumário

STF, nas quais apenas se explicita ser descabida a cobrança se tal ocorrer em conjunto com outras exações, nada dizendo acerca do critério a ser observado na apuração das bases de cálculo dos tributos, a não ser o fato de que não pode haver integral identidade entre elas.

Outrossim, ressalte-se que a taxa de limpeza pública (gênero) não se confunde com a taxa de coleta domiciliar e, tendo em vista a natureza indivisível do custo dos serviços em testilha, tem-se que a cobrança sem razoável critério, afronta o princípio da isonomia constitucional, previsto o art. 150, II, CF, a desautorizar, portanto, a aplicação das Súmulas referidas.

Por outro lado, deve-se atentar para o fato de que o legislador menciona apenas o reconhecimento da INCONSTITUCIONALIDADE por parte do STF, como forma de ensejar a aplicação do art. 741, parágrafo único, do CPC/73, ao passo que, no caso *sub judice*, o que a Municipalidade está a defender é o pronunciamento da constitucionalidade pelo STF das taxas em discussão!

Sobre o assunto, já se manifestou este Egrégio Tribunal:

"EMBARGOS DE DECLARAÇÃO – Julgamento do STF que reconheceu a constitucionalidade da política de transparência da Municipalidade, ora embargante – Regra do art. 741, parágrafo único, do Código de Processo Civil que não abarca a hipótese dos autos, tratando apenas de declaração de inconstitucionalidade – Impossibilidade de interpretação extensiva ou analógica, tratando-se de norma excepcional – Mais que isto, já se operou a coisa julgada em relação aos autores – Recurso não acolhido" (Embargos de Declaração nº 1040068-25.2014.8.26.0053/50000, 7ª Câmara de Direito Público, Relator Desembargador Luiz Sérgio Fernandes de Souza, j. 07.03.2016).

Já no que concerne à Taxa de Combate à Incêndio, o raciocínio até aqui delineado, também a ela se aplica, considerando-se inexistir pronunciamento específico do STF sobre a Lei Municipal de Jahu que a instituiu.

Contudo, o C. Órgão Especial deste E. Tribunal de Justiça, a quem compete declarar a inconstitucionalidade, em controle concentrado, de Lei Municipal, decretou a inconstitucionalidade da Lei Complementar n. 258/2005, que instituiu a Taxa de Serviços de Bombeiros:

"Ação Direta de Inconstitucionalidade de Lei municipal denominada 'taxa de Serviços de bombeiros' Matéria afeta à competência do Estado, por força dos artigos 139 e 142, da Carta Estadual Inconstitucionalidade decretada" (ADIn n. 137.157.0/0-00, Rel. Des. Roberto Vallim Bellocchi, j. 05/09/2007).

Referida ADI, conforme determina o artigo 102, § 2º, da CF, produziu efeito vinculante no que pertine ao caso em apreço, razão pela qual não há como se acolher o pleito da Municipalidade apelante.

Ressalto, a título de esclarecimento, que a interpretação que tenho feito acerca do art. 741, parágrafo único, do CPC/73 é, de fato, bastante restritiva,

Acesso ao Sumário

mas tenho pra mim ser ela, do ponto de vista hermenêutico, a que melhor se coaduna com a ideia de segurança jurídica, diante do instituto da coisa julgada.

Não se pode permitir que a coisa julgada seja relativizada indiscriminadamente, sob pena de enfraquecer-se respectivo instituto!

Outrossim, ao que tudo indica, a oposição de embargos à execução com fulcro especificamente na inexigibilidade do título executivo evidencia a notória intenção da Municipalidade em postergar o cumprimento da obrigação a que foi condenada, sobretudo porque já recai sobre a mesma o manto da coisa julgada.

Acresça-se, ainda, que as Súmulas arroladas, na tentativa de desconstituir o título executivo, já existiam por ocasião da prolação do acórdão deste Egrégio Tribunal, o qual ensejou a execução em curso, motivo pelo qual eventual insurgência da Municipalidade deveria ter sido ventilada em sede de recurso extraordinário, o qual não restou interposto.

Sem maiores delongas, portanto, de rigor a alteração da r. sentença de primeiro grau, nos termos da fundamentação supra, devendo os embargos à execução opostos serem extintos, porém, com fulcro no art. 269, I, CPC/73 (atual art. 487, I, CPC/2015).

Para os devidos fins de direito, consideram-se prequestionados todos os dispositivos legais e constitucionais citados pelos litigantes.

Com isto, **nega-se provimento** ao recurso, com observação.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1050478-45.2014.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que é apelante VOTORANTIM CIMENTOS S/A, são apelados PREFEITURA DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO e CET – COMPANHIA DE ENGENHARIA DE TRÁFEGO DE SÃO PAULO.

Acesso ao Sumário

ACORDAM, em 7ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U. Sustentou oralmente a Dra. Priscila Curci.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 32.227)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores COIMBRA SCHMIDT (Presidente sem voto), EDUARDO GOUVÊA e LUIZ SERGIO FERNANDES DE SOUZA.

São Paulo, 16 de maio de 2016.

MAGALHÃES COELHO, Relator

Ementa: AÇÃO ORDINÁRIA – Multas de trânsito – Trânsito de caminhões e veículos de carga em dia e/ou horário não abrangido pelas Autorizações Especiais em vias e áreas restritas denominadas Zona de Máxima Restrição de Circulação - ZMRC, Zona Especial de Restrição de Circulação - ZERC e Vias Estruturais Restritas VER – Autuações mantidas – Pedido de nulidade de sanções aplicadas por infração ao artigo 257, § 8º, do Código de Trânsito Brasileiro, consistente na não identificação do condutor infrator quando o veículo está registrado em nome de pessoa jurídica – Desnecessidade de nova notificação, com a qual a alegada exigência não se coaduna por se tratar de hipótese de infração por obrigação acessória concernente ao interesse da fiscalização – Sentença mantida – Recurso não provido.

VOTO

Vistos.

I. Trata-se de ação ordinária, com pedido liminar, ajuizada por **Votorantim Cimentos S/A**, em face da P**refeitura Municipal de São Paulo** e **Companhia de Engenharia de Tráfego de São Paulo – CET**, pretextando a anulação de 2.700 (duas mil e setecentas) multas aplicadas por "transitar em local/horário não permitido pela regulamentação" (caminhão e veículo de carga) embora os referidos veículos possuíssem "Autorização Especial" para transitar nos horários e locais indicados nos autos de infração. Questiona também que as multas por ausência de indicação do condutor infrator não poderiam ter sido aplicadas sem prévia notificação, o que as torna ineficazes para produzir a relação jurídica necessária à imposição da penalidade.

II. Com a apresentação de seguro garantia, foi deferida a liminar de licenciamento dos veículos sem o pagamento das multas de trânsito.

III. A sentença (fls. 6.027/6.034), revogando a liminar, julgou a ação improcedente. Em razão da sucumbência, condenou o Autor nas custas, despesas processuais e em honorários advocatícios, estes fixados em 10% sobre o valor da causa.

IV. Almejando a reforma da decisão, o Autor interpôs recurso de apelação às fls. 6.037/6.061.

V. Foram apresentadas contrarrazões pela Municipalidade de São Paulo às fls. 6.067/6.086 e pela CET às fls. 6.087/6.097.

É o relatório.

Acesso ao Sumário

Trata-se, como se vê, da interposição de recurso de apelação pelo Autor, almejando a reforma da sentença de improcedência da pretensão.

Preliminarmente, o Apelante requer o reconhecimento da legitimidade passiva da CET. No mérito, em apertada síntese, sustenta seu inconformismo sob o fundamento de que os veículos possuíam "Autorização Especial" para transitar nos horários e locais indicados nos autos de infração, a exemplo dos veículos de placas "AVT 0219" (fls. 199/210) e "AVT 0249" (fls. 265/278). Ademais, alega que a multa por não identificação do condutor, quando o veículo pertencer à pessoa jurídica, tem fundamento no artigo 257, § 8º, do CTB, sendo aplicável o prazo para a notificação disposto no artigo 281 do CTB, contados de sua constatação – a não identificação do condutor –, o que não ocorreu, no caso, e torna as multas dela decorrentes ineficazes para produzir a relação jurídica necessária à imposição da penalidade.

A sentença não merece reparos.

A preliminar de legitimidade passiva da CET não prospera, uma vez que o Decreto Municipal 37.293/98 confere ao *Departamento de Operação do Sistema Viário – DSV*, órgão executivo municipal de trânsito, urbano e rodoviário, na área de circunscrição do Município de São Paulo, as competências, prerrogativas e encargos previstos no Código de Trânsito Brasileiro, notadamente a prevista em seu artigo 24, inciso VII.

Como se vê, quem decide sobre as infrações de trânsito, quem notifica os infratores e quem procede à arrecadação das multas é o DSV, órgão afeto ao poder executivo municipal e não a CET, que atua apenas como órgão operacional de trânsito.

Igualmente, o DSV, e não a CET, é o órgão competente para cadastrar e emitir a Autorização Especial para o trânsito de caminhões em vias e áreas restritas denominadas Zona de Máxima Restrição de Circulação - ZMRC, Zona Especial de Restrição de Circulação - ZERC e Vias Estruturais Restritas VER, tal como prevê o artigo 2º da Portaria nº 105/08 da Secretaria Municipal de Transportes que regulamenta os Decretos Municipais nº 48.338, de 10 de maio de 2007, e 49.487, de 12 de maio de 2008.

Acesso ao Sumário

Portanto, a preliminar de legitimidade passiva da CET não procede.

Quanto ao mérito, como bem expôs o juízo de primeiro grau, existem inúmeras infrações atribuídas aos veículos indicados na exordial - bem enumeradas às fls. 6.031, penúltimo parágrafo - e que não se relacionam com as restrições de tráfego e as autorizações especiais objeto da demanda. E, por essa razão, não serão analisadas.

Nos demais casos, embora os caminhões descritos na petição inicial tivessem obtido Autorização Especial (fls. 43/163) para transitar em vias e áreas restritas; as infrações de trânsito em questão, na verdade, se desenvolveram fora

do escopo das autorizações, especialmente, no que se refere ao período e ao horário de sua autuação.

A título de exemplo, verificamos que o caminhão de placa "AVT0219" (fls. 199) transitou na Marginal Pinheiros, enquadrada como *VER*, no dia 31/07/14, em período diverso ao autorizado - 19/07/13 a 19/07/14 (fls. 152). Outro exemplo, o veículo de placa "AVT0249" (fls. 265/278) transitou pela Avenida dos Bandeirantes, do tipo VER, no dia 02/08/14 (fls. 265) em período diverso ao autorizado - 19/07/13 a 19/07/14 (fl. 151).

Mais alguns exemplos: entre muitas infrações, o veículo de placa "AVT0213" (fls. 166/174) foi autuado por transitar, às 21h39 do dia 22/10/12, na Marginal Pinheiros (fl. 167/168) quando sua autorização (fl. 101) era válida apenas entre 04h00 e 16h00. Em outro caso, o caminhão de placa "AVT0214" (fls. 176/187) foi autuado por transitar, às 20h23 do dia 04/10/12, na Avenida das Nações Unidas, do tipo *VER*, quando sua autorização (fl. 101) era válida apenas entre 04h00 e 16h00.

Como se vê, as infrações objeto da demanda foram flagradas em dia ou horário não abrangido pelas autorizações concedidas pelo DSV (fls. 43/163). Portanto, correta a autuação da infração pelo agente de trânsito ou mediante radar eletrônico.

A respeito das infrações administrativas aplicadas pela Requerida, o que se verifica nos autos é que houve autuações, na forma do artigo 257, § 8º, do Código de Trânsito Brasileiro, por não identificação, no prazo de quinze dias, do condutor infrator que conduzia veículo de propriedade de pessoa jurídica, ora Autora.

Quando não identificado o condutor, como no caso dos autos, além da penalidade aplicada em razão da infração de trânsito, lavra-se uma nova multa ao proprietário do veículo, "*cujo valor é o da multa multiplicada pelo número de infrações iguais cometidas no período de doze meses*" (artigo 257, § 8º).

Nesse caso, diferentemente das hipóteses em que a pontuação pela infração de trânsito pode ser imputada ao proprietário do veículo, pessoa física, por presunção de que seja ele o motorista, quando outro não for indicado, a pessoa jurídica não se habilita a dirigir e não há a quem impor a sanção. Trata-se, pois, de uma obrigação de fazer descumprida.

Assim, a exigência de notificação, no prazo de 30 (trinta) dias, para o exercício de defesa a que o Autor se refere, alegadamente contida no art. 281, do CTB, não se coaduna com a hipótese tratada nos autos, uma vez que a imputação da sanção ora debatida - pela não indicação de condutor – **decorre de outra infração como uma mera consequência** (nos termos do art. 257, § 8º, do CTB), essa puramente acessória e com a qual a autuação por infração de trânsito não se confunde – pois se trata de penalidade administrativa acessória à infração

Acesso ao Sumário

de trânsito original, esta sim, sujeita à notificação. Não se cogita aplicar, bem por isso, o entendimento sumulado no verbete de nº 312 do E. Superior Tribunal de Justiça.

Desta forma, merece ser mantida a decisão primeva, inclusive pelos seus próprios fundamentos.

Daí o porquê, nega-se provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0014136-28.2009.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que é apelante ANAI HOLDING PARTICIPAÇÕES LTDA., é apelado PREFEITURA MUNICIPAL DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 6ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Afastaram a preliminar arguida e negaram provimento ao recurso. V.U. Sustentou oralmente o Dr. Maurício Elias Filho.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 22.459)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores EVARISTO DOS SANTOS (Presidente) e MARIA OLÍVIA ALVES.

São Paulo, 16 de maio de 2016.

REINALDO MILUZZI, Relator

Ementa: INÉPCIA DA INICIAL – Petição inicial que traz fundamentação jurídica coerente, da qual resulta logicamente o pedido – Sentença que adota fundamento diferente, decorrente da instrução processual – Irrelevância – Preliminar afastada.

AÇÃO DEMOLITÓRIA – Sentença que determina o desfazimento de obra, nos limites excedentes às regras convencionais impostas pelo loteador – Limites mais restritivos que aqueles impostos pela Lei Municipal 13.885/04 – Aplicação do art. 247 da mesma lei – Incidência das regras convencionais, ainda vigentes e inalteradas – Alegação de que a cláusula de restrição não constava da matrícula do imóvel nem tampouco do compromisso de compra e venda – Irrelevância – Regramento convencional imprescindível à

Acesso ao Sumário

harmonização estética e preservação urbanística do bairro – Adquirente que possui a incumbência de amealhar informações sobre restrições ao direito de construir antes de proceder à modificações no imóvel – Informações facilmente acessíveis por meio de certidão do Cartório de Registro de Imóveis – É pública e notória a existência de limites urbanísticos impostos pela Cia. City para o jardim América – Precedentes desta Corte e do STJ – Ausência de infringência aos arts. 5º, XXII, e 37 da Constituição Federal e art. 1. 228 e seguintes do Código Civil – Sentença mantida – Recurso não provido.

VOTO

RELATÓRIO.

Trata-se de ação de rito ordinário ajuizada pelo Município de São Paulo contra Anai Holding e Participações, visando à condenação da requerida ao desfazimento de construção irregular em imóvel de sua propriedade, sob pena de fixação de multa diária.

A sentença de fls. 474/480, declarada a fls. 486 e cujo relatório se adota, julgou procedente a ação, determinando à ré que restitua a construção ao estado em que se encontrava antes da obra de reforma, no prazo de seis meses, sob pena de multa a ser oportunamente fixada. Condenou a requerida, ainda, ao pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios, fixados equitativamente em R$ 2.000,00.

Inconformada, apela a requerida alegando preliminarmente a inépcia da inicial. No mérito, aduziu que as regras da Cia. City não são aplicáveis ao caso em tela, porque não condizentes com a atual dinâmica urbanística e porque não constavam da matrícula e da escritura do imóvel quando de sua compra; que, conforme dispõe o art. 247 da Lei 13.885/04, as regras convencionais de loteamentos devem ser observadas apenas se registradas em Cartório de Imóveis; que o art. 26, VII, da Lei 6.766/79 dispõe que as restrições urbanísticas convencionais do loteamento deverão constar do compromisso de compra e venda; que a aplicação de regras convencionais inválidas e ultrapassadas viola o quanto disposto nos arts. 5º, XXII, e 37 da Constituição Federal e art. 1. 228 e seguintes do Código Civil; que, ao contrário do quanto afirmado no laudo pericial, a construção não é clandestina, tendo sido objeto de requerimento administrativo, sobre cuja decisão nunca foi intimada, conforme determinava o art. 4.B.3.2 c/c art. 4.B, ambos do Decreto Municipal 32.329/92; que, em conformidade com o Decreto Municipal 32.329/92, uma vez vencido o prazo da

Acesso ao Sumário

mora administrativa quanto ao requerimento para construção, as obras poderão ser iniciadas; que o imóvel jamais foi tombado; que o tombamento mencionado na inicial, o laudo e na sentença refere-se ao bairro todo, e não aos imóveis especificamente; que somente com a Resolução 07/2004 o CONDEPHAAT detalhou a repercussão do tombamento para os lotes individuais. Colacionou jurisprudência em abono à sua tese.

Recurso tempestivo e respondido (fls. 517/525).

FUNDAMENTOS.

Inicialmente, afasto a preliminar de inépcia da inicial. Dos fundamentos apontados decorre logicamente o pedido formulado pelo Município, o que não pode ser afastado pelo fato de a sentença de procedência ter sido embasada em fundamentação diversa da alegada, com base em informações amealhadas ao longo da instrução processual. Mesmo porque, frise-se, a documentação acostada à inicial permite entrever outras irregularidades além daquela adotada pelo Município como fundamento.

Superada a preliminar, passo à análise do mérito.

Trata-se de ação visando à desconstituição de obra irregular empreendida em imóvel registrado sob a matrícula 79.868, localizado na Rua Uruguai, 227, nesta Capital, de propriedade da apelante.

Verifica-se dos autos que a obra em questão, consistente em "reforma com aumento de área", foi objeto de pedido de alvará, que resultou no processo administrativo de nº 2006.0.077.058-0 (fls. 10).

A realização da construção, contudo, foi negada administrativamente, sob o fundamento de que implicará a "invasão do recuo de fundo" e o "agravamento da taxa de ocupação", em desacordo com as restrições convencionais do loteamento da Cia. City (fls. 18).

Não obstante, a obra foi realizada, e a ação fiscalizatória do imóvel empreendida pelo Município resultou em auto de infração e, posteriormente, em multa (fls. 33/34).

Acesso ao Sumário

Em seu laudo, o perito concluiu que a construção impugnada *"(...) infringe a lei do zoneamento, tanto quanto à taxa de ocupação como quanto o coeficiente de aproveitamento*" (fls. 287), conclusão reafirmada em seus esclarecimentos de fls. 419/425, e contestada pelo assistente técnico da apelante.

Outrossim, ressaltou o perito que as obras de reforma e ampliação não se coadunam com as restrições convencionais impostas pelo regramento do loteamento da Cia. City, no perímetro no qual se encontra o imóvel objeto da ação (fls. 175/), em violação ao art. 247 da Lei Municipal 13.885/04.

A sentença acolheu as conclusões periciais, asseverando que a obra em questão deveria ter se submetida ao regramento imposto pela Cia. City, no que

se refere às limitações das construções e, não o fazendo, deve ser desfeita no que excede a tais limites convencionais.

E o fez com acerto.

Dispõe o art. 247 da Lei Municipal 13.885/04:

> *"Art. 247. Nas zonas de uso ZER, ZM-1, ZM-2, ZERp, ZLT, ZCLz-I, ZCLz-II, ZTLz I e ZTLz II, as restrições convencionais de loteamentos aprovados pela Prefeitura,* ***estabelecidas em instrumento público registrado no Cartório de Registro de Imóveis, referentes a dimensionamento de lotes, recuos, taxa de ocupação, coeficiente de aproveitamento, altura e número de pavimentos das edificações, deverão ser atendidas quando mais restritivas que as disposições desta lei****."* (grifado).

Está comprovado nos autos (i) que o imóvel em questão se encontra em zona de uso ZER-1; (ii) que as limitações urbanísticas impostas pela Cia. City no regulamento relativo ao Jardim América – no perímetro no qual se encontra o imóvel – (fls. 175 e ss.) são mais restritivas em termos de dimensionamento de lotes, recuos, taxa de ocupação, coeficiente de aproveitamento, altura e número de pavimentos das edificações do que as disposições da Lei Municipal 13.885/04; (iii) que a construção objeto da ação infringiu as regras convencionais impostas pela Cia. City.

A apelante, contudo, alega que tais disposições convencionais não se aplicam, porquanto ultrapassadas e ausentes do registro do imóvel e do compromisso de compra e venda.

Ainda que a cláusula de submissão do imóvel em questão às regras convencionais não conste da matrícula de nº 79.868, é certo que tal informação está expressamente na matrícula nº 1.610, da qual o registro do imóvel é filiada, consoante informações colhidas pelo perito junto ao 13º Cartório de Registro de Imóveis da Capital (fls. 308).

Havia, pois, registro das restrições convencionais em cartório, em cumprimento ao quanto preceituado no art. 247 da Lei Municipal 13.885/04, lastreando sua incidência no caso em apreço.

Cabia à proprietária do imóvel, antes de proceder às obras de reforma e ampliação, informar-se sobre eventuais limitações de construção incidentes sobre o lote. Informações, aliás, facilmente acessíveis, por meio de simples pedido de certidão de filiação no Cartório de Registro de Imóveis, tal como feito pelo perito judicial.

Aliás, é pública e notória a existência de limitações urbanísticas impostas pela Cia. City para o loteamento em questão, pelo que não há justificativa plausível para não submissão aos regramentos impostos.

E, dada a importância e legitimidade destas restrições para o interesse

Acesso ao Sumário

público como todo, não há que se falar em seu afastamento em razão simplesmente da ausência de previsão em convenção particular.

Também não convence a alegação de que as regras estão ultrapassadas e não são aplicadas pelos imóveis circunvizinhos. A uma porque a fiscalização da regularidade de tais imóveis cabe unicamente à Municipalidade, dentro de sua competência para ordenar o solo urbano. E a duas porque, ultrapassadas ou não, as regras convencionais se encontram plenamente em vigor, e só podem ser modificadas quando obedecidos os requisitos enunciados nos incisos do § 2º do art. 247 da Lei Municipal 13.885/04, quais sejam:

> *"Art. 247*
>
> *(...)*
>
> *§ 2º - A alteração das restrições convencionais dos loteamentos deverá atender as seguintes condições:*
>
> *I. realização de acordo entre o loteador e os proprietários dos lotes atingidos pela alteração;*
>
> *II. emissão de parecer técnico favorável da Câmara Técnica de Legislação Urbanística;*
>
> *III. anuência expressa do Executivo."*

Destarte, uma vez não demonstrada a alteração ou revogação destas regras pela apelante, subsiste sua validade.

Sobre o tema, leciona Hely Lopes Meirelles:

> *"As restrições convencionais são as que o loteador estabelece no plano do loteamento, arquiva no registro imobiliário e transcreve nas escrituras de alienação do lote como cláusulas urbanísticas a serem observadas por todos em defesa do bairro, inclusive a Prefeitura que as aprovou. Por isso,* ***quem adquire lote diretamente do loteador ou de seus sucessores deve observância a todas as restrições convencionais do loteamento, para preservação de suas características originárias, ainda que omitidas nas escrituras subsequentes, porque o que prevalece são as cláusulas iniciais do plano de urbanização*** (...)" (*In* Direito Municipal Brasileiro, 17ª ed., p. 584-grifado)".

A propósito, esta Corte já decidiu, inclusive em caso envolvendo imóveis localizados no Jardim América, que os proprietários devem se submeter às restrições convencionais, imprescindíveis ao interesse público. É o que se depreende do seguinte trecho de Acórdão proferido pela 3ª Câmara de Direito Público, na Apelação nº 0128870-94.2006.8.26.0053, de relatoria do Desembargador Antonio Carlos Malheiros:

> *"No presente caso sendo o pedido declaratório formulado na inicial exclusivamente de direito, dispensável a produção de prova pericial, pois a questão cinge-se à incidência ou não das restrições impostas pelo loteador.*

Acesso ao Sumário

Aliás, ao contrário do que afirma a autora as regras impostas pela Companhia City encontram-se em pleno vigor e são anteriores à própria legislação municipal sobre a matéria, que à época do loteamento sequer existiam. A contestação de fls.158/181 traz inclusive apanhado histórico, lembrando que as normas municipais foram em parte extraídas daquelas trazidas pelo loteador, por apresentarem excelência frente aos padrões que conferiram ao bairro Jardim América.

O artigo 39 da Lei n. 8.001 de 24.12.1973, com a redação que lhe foi dada pela Lei n. 9.846, de 04.01.1985 determina que as restrições convencionais impostas pelo loteador prevalecem em relação às restrições urbanísticas municipais, desde que atendidas as seguintes determinações: I – forem mais rigorosas do que as posturas municipais; e II – as referidas restrições estejam estabelecidas em documento público registrado no Cartório de Registro de Imóveis.

As disposições retro mencionadas são repetidas no artigo 247 da Lei de Zoneamento em vigor, Lei n.13.885/2004, estabelecendo conforme bem salientado na contestação da ré Companhia City de Desenvolvimento:

(...)

Como a ninguém é dado o desconhecimento da lei, observa-se somente por este parâmetro que a pretensão da autora não pode ser acolhida."

Neste sentido também se posicionou o Superior Tribunal de Justiça, em julgamento de ação civil pública envolvendo o loteamento City Lapa, na qual o colendo Tribunal ressalta a relevância das restrições convencionais para o meio urbano:

"PROCESSUAL CIVIL, ADMINISTRATIVO, AMBIENTAL E URBANÍSTICO. LOTEAMENTO CITY LAPA. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. AÇÃO DE NUNCIAÇÃO DE OBRA NOVA. RESTRIÇÕES URBANÍSTICO-AMBIENTAIS CONVENCIONAIS ESTABELECIDAS PELO LOTEADOR. ESTIPULAÇÃO CONTRATUAL EM FAVOR DE TERCEIRO, DE NATUREZA PROPTER REM. DESCUMPRIMENTO. PRÉDIO DE NOVE ANDARES, EM ÁREA ONDE SÓ SE ADMITEM RESIDÊNCIAS UNI FAMILIARES. PEDIDO DE DEMOLIÇÃO. VÍCIO DE LEGALIDADE E DE LEGITIMIDADE DO ALVARÁ. IUS VARIANDI ATRIBUÍDO AO MUNICÍPIO. INCIDÊNCIA DO PRINCÍPIO DA NÃO-REGRESSÃO (OU DA PROIBIÇÃO DE RETROCESSO) URBANÍSTICO-AMBIENTAL. VIOLAÇÃO AO ART. 26, VII, DA LEI 6.766/79 (LEI LEHMANN), AO ART. 572 DO CÓDIGO CIVIL DE 1916 (ART. 1.299 DO CÓDIGO CIVIL DE 2002) E À LEGISLAÇÃO MUNICIPAL. ART. 334, I, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. VOTO MÉRITO.

1. As restrições urbanístico-ambientais convencionais, historicamente de pouco uso ou respeito no caos das cidades brasileiras, estão em ascensão, entre nós e no Direito Comparado, como veículo de estímulo

Acesso ao Sumário

a um novo consensualismo solidarista, coletivo e intergeracional, tendo por objetivo primário garantir às gerações presentes e futuras espaços de convivência urbana marcados pela qualidade de vida, valor estético, áreas verdes e proteção contra desastres naturais.

2. Nessa renovada dimensão ética, social e jurídica, as restrições urbanístico-ambientais convencionais conformam genuína índole pública, o que lhes confere caráter privado apenas no nome, porquanto não se deve vê-las, de maneira reducionista, tão-só pela ótica do loteador, dos compradores originais, dos contratantes posteriores e dos que venham a ser lindeiros ou vizinhos.

3. O interesse público nas restrições urbanístico-ambientais em loteamentos decorre do conteúdo dos ônus enumerados, mas igualmente do licenciamento do empreendimento pela própria Administração e da extensão de seus efeitos, que iluminam simultaneamente os vizinhos internos (= coletividade menor) e os externos (= coletividade maior), de hoje como do amanhã.

4. As restrições urbanístico-ambientais, ao denotarem, a um só tempo, interesse público e interesse privado, atrelados simbioticamente, incorporam uma natureza propter rem no que se refere à sua relação com o imóvel e aos seus efeitos sobre os não-contratantes, uma verdadeira estipulação em favor de terceiros (individual e coletivamente falando), sem que os proprietários-sucessores e o próprio empreendedor imobiliário original percam o poder e a legitimidade de fazer respeitá-las.

Nelas, a sábia e prudente voz contratual do passado é preservada, em genuíno consenso intergeracional que antecipa os valores urbanístico-ambientais do presente e veicula as expectativas imaginadas das gerações vindouras.

5. A Lei Lehmann (Lei 6.766/1979) contempla, de maneira expressa, as "restrições urbanísticas convencionais do loteamento, supletivas da legislação pertinente" (art. 26, VII). Do dispositivo legal resulta, assim, que as restrições urbanístico-ambientais legais apresentam-se como normas-piso, sobre as quais e a partir das quais operam e se legitimam as condicionantes contratuais, valendo, em cada área, por isso mesmo, a que for mais restritiva (= regra da maior restrição).

6. Em decorrência do princípio da prevalência da lei sobre o negócio jurídico privado, as restrições urbanístico-ambientais convencionais devem estar em harmonia e ser compatíveis com os valores e exigências da Constituição Federal, da Constituição Estadual e das normas infraconstitucionais que regem o uso e a ocupação do solo urbano.

7. Negar a legalidade ou legitimidade de restrições urbanístico-ambientais convencionais, mais rígidas que as legais, implicaria recusar cumprimento ao art. 26, VII, da Lei Lehmann, o que abriria à especulação imobiliária ilhas verdes solitárias de São Paulo (e de outras cidades brasileiras), como o Jardim Europa, o Jardim América, o Pacaembu, o

Acesso ao Sumário

Alto de Pinheiros e, no caso dos autos, o Alto da Lapa e a Bela Aliança (City Lapa).

8. As cláusulas urbanístico-ambientais convencionais, mais rígidas que as restrições legais, correspondem a inequívoco direito dos moradores de um bairro ou região de optarem por espaços verdes, controle do adensamento e da verticalização, melhoria da estética urbana e sossego.

9. A Administração não fica refém dos acordos "egoísticos" firmados pelos loteadores, pois reserva para si um ius variandi, sob cuja égide as restrições urbanístico-ambientais podem ser ampliadas ou, excepcionalmente, afrouxadas.

10. O relaxamento, pela via legislativa, das restrições urbanístico-ambientais convencionais, permitido na esteira do ius variandi de que é titular o Poder Público, demanda, por ser absolutamente fora do comum, ampla e forte motivação lastreada em clamoroso interesse público, postura incompatível com a submissão do Administrador a necessidades casuísticas de momento, interesses especulativos ou vantagens comerciais dos agentes econômicos.

11. O exercício do ius variandi, para flexibilizar restrições urbanístico-ambientais contratuais, haverá de respeitar o ato jurídico perfeito e o licenciamento do empreendimento, pressuposto geral que, no Direito Urbanístico, como no Direito Ambiental, é decorrência da crescente escassez de espaços verdes e dilapidação da qualidade de vida nas cidades. Por isso mesmo, submete-se ao princípio da não-regressão (ou, por outra terminologia, princípio da proibição de retrocesso), garantia de que os avanços urbanístico-ambientais conquistados no passado não serão diluídos, destruídos ou negados pela geração atual ou pelas seguintes.

12. Além do abuso de direito, de ofensa ao interesse público ou inconciliabilidade com a função social da propriedade, outros motivos determinantes, sindicáveis judicialmente, para o afastamento, pela via legislativa, das restrições urbanístico-ambientais podem ser enumerados: a) a transformação do próprio caráter do direito de propriedade em questão (quando o legislador, p. ex., por razões de ordem pública, proíbe certos tipos de restrições), b) a modificação irrefutável, profunda e irreversível do aspecto ou destinação do bairro ou região; c) o obsoletismo valorativo ou técnico (surgimento de novos valores sociais ou de capacidade tecnológica que desconstitui a necessidade e a legitimidade do ônus), e d) a perda do benefício prático ou substantivo da restrição.

13. O ato do servidor responsável pela concessão de licenças de construção não pode, a toda evidência, suplantar a legislação urbanística que prestigia a regra da maior restrição. À luz dos princípios e rédeas prevalentes no Estado Democrático de Direito, impossível admitir que funcionário, ao arrepio da legislação federal (Lei Lehmann), possa revogar, pela porta dos fundos e casuisticamente, conforme a cara do

Acesso ao Sumário

freguês, as convenções particulares firmadas nos registros imobiliários.

14. A regra da maior restrição (ou, para usar a expressão da Lei Lehmann, restrições "supletivas da legislação pertinente") é de amplo conhecimento do mercado imobiliário, já que, sobretudo no Estado de São Paulo, foi reiteradamente prestigiada em inúmeros precedentes da Corregedoria-Geral de Justiça, em processos administrativos relativos a Cartórios de Imóveis, além de julgados proferidos na jurisdição contenciosa.

15. ***Irrelevante que as restrições convencionais não constem do contrato de compra e venda firmado entre a incorporadora construtora e o proprietário atual do terreno****. No campo imobiliário, para quem quer saber o que precisa saber, ou confirmar o que é de conhecimento público, basta examinar a matrícula do imóvel para aferir as restrições que sobre ele incidem, cautela básica até para que o adquirente verifique a cadeia dominial, assegure-se da validade da alienação e possa, futuramente, alegar sua boa-fé.* ***Ao contrato de compra e venda não se confere a força de eliminar do mundo jurídico as regras convencionais fixadas no momento do loteamento e constantes da matrícula do imóvel ou dos termos do licenciamento urbanístico-ambiental. Aqui, como de resto em todo o Direito, a ninguém é dado transferir o que não tem ou algo de que não dispõe nemo dat quod non habet.***

(...)

18. O Judiciário não desenha, constrói ou administra cidades, o que não quer dizer que nada possa fazer em seu favor. Nenhum juiz, por maior que seja seu interesse, conhecimento ou habilidade nas artes do planejamento urbano, da arquitetura e do paisagismo, reservará para si algo além do que o simples papel de engenheiro do discurso jurídico. E, sabemos, cidades não se erguem, nem evoluem, à custa de palavras. Mas palavras ditas por juízes podem, sim, estimular a destruição ou legitimar a conservação, referendar a especulação ou garantir a qualidade urbanístico-ambiental, consolidar erros do passado, repeti-los no presente, ou viabilizar um futuro sustentável.

19. Recurso Especial não provido." (REsp 302.906/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 26/08/2010, DJe 01/12/2010-grifado)

Assim sendo, tendo em vista a imposição destas regras ao adquirente do imóvel, independentemente de registro na matrícula sucessiva ou no compromisso de compra e venda, era mesmo o caso de determinar o desfazimento de obras que conflitassem com a normatividade convencional, em cumprimento ao art. 247 da Lei Municipal 13.885/04.

Por fim, registre-se a ausência de violação aos arts. 5º, XXII, e 37 da Constituição Federal e art. 1. 228 e seguintes do Código Civil, porquanto, como visto, as restrições impostas pelo regramento convencional são lastreadas em

Acesso ao Sumário

lei editada com base na competência municipal para ordenar o solo urbano, constituindo limitações legítimas ao direito de propriedade e de construir.

E, como anotado na r. sentença, a questão do tombamento é irrelevante para a solução da lide.

De rigor, pois, a manutenção da decisão recorrida.

Ante o exposto, pelo meu voto, **afasto a preliminar arguida e nego provimento ao recurso.**

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0502711-11.2005.8.26.0562, da Comarca de Santos, em que é apelante PREFEITURA MUNICIPAL DE SANTOS, é apelado FLÁVIO FUKUI.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 15ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Negaram provimento ao recurso. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 2.192)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores RAUL DE FELICE (Presidente), ERBETTA FILHO e SILVA RUSSO.

São Paulo, 1º de junho de 2016.

RAUL DE FELICE, Relator

Ementa: APELAÇÃO CÍVEL – Execução fiscal – Município de Santos – ISSQN e Taxa de Licença do exercício de 2003 – Despacho inicial prolatado em setembro de 2005 – Interrupção do prazo prescricional nos termos do art. 174, I, do CTN, com a redação dada pela Lei Complementar 118/05 – Inércia da Fazenda Pública por quase dez anos após o insucesso da citação – Consumação da prescrição intercorrente – Recurso não provido.

VOTO

Vistos.

Trata-se de execução fiscal ajuizada em setembro de 2005, pela **PREFEITURA MUNICIPAL DE SANTOS** em face de **FLÁVIO FUKUI**, objetivando a cobrança de ISSQN e Taxa de Licença do exercício de 2003,

Acesso ao Sumário

julgada extinta pela r. sentença de fls. 10, com fundamento na prescrição do crédito executado.

Apela a Municipalidade, alegando, em síntese, a não ocorrência da prescrição, inexistência de inércia de sua parte e a aplicabilidade da Súmula nº 106, do STJ. Prequestiona os arts. 165 c.c. art. 458 do CPC/1973 e art. 93, IX, da CF (fls. 11/14).

Sem contrarrazões, pois não integrada a relação processual.

É O RELATÓRIO.

O recurso não merece provimento.

Trata-se de execução fiscal ajuizada em setembro de 2005, objetivando a cobrança de ISSQN e Taxa de Licença do exercício de 2003, no valor de R$ 727,22 (fls. 2).

O despacho ordinatório da citação foi proferido em 20/9/2005 (fls. 2), momento em que o prazo prescricional do crédito foi interrompido, nos termos do art. 174, I do CTN, com a redação dada pela Lei Complementar 118/2005.

Assim, iniciou-se o prazo da prescrição intercorrente, que está prevista no § 4º do art. 40 da LEF, *in verbis*:

> *"Se da decisão que ordenar o arquivamento tiver decorrido o prazo prescricional, o juiz, depois de ouvida a Fazenda Pública, poderá, de ofício, reconhecer a prescrição intercorrente e decretá-la de imediato"*

Conforme entendimento do STJ: "*A prescrição intercorrente é concernente ao reinício da contagem do prazo após a ocorrência de uma causa de interrupção*". (AgRg no RE nº 1.074.051-PE)

No caso, a citação restou infrutífera, conforme certificado nos autos, em 11/10/2005 (fls. 6).

Em 22/11/2005, a Municipalidade teve vista dos autos, requerendo, em 9/10/2006, a suspensão do processo, por cento e vinte dias (fls. 7) e, sem nada requerer nos autos, veio a se manifestar apenas em 20/8/2015, após instada para tanto (fls. 8 e vº), sobrevindo, em 25/9/2015, a sentença extintiva do feito, com fundamento na prescrição (fls. 10).

Acesso ao Sumário

Verifica-se, portanto, que a exequente manteve-se inerte por quase dez anos após o insucesso da citação, não havendo qualquer manifestação dela no tocante ao prosseguimento da ação até a prolação da sentença, conforme explicitado.

Sobre a necessidade de a parte se manter sempre diligente quanto ao processo, assim se posicionou o STJ no julgamento do REsp 502732/PR:"*A movimentação da máquina judiciária pode restar paralisada por ausência de providências cabíveis ao autor, uma vez que o princípio do impulso oficial não é absoluto*".

Assim, diante do lapso temporal decorrido sem qualquer manifestação da Fazenda Municipal, e sendo certo que cabe a ela promover os atos que impulsionam o andamento processual, restou evidenciada sua desídia por tempo suficiente à consumação da prescrição intercorrente dos créditos executados.

Face ao exposto, **nega-se provimento ao recurso interposto**.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1025744-93.2015.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que é apelante RICARDO RIBEIRO DANTAS, é apelado FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 5ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Negaram provimento ao recurso. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 29.996)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores MARIA LAURA TAVARES (Presidente) e MARCELO BERTHE.

São Paulo, 2 de junho de 2016.

NOGUEIRA DIEFENTHALER, Relator

Ementa: APELAÇÃO. AÇÃO ANULATÓRIA DE DÉBITOS DE IPVA. VÍTIMA DE ESTELIONATO. Inexistência de relação jurídica de propriedade ou de posse entre vítima de estelionato e veículo que nunca lhe pertenceu, adquirido por estelionatários mediante utilização de documentos pessoais roubados do autor. Não comunicação do fato aos órgãos de trânsito. Irrelevância. Precedentes deste Egrégio Tribunal. Sentença mantida. Recurso da Fazenda desprovido.

VOTO

Vistos,

A FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO apela, nos autos de ação anulatória, em face da r. sentença de fls. 43/46, cujo relatório integro ao presente voto, por meio da qual o DD. Magistrado, acolhendo pedido inicial, julgou-o procedente, com supedâneo no art. 269, I, do CPC/73, a fim de excluir o autor, RICARDO RIBEIRO DANTAS, da dívida ativa de IPVA referente ao veículo Volkswagen Sunset 1.8, placa BUW-5995. O magistrado *a quo*, por fim, fixou,

Acesso ao Sumário

em favor do autor, honorários advocatícios em 10% sobre o valor da causa (fl. 60).

A apelante, na presente sede, sustenta aplicação do art. 16, § 1º, da Lei 6.606/89 e do art. 126 do CTB. Segundo afirma, *'nada há de ilegal, portanto, na pretensão de cobrar o IPVA de quem figura como proprietário nos cadastros do DETRAN, devendo o apelado responder sim por sua própria desídia ao descumprir obrigações cogentes que lhe são impostas pela legislação de regência.*'. Nos exercícios anteriores à comunicação do estelionato, os débitos e encargos relativos ao carro não foram pagos e, como não poderia deixar de ser, foram lançados em nome do titular que figura nos registros do DETRAN, pois não houve comunicação acerca dos procedimentos a serem adotados, portanto, seria mesmo o responsável pelo pagamento do IPVA. "*A baixa somente ocorreu após o protesto do título*.". Por fim, pretende seja afastada a condenação nos honorários advocatícios, porquanto não teria dado causa à propositura da ação.

Estamos a tratar de recurso adequadamente processado e que se acha instruído com o suprimento das razões adversas (vide fls. 77/84).

É o relatório. Passo ao voto.

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do apelo ora interposto, porém, a ele nego provimento, devendo ser mantida incólume a respeitável sentença.

É inconcusso nos autos que o veículo Volkswagen Saveiro Sunset 1.8, placas BUW-5995, fora adquirido por falsários valendo-se dos documentos do autor, vítima de roubo ocorrido no ano de 1996 (fls. 13/14).

Tanto é verdade que a própria Fazenda reconhece que no sistema da dívida ativa constam débitos de IPVA cancelados, uns por prescrição e outros em virtude de reconhecimento, em âmbito administrativo, do estelionato aventado pelo autor nesta ação.

Há previsão na legislação do IPVA (Lei Estadual n. 13.296, de 23 de dezembro de 2008, revogadora da Lei Estadual n. 6.606, de 20 de dezembro de 1989) de dispensa no pagamento do imposto no caso de descaracterização do domínio e da posse, para os casos em que ocorra a *privação dos direitos de propriedade do veículo.*

Ora, se há hipótese de dispensa para quem tem a privação na propriedade do veículo (por roubo, furto, perda total, etc.) mais ainda deve ser dispensada do pagamento quem é a vítima de estelionato e nada tem a ver com o bem em questão, não cabendo alegações absurdas de ausência de comunicação e de que a solicitação de *baixa somente ocorreu após o protesto do título*. Por óbvio que o apelado somente descobriu ser vítima de um crime quando soube do protesto em seu nome.

Aliás, não há o mínimo de fundamento jurídico plausível para a reforma

da sentença. Como bem destacou o magistrado *a quo*: *o autor lavrou boletim de ocorrência (fls. 13/14) informando sobre o furto do caminhão Mercedes-Benz e de seus papéis pessoais, como cédula de identidade. Além disso, conforme fls. 9/10, é cobrado do autor o IPVA da VW Sunset referente aos exercícios de 2008 a 2013, mais de 10 anos após o furto, sendo que teve conhecimento de tais débitos somente neste ano de 2015, o que permite inferir que efetivamente seus documentos foram utilizados de forma ilegal por terceiros (...) As informações acima expostas conferem verossimilhança às alegações do autor, de maneira que entende-se que o automóvel VW Sunset se encontra irregularmente em seu nome, sendo então completamente desarrazoado imputar sobre ele os encargos tributários desse veículo. A ré a todo momento afirmou que o autor não fez a comunicação necessária sobre o furto às autoridades competentes, de modo que se tornou responsável pelas obrigações tributárias. Contudo, os débitos que foram levados a protesto são alusivos ao veículo VW Sunset que, como apontado, infere-se que foi irregularmente registrado em nome do autor. A FESP não faz menção ao caminhão Mercedez-Benz, de modo que conclui-se que o autor fez a comunicação necessária, tanto que não há informação de débito nesse sentido.*

Questões semelhantes já passaram por este E. Tribunal de Justiça:

"AÇÃO DECLARATORIA DE INEXISTENCIA DE DIVIDA – Inexigibilidade da cobrança de débito relativo ao IPVA que recai sobre o veículo adquirido de forma fraudulenta junto ao Banco Finasa BMC S/A – Fraude reconhecida em anterior ação declaratória, já com transito em julgado – Aquisição do bem em nome do autor, por terceiro, mediante fraude – Inocorrência do fato gerador porque em momento algum houve, por parte do autor, posse ou domínio sobre o bem objeto de tributação – Exação e protesto indevido de título que pressupõe a ocorrência de dano 'in re ipsa', conforme precedentes do STJ – Procedência da ação mantida – Exclusão de ofício da incidência da Lei nº 11.960/09 – PRecurso da Fazenda não provido, com observação" (autos de processo n. 4001675-91.2013.8.26.0577; Des. Rel. Rebouças de Carvalho; j. 11.11.2015; por v.u; pela 9ª Câmara de Direito Público)

"ADMINISTRATIVO E TRIBUTÁRIO – VEÍCULO – PREGISTRO DE PROPRIEDADE – FRAUDE – MULTAS POR INFRAÇÃO À LEGISLAÇÃO DE TRÂNSITO – IPVA – INEXIGIBILIDADE – ANULAÇÃO – HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS – MAJORAÇÃO. Fraude no registro de propriedade de veículo. Inexistência de relação jurídica de propriedade ou posse com o veículo. Inexigibilidade de tributos e multas de trânsito. Precedentes. Pretensão julgada procedente. Sentença mantida. Reexame necessário, considerado interposto, desacolhido. Recurso da Fazenda Pública desprovido. Recurso do autor provido". (autos de processo n. 0012438-13.2011.8.26.0248; Des. Rel. Décio Notarangeli; j. 19.02.2014; por v.u.; 9ª Câmara de Direito Público)

APELAÇÃO – AÇÃO DE RITO ORDINÁRIO – COBRANÇA DE IPVA

Acesso ao Sumário

– VEÍCULO ADQUIRIDO FRAUDULENTAMENTE POR TERCEIRO, COM UTILIZAÇÃO DE DADOS PESSOAIS DO AUTOR – VEÍCULO QUE NUNCA PERTENCEU AO APELADO – DESAPARECIMENTO DO FATO GERADOR, TORNANDO INDEVIDO O IMPOSTO – VÍTIMA DE FRAUDE QUE NÃO SE ENQUADRA NA CONDIÇÃO DE CONTRIBUINTE OU RESPONSÁVEL PELO ADIMPLEMENTO DO TRIBUTO – INTELIGÊNCIA DO ART. 14 DA LEI Nº 13.296 DE 2008 – RECONHECIMENTO DE INEXISTÊNCIA DE RELAÇÃO JURÍDICA – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO IMPROVIDO. (autos de processo n. 1017248-12.2014.8.26.0053; julgado pela 13ª Câmara de Direito Público; por v.u.; julgado no dia 18.11.2015; Des. Relator Ferraz de Arruda)

APELAÇÃO CÍVEL. IPVA. Declaratória de inexistência de débitos. Autor que não é e nunca foi proprietária do veículo. Alegação de que a aquisição se deu por meio fraudulento. Autor que foi vítima de roubo de documentos e de talonário de cheques. Terceiro que adquiriu o automóvel com a utilização de seus documentos roubados. Comprovação da falta de vínculo entre o veículo e o autor. Inexistência de relação jurídica tributária. Inexigibilidade de cobrança de débitos de IPVA. Desaparecimento do fato gerador da obrigação tributária. Sentença mantida. Recurso não provido. (autos de processo n. 1009574-17.2013.8.26.0053; julgado pela 3ª Câmara de Direito Público; por v.u.; julgado no dia 30.09.2014; Des. Relator Ronaldo Andrade)

Por fim, o pedido de afastamento da condenação nos honorários advocatícios não deve prosperar, pois a apelante deu causa, sim, à propositura da ação, tanto que foi necessária concessão de liminar para que a ré se abstivesse de incluir o nome do autor na dívida ativa. Ademais, o apelado asseverou que ao se submeter a procedimento administrativo encontrou demora na solução da questão e na prestação do serviço público, o que lhe trouxe diversos prejuízos de ordem financeira, sendo necessária, portanto, a intervenção do Judiciário.

Diante do exposto, voto no sentido do **desprovimento** do recurso da Fazenda, mantendo-se a respeitabilíssima sentença por seus próprios fundamentos.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0015032-27.2010.8.26.0606, da Comarca de Suzano, em que é apelante INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL INSS, é apelado JOSÉ MASSAO DOY.

ACORDAM, em 16ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Não conheceram do reexame necessário e apelação. Encaminharam os autos ao Egrégio Tribunal Regional Federal da

3ª Região. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 26.541)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores CYRO BONILHA (Presidente) e JOÃO NEGRINI FILHO.

São Paulo, 19 de abril de 2016.

LUIZ DE LORENZI, Relator

Ementa: AÇÃO PREVIDENCIÁRIA – CAUSA DE PEDIR BASEADA EXCLUSIVAMENTE EM MOLÉSTIA DE CUNHO EXTRALABORAL – COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL – RETORNO DOS AUTOS PARA O TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL.

"Cogitando a lide de questão exclusivamente previdenciária, portanto sem atribuição de liame com acidente de trabalho, a competência recursal no caso concreto é do Egrégio Tribunal Regional Federal da 3ª Região".

Reexame necessário e apelação não conhecidos. Autos encaminhados ao Egrégio Tribunal Regional Federal da 3ª Região.

VOTO

José Massao Doy move a presente ação previdenciária contra o INSS objetivando, em síntese, a concessão benefício previdenciário sob o argumento de que se tornou inapto para o trabalho em decorrência de doença de Parkinson.

O laudo médico-pericial veio aos autos (fls. 200/206).

Sobreveio a r. sentença que julgou procedente o pedido inicial para condenar o INSS a pagar ao autor aposentadoria por invalidez a partir da data do requerimento administrativo, além de juros de mora, correção monetária e honorários advocatícios fixados em 15% sobre as parcelas até então vencidas (fls. 225/227).

Inconformado, apela o INSS arguindo, de início, cerceamento do seu direito de prova. Pede a anulação do julgado para a consequente reabertura da fase instrutória para juntada do prontuário médico do autor. No mérito, aduz, em suma, inexistência de qualidade de segurado, de modo que não preenche os requisitos necessários para a concessão do benefício (fls. 238/246).

Vieram aos autos informação previdenciária dando conta da implantação da aposentadoria por invalidez previdenciária (ver fls. 258).

Acesso ao Sumário

O autor apresentou resposta (fls. 263/272).

É o relatório, adotado no mais o da r. sentença.

Passo a decidir.

Da análise dos autos o que se infere, sem qualquer margem à dúvida, é que a ação proposta é de cunho exclusivamente previdenciário, cuja competência para a apreciação do recurso, no caso concreto, é do Egrégio Tribunal Regional Federal da 3ª Região.

Com efeito, vê-se que a despeito do déficit funcional reclamado pelo autor, não traz a inicial qualquer alusão à eventual origem laboral da patologia noticiada e no pedido não há nenhuma especificação de benefício de cunho acidentário.

A corroborar tal constatação, na perícia médica realizada e na contestação do INSS nada se ventilou a respeito de mal de origem ocupacional (ver fls. 76/61 e 200/206).

Além disso, o próprio INSS apresentou a sua apelação e o autor as contrarrazões endereçadas ao Egrégio Tribunal Regional Federal da 3ª Região (ver fls. 238/243 e 263/273).

Por consequência, o Magistrado *a quo*, conquanto pertencente ao Judiciário Bandeirante, funcionou na demanda como Juiz Federal na forma determinada pela Constituição Federal, já que a Comarca de Suzano ainda não contava na época da propositura da ação com Vara Federal instalada.

Logo, tratando-se de demanda sem qualquer relação com moléstia de origem ocupacional, a competência para apreciação da apelação, como exposto, é do Tribunal Regional Federal, conforme disposições dos artigos 108, inciso II, 109, inciso I e parágrafos 3º e 4º, da Constituição Federal.

Ante o exposto, pelo meu voto, não conheço do reexame necessário e da apelação e determino a remessa dos autos ao Egrégio Tribunal Regional Federal da 3ª Região, nos termos supra.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1000582-18.2015.8.26.0564, da Comarca de São Bernardo do Campo, em que é apelante INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL – INSS, é apelado JOEL WAGNER TOFANELLO.

ACORDAM, em 16ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso do INSS, mantendo-se a r. sentença por seus próprios e jurídicos fundamentos.

V.U", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 20.054)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores CYRO BONILHA (Presidente sem voto), LUIZ FELIPE NOGUEIRA e LUIZ DE LORENZI.

São Paulo, 10 de maio de 2016.

VALDECIR JOSÉ DO NASCIMENTO, Relator

Ementa: ACIDENTE DO TRABALHO. EMBARGOS À EXECUÇÃO. ATUALIZAÇÃO MONETÁRIA COM BASE NA TR - LEI Nº 11.960/2009 E EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 62/2009-. INCONSTITUCIONALIDADE, NO PARTICULAR, DECLARADA NO JULGAMENTO DA ADI Nº 4.357 PELO E. STF.

APELO AUTÁRQUICO IMPROVIDO.

VOTO

Vistos.

Trata-se de embargos à execução digitais opostos pelo INSS – Instituto Nacional de Seguro Social, sustentando, de modo sintético, não se encontrar correto o cálculo ofertado pelo exequente, pois utilizou a correção monetária e os juros fora dos parâmetros legais, uma vez que não observou os critérios contidos na Lei nº 11.960/2009; salientou, ainda, a inacumulatividade do auxílio-acidente com o auxílio- doença concernente à mesma moléstia; portanto, o montante do débito seria de R$ 131.347,10 e não de R$ 162.275,84; assim, o exequente incidiu em excesso de execução, devendo ser julgados procedentes os embargos à execução.

O embargado ofertou impugnação, ressaltando que os documentos apresentados não demonstraram que os afastamentos subsequentes foram causados pela mesma moléstia que embasou a concessão do auxílio-acidente; aduziu que o C. Supremo Tribunal Federal julgou inconstitucional a aplicação da TR como índice de correção monetária; por fim, requereu sejam julgados improcedentes os embargos.

A contadoria judicial prestou informações - fls. 65/67-.

Pela r. sentença da lavra do MM. Magistrado Rodrigo Gorga Campos, os embargos foram julgados parcialmente procedentes, na forma preconizada às fls. 75/79 - IGP-DI até a conta de liquidação e após o IPCA-E -.

Inconformado, apelou o Instituto executado, argumentando, em síntese,

Acesso ao Sumário

que a constitucionalidade do art. 1º-F da Lei nº 9.494/97 já foi decidida em sede de ADI, gerando efeitos vinculantes e *erga omnes*; salientou, ainda, que na liquidação do título executivo, é inconstitucional e ilegal a aplicação de qualquer outro índice que não os índices da poupança, previstos no art. 1º F da Lei nº 9.494, os quais devem ser aplicados desde a entrada em vigor da Lei nº 11.960/2009; diante desse quadro, pleiteou a reforma da r. sentença para julgar procedentes os embargos.

Apelo tempestivo, devidamente recebido, processado e sem contrarrazões.

É o relatório.

O apelo Autárquico não merece guarida, conforme se verá.

Releva consignar, no particular, que o V. Acórdão desta C. Câmara, prolatado na fase de conhecimento em 28/05/2013, já havia determinado que a definição dos critérios a serem utilizados quanto à Lei nº 11.960/2009 e Emenda Constitucional nº 62/2009 seriam relegados para a fase de execução, em face do julgamento da ADI nº 4.357 em 14/03/2013 pelo Excelso Supremo Tribunal Federal - fls. 21/29 -.

Em 14.03.2013 o Excelso Pretório declarou a inconstitucionalidade da Lei nº 11.960/09, quanto à utilização da TR como fator de correção. O embargado apresentou os cálculos em junho de 2014, ocasião em que a inconstitucionalidade já era patente.

A declaração de inconstitucionalidade tem, em princípio, os mesmos efeitos da nulidade. Lei inconstitucional é nula "*ipso iure*"; a eficácia dessa declaração é "*ex tunc*", ou seja, desde o momento em que a lei – *flagrantemente inconstitucional* – entrou em vigor.

Há situações, todavia, em que lei, mesmo inválida, gera efeitos que não podem ser desprezados e devem ser convenientemente regulados. Uma dessas hipóteses é a modulação, cujos parâmetros estão regulados no art. 27 da Lei n.º 9.868/99, vazado nos seguintes termos:

> Art. 27. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, **poderá** o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado. [destaques nossos]

A modulação é, como se vê, uma medida excepcional, pois, como já dito, lei inconstitucional é lei inválida.

Diante da modulação efetuada pelo E. STF, em março de 2015, **que atingiu somente os precatórios, esta Colenda Câmara tem admitido a aplicação da Lei nº 11.960/09 para a correção monetária nos casos em que o pagamento do precatório ocorreu até dezembro de 2013, ou seja, antes do**

Acesso ao Sumário

advento da Lei nº 12.919/13, que entrou em vigor em janeiro de 2014.

Entretanto, admitir-se a aplicação de uma lei **reconhecidamente inconstitucional, no presente caso**, seria, s.m.j., uma aberração, **pois a declaração ocorreu antes da expedição do precatório.**

Recordo, mais uma vez, que as disposições contidas na Lei nº 11.960/2009 e na Emenda Constitucional nº 62/09, **acerca de atualização monetária - TR -, foram declaradas inconstitucionais,** em face **do julgamento da ADI nº 4.357 pelo E. STF (Rel. Min. Ayres Britto e redator do acórdão Min. Luiz Fux - DJe 59/2013, 02.04.2013),** razão pela qual **não podem ser aplicadas.**

Não é demais lembrar que, conforme pacífico entendimento da Excelsa Corte, "*a decisão de inconstitucionalidade produz efeito vinculante e eficácia erga omnes desde a publicação da ata de julgamento e não da publicação do acórdão*" (STJ, TP, Ag. Reg. na Recl. 3.632-4/AM, Rel. p/ acórdão Min. Eros Grau, j. 02.02.2006).

No mesmo sentido:

1. STF – TP – Ag. Reg. na Recl. 3.473-9/DF – Rel. Min. Carlos Veloso – j. 31.08.2005.

2. STF – Reclamação 2.576/SC – Rel. Min. Ellen Gracie – DJU 20.08.2004.

Em suma, a alegação do embargante não tem fundamento, ficando mantida a sentença de fls. 75/79 por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Ante o exposto, pelo meu voto, nego provimento ao recurso do INSS, mantendo-se a r. sentença por seus próprios e jurídicos fundamentos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1001116-02.2014.8.26.0077, da Comarca de Birigüi, em que é apelante PAULO REZENDE, é apelado INSTITUTO NACIONAL DE SEGURO SOCIAL.

ACORDAM, em 16ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento em parte ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 20.864)**

O julgamento teve a participação dos Exmo. Desembargadores CYRO BONILHA (Presidente sem voto), VALDECIR JOSÉ DO NASCIMENTO e LUIZ FELIPE NOGUEIRA.

São Paulo, 10 de maio de 2016.

JOÃO NEGRINI FILHO, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: ACIDENTE DO TRABALHO – AUXÍLIO-ACIDENTE – CERCEAMENTO DE DEFESA – INOCORRÊNCIA – AUXILIAR GERAL – LESÃO NA MÃO ESQUERDA – INCAPACIDADE PARCIAL E PERMANENTE COMPROVADA – NEXO CAUSAL COM O LABOR DEMONSTRADO – LAUDO PERICIAL CONCLUSIVO – BENEFÍCIO DEVIDO.

Recurso parcialmente provido.

VOTO

Trata-se de ação movida pela parte obreira alegando ter sofrido acidente típico no exercício de suas atividades profissionais, causando redução de sua capacidade para o trabalho, o que conduz ao direito à percepção do benefício acidentário.

A ação foi julgada improcedente.

Irresignado, apela o vencido arguindo, preliminarmente, cerceamento de defesa. No mérito, busca a reforma da r. sentença, ao argumento de estarem presentes os requisitos necessários à concessão do auxílio-doença e/ou auxílio-acidente a partir da cessação do NB 502.261-329-4, com fixação de honorários advocatícios de 15% sobre o valor da condenação até o v. acórdão (fls. 135/140).

O recurso foi recebido, não respondido e a douta Procuradoria Geral de Justiça não se manifestou.

É o relatório.

A preliminar de cerceamento de defesa não prospera.

Isso porque, o pedido de fl. 120 foi afastado pela MM. Juíza *a quo*, na r. sentença, uma vez que na exordial foi requerida somente perícia na área ortopédica. Ademais, como se verá adiante, não foi detectado qualquer distúrbio psíquico, razão pela qual o exame com psiquiatra é desnecessário.

Passa-se ao mérito.

Observa-se que, em 03/08/2004, o segurado teve sua mão esquerda prensada na máquina em que trabalhava, causando ferimento e queimadura. Por conta disso, sua capacidade laborativa foi reduzida, fazendo jus ao amparo acidentário.

Na avaliação médica designada, o *expert*, valendo-se de exames físico e complementares constatou ser o obreiro portador de tendinopatia no ombro direito, de grau leve, que não causa repercussão nas atividades laborativas e comprometimento da mão esquerda, este como resultado do acidente narrado.

Acesso ao Sumário

Concluiu que há incapacidade parcial e permanente para atividades que exijam movimentos de força de preensão com a mão esquerda (fls. 103/112).

A despeito desta conclusão, a MM. Juíza *a quo* julgou improcedente a demanda, pois entendeu que a incapacidade apurada é compatível com a última atividade exercida, qual seja, a de encarregado de seção.

Em que pese a opinião que serviu de sustento para o decreto de improcedência do pedido, a inversão do julgamento é medida que se mostra mais correta.

Isso porque, conforme apurado em perícia, a lesão na mão esquerda do autor causa: limitação da flexão dos dedos da mão, principalmente o 4º e 5º dedos, bloqueio articular da interfalangeana distal do 5º dedo e diminuição da força de preensão da mão. Por conta disso, o *expert* contraindicou serviços nos quais se exijam movimentos de força e preensão da mão esquerda.

No presente caso, apesar da constatação de sequelas incapacitantes, entendeu a magistrada que não havia impedimento para o exercício da atividade de encarregado de seção. Contudo, esta foi a função exercida posteriormente, pois na época do infortúnio o obreiro trabalhava como auxiliar geral (embalador), atividade que demanda o uso de ambas as mãos.

Ressalte-se que o *expert* apontou a incapacidade para o exercício dessa função: "*Na atividade profissional do periciado na época do acidente, que era de Auxiliar Geral (Embalador – CBO nº 7841-05), a sequela que apresenta na mão esquerda causa repercussão. Já na sua última atividade profissional, que era Encarregado de Seção, a lesão da mão esquerda não causa repercussão*" (fl. 107).

Assim, inexiste óbice ao deferimento da reparação acidentária, pois o perito apontou a existência de incapacidade parcial e permanente para o labor, levando em conta a atividade exercida no momento do infortúnio, bem como admitiu o nexo causal entre o trauma sofrido e a sequela apurada.

De outro lado, a impugnação ofertada pelo INSS não infirmou a conclusão pericial. A autarquia admitiu a existência das sequelas, porém entendeu que não estão enquadradas no Quadro nº 06 do Anexo III do Decreto 3.048/99 e, por este motivo, entende que o autor não faz jus ao benefício.

Neste ponto, deve-se salientar que a incapacidade laborativa não pode ser apurada com base em um rol de lesões presentes em um decreto, e sim como ocorreu no caso em tela, através de um exame físico com análise da repercussão trazida pelas sequelas.

O nexo causal foi aceito pelo perito e também foi comprovado pela emissão de CAT e concessão do auxílio-doença acidentário.

Portanto, o obreiro faz jus ao benefício acidentário, pois foi constatada a lesão, caracterizado o nexo causal com o trabalho e a efetiva incapacidade

Acesso ao Sumário

profissional, parcial e permanente. Presentes estes requisitos, é de rigor o deferimento da reparação.

Vale citar:

"A existência de nexo de causalidade e de incapacidade parcial e permanente permitem o reconhecimento do direito ao benefício acidentário reclamado."

(Ap. s/ Rev. 662.055-00/7 - 7ª Câm. - Rel. Juiz ANTONIO RIGOLIN - J. 17.6.2003)

Desse modo, deve ser concedido o auxílio-acidente, benefício compatível com a incapacidade apurada em perícia, não merecendo provimento o recurso do autor quanto ao pedido de auxílio-doença, porque já superado o período para tratamento.

O termo inicial do benefício deve ser o dia seguinte à alta médica, pois naquele momento a lesão já estava consolidada e isto era de conhecimento da autarquia. No entanto, como a ação foi proposta somente em 21/02/2014, as prestações anteriores a 21/02/2009 estão prescritas.

Anoto, ainda, que em razão do deferimento de auxílio-doença em antecipação de tutela, que o auxílio-acidente ora deferido deverá ser suspenso neste período e, com a sua cessação será reaberto. Confirma-se, ademais, a cassação da tutela, tal como anotado na r. sentença.

Os honorários advocatícios devem ser fixados de forma a remunerar condignamente o patrono do autor e, para tanto, serão observadas as regras do CPC/73 vigente à época da prolação da sentença e, sendo assim, a verba será de 15% das prestações vencidas até a data da decisão em primeiro grau.

Objetivando melhor direcionar a futura execução, consigno que o montante devido a título de parcelas atrasadas do benefício deferido nesta ação será monetariamente corrigido pelos índices econômicos pertinentes e acrescidos dos juros moratórios, a contar da citação, englobadamente até este marco e a partir daí, mês a mês, ficando para a fase de execução a definição de ambos e dos critérios a serem utilizados, observando-se, no que couber, o julgamento da ADI nº 4357 e da Repercussão Geral nº 810 pelo STF.

Ante o exposto, DÁ-SE PARCIAL PROVIMENTO ao recurso para julgar PROCEDENTE o pedido formulado por PAULO REZENDE, condenando o INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL – INSS a pagar ao apelante:

A) AUXÍLIO-ACIDENTE DE 50% do salário-de-benefício, a partir da data do dia seguinte à alta médica (26/04/2005 fl. 55);

B) ABONO ANUAL, conforme art. 40, da Lei 8.213/91;

C) HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS de 15% das prestações devidas até a data da sentença;

Acesso ao Sumário

D) JUROS MORATÓRIOS E CORREÇÃO MONETÁRIA, nos moldes especificados;

E) DESPESAS PROCESSUAIS, se comprovado o desembolso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0018472-78.2012.8.26.0309, da Comarca de Jundiaí, em que é apelante JOÃO SURIANO ALVES FILHO (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: "Deram provimento ao recurso para afastar a r. sentença extintiva, julgando, porém, improcedente a ação, na forma do art. 1.013, § 4º, do CPC . Sem ônus de sucumbência por força de disposição legal (art. 129, parágrafo único, da lei nº 8.213/91). V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 25.653)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores CYRO BONILHA (Presidente), JOÃO NEGRINI FILHO e VALDECIR JOSÉ DO NASCIMENTO.

São Paulo, 10 de maio de 2016.

CYRO BONILHA, Relator

Ementa: ACIDENTÁRIA – Revisional de benefício – Decadência reconhecida na sentença não caracterizada – Parte que pretende a majoração de seu auxílio-acidente de 40% para 50% após o advento da Lei nº 9.032/95 – Inadmissibilidade – Irretroatividade da lei, ainda que mais benéfica – Benefício concedido sob a égide da lei vigente à época do infortúnio, que previa outro percentual específico – Observância do princípio "tempus regit actum" – Necessidade, ademais, da correspondente fonte de custeio para justificar a alteração – Recurso provido para o afastamento da sentença extintiva, julgada, porém, improcedente a ação, na forma do art. 1.013, § 4º, do novo CPC.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de ação revisional de benefício acidentário em que postula o autor a majoração do percentual do auxílio-acidente que vem recebendo, de 40% para 50%, a partir da vigência da Lei nº 9.032/95.

A r. sentença de fls. 138/140, cujo relatório se adota, julgou improcedente o pedido, reconhecendo a decadência.

Inconformado, apela o autor, buscando a reforma da decisão. Alega que apenas as parcelas vencidas no período de 5 anos que antecedeu o ajuizamento da ação são suscetíveis de prescrição, aduzindo que a decadência só se aplica aos benefícios concedidos a partir da Lei nº 9.528/97. Sustenta ser admissível a revisão do benefício com base em lei nova mais benéfica. Tece considerações sobre a matéria, mencionando jurisprudência que reputa respaldar a sua pretensão.

Recebido e processado o recurso, a parte contrária não apresentou resposta.

A Procuradoria Geral de Justiça não mais se manifesta em ações acidentárias.

É o relatório.

Respeitado o convencimento do douto magistrado, não se afigura correto o reconhecimento da decadência.

O entendimento aqui adotado é no sentido de que nas ações de trato continuativo o fundo de direito não caduca. Apenas as parcelas vencidas e não pagas no período anterior ao quinquênio que precedeu o ajuizamento da ação são suscetíveis de prescrição.

Não é demais ressaltar que o art. 103 da Lei nº 8.213/91 estabelece o prazo decadencial apenas para a "**revisão do ato de concessão de benefício**" e não para a revisão de benefício em manutenção.

Destarte, ante a ausência de previsão legal, não há que se falar em decadência.

Acesso ao Sumário

De rigor, portanto, o afastamento da r. sentença extintiva.

No entanto, versando a causa sobre questão exclusivamente de direito, é cabível desde logo o julgamento da lide pelo Tribunal, de acordo com o disposto no art. 1.013, § 4º, do novo CPC.

O ponto fulcral do caso em apreço reside no cabimento ou não da retroação da Lei nº 9.032/95 tão-só para a majoração do percentual do benefício acidentário anteriormente concedido, cabendo desde logo consignar que a hipótese dos autos não cuida de agravamento da incapacidade laborativa.

Ainda que a percepção do benefício seja continuada, a aplicação retroativa da nova lei alcançaria situações consolidadas à luz de legislações anteriores,

de modo a desvirtuar a base de cálculo do benefício, visto que, ao definir o patamar de 50% para o auxílio-acidente, a nova legislação também modificou o critério de apuração da prestação mensal, determinando a incidência da alíquota exclusivamente sobre o salário-de-benefício.

Cabe ressaltar que salário-de-benefício não se confunde com salário-de-contribuição, servindo este último de base de cálculo dos benefícios previstos pelas Leis nºs 5.316/67, 6.367/76 e 8.213/91 (em sua redação original).

A pretensão esbarra na regra do art. 195, § 5º, da Constituição Federal, que assim dispõe: "*Nenhum benefício ou serviço da seguridade social poderá ser criado, majorado ou estendido sem a correspondente fonte de custeio total*".

As novas fontes de custeio que integram o espírito da Lei nº 9.032/95 abrangem apenas os benefícios concedidos na sua vigência, sendo oportuno acrescentar que a referida lei não contém cláusula expressa de retroação.

A posição desta Câmara acerca da matéria está em consonância com o entendimento jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal, no sentido de que: "*Os benefícios previdenciários devem regular-se pela lei vigente ao tempo em que preenchidos os requisitos necessários à sua concessão. Incidência, nesse domínio, da regra 'tempus regit actum', que indica o estatuto de regência ordinariamente aplicável em matéria de instituição e/ou de majoração de benefícios de caráter previdenciário. Precedentes. – A majoração de benefícios previdenciários, além de submetida ao postulado da contrapartida (CF, art. 195, § 5º), também depende, para efeito de sua legítima adequação ao texto da Constituição da República, da observância do princípio da reserva de lei formal, cuja incidência traduz limitação ao exercício da atividade jurisdicional do Estado. Precedentes. – Não se revela constitucionalmente possível, ao Poder Judiciário, sob fundamento de isonomia, estender, em sede jurisdicional, majoração de benefício previdenciário, quando inexistente, na lei, a indicação da correspondente fonte de custeio total, sob pena de o Tribunal, se assim proceder, atuar na anômala condição de legislador positivo, transgredindo, desse modo, o princípio da separação de poderes. Precedentes. – A Lei nº 9.032/95, por não veicular qualquer cláusula autorizadora de sua aplicação retroativa, torna impertinente a invocação da Súmula 654/STF*" (RE-AgR 461.904/SC, 2ª Turma, rel. Min. Celso de Mello, j. em 12/08/2008, DJ de 29/08/2008).

É oportuno registrar que, no julgamento do RE 597.389-1 RG-QO/SP, publicado em 21/08/2009, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a repercussão geral da questão constitucional analisada e reafirmou a "*jurisprudência da Corte no sentido de que a revisão de pensão por morte e demais benefícios, constituídos antes da entrada em vigor da Lei nº 9.032, de 1995, não pode ser realizada com base em novo coeficiente de cálculo estabelecido no referido diploma legal*".

Acesso ao Sumário

Em suma, há de ser respeitado o princípio "tempus regit actum", não havendo como ser acolhido o argumento de que, por ser mais benéfica, a nova lei deve automaticamente retroagir para alcançar os benefícios de auxílio-acidente em manutenção, inexistindo previsão legal nesse sentido.

Dentro desse quadro, é de ser decretada a improcedência da ação.

Ante o exposto, pelo meu voto, dou provimento ao recurso para afastar a r. sentença extintiva, julgando, porém, improcedente a ação, na forma do art. 1.013, § 4º, do novo CPC. Sem ônus da sucumbência, por força de disposição legal (art. 129, parágrafo único, da Lei nº 8.213/91).

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0004027-75.2012.8.26.0270, da Comarca de Itapeva, em que são apelantes SUSY CRISTINA DE OLIVEIRA CAMARGO e IVETE TEIXEIRA DE OLIVEIRA CAMARGO, são apelados HÉLIO TADASHI NOCHE, ALEXANDRE SCAVASSIN BELÉZIA e PREFEITURA MUNICIPAL DE ITAPEVA.

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 2.528)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores REBOUÇAS DE CARVALHO (Presidente) e CARLOS EDUARDO PACHI.

São Paulo, 8 de junho de 2016.

MOREIRA DE CARVALHO, Relator

Ementa: APELAÇÃO – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO – Laudo médico que constatou existência de cisto tireoglosso, sendo realizado procedimento cirúrgico para a retirada – Inexistência de erro no diagnóstico – Procedimento compatível – Ausência dos elementos ensejadores do dever de indenizar – Sentença mantida – Recurso desprovido.

Acesso ao Sumário

VOTO

AÇÃO DE INDENIZAÇÃO ajuizada por **SUSY CRISTINA DE OLIVEIRA** em face do **MUNICÍPIO DE ITAPEVA**, **HÉLIO TADASHI NOCHE E ALEXANDRE SCAVASSIN BELÉZIA**. Alega, em síntese, que

em razão de laudo diagnóstico mal elaborado pelos segundo e terceiro réus, na qualidade de profissionais médicos, foi submetida a procedimento cirúrgico desnecessário em rede pública de saúde, o que lhe causou diversos prejuízos materiais e morais. Pugna pela condenação dos réus ao pagamento de indenização pelos danos materiais e morais sofridos.

A sentença de fls. 239/247 julgou improcedente a ação. Sucumbente, condenou a autora ao pagamento das despesas, custas processuais e dos honorários advocatícios, que fixou em R$ 2.000,00, observado o disposto na Lei nº 1.060/50.

Apela a autora (fls. 252/261). Sustenta que em razão do erro de diagnóstico, foi submetida a procedimento cirúrgico desnecessário quando tinha apenas 11 anos, o que lhe causou sofrimento e constrangimentos, inclusive com necessidade de atendimento psicológico.

Houve apresentação de contrarrazões ao recurso por parte dos corréus Hélio Tadashi Noche e Alexandre Scavassin (fls. 264/268), tendo decorrido o prazo sem apresentação de contrarrazões pelo Município de Itapeva (fls. 281).

Vieram os autos para julgamento.

RELATEI.

Alega a autora, ora apelante, que quando tinha onze anos de idade, em razão de uma saliência em seu pescoço, procurou atendimento na rede pública de saúde, no "Posto de Saúde da Vila Mariana – SUS", no município de Itapeva, onde foi encaminhada para realização de exame de ultrassonografia na região cervical.

O exame foi realizado pelo segundo e terceiro réus, que concluíram pela existência de um "cisto tireoglosso", motivo pelo qual foi submetida a cirurgia para retirada do mesmo, ocasião em que os médicos que realizaram o procedimento teriam alegado que nada localizaram, o que demonstraria o erro no laudo médico, o que lhe causou sofrimento psicológico.

Diante de tais considerações, busca a responsabilização do ente público e de seus agentes. Ambas são formas de responsabilização subjetiva:

Ao ente público, pela falta do serviço, que corresponde à ideia conhecida entre os franceses como *faute du service*, quando, o serviço não funciona, funciona mal ou atrasado, sendo necessária a demonstração da ocorrência do dano, nexo de causalidade entre estes, comportamento omissivo da Administração e a existência de culpa. Já aos agentes, a responsabilização decorre da comprovação da culpa.

In casu, os exames médicos realizados na época dos fatos constataram a existência de um nódulo mediano na região cervical da apelante.

Em Juízo, o laudo pericial concluiu que "*não há elementos para*

Acesso ao Sumário

a caracterização de erro no laudo de diagnóstico ultrassonográfico dos requeridos, considerando que na exploração cirúrgica foi constatado cisto em região mediana compatível com o achado ultrassonográfico" (fl. 227).

A perícia técnica também concluiu que "as condutas médicas tomadas e as hipóteses diagnósticas estabelecidas foram adequadas ao histórico, idade, achado clínico e ultrassonográfico".

Assim, não há que se falar em dano à apelante, tendo em vista que, de fato, havia um cisto em sua região mediana, sendo tal constatação aferida no exame ultrassonográfico realizado pelos coapelados.

Também não há elementos que comprovem que tenha ocorrido erro de diagnóstico ou que o procedimento cirúrgico foi desnecessário. Ao contrário, constatou-se ter sido a conduta médica adequada ao caso.

Vale ressaltar que a prova técnica ainda constatou que a apelante não sofreu sequelas em decorrência do procedimento, nem tão pouco qualquer dano estético.

Portanto, ausente os elementos ensejadores ao dever de indenizar, inexistindo dano à apelada, bem como, nexo causal com qualquer conduta omissiva do ente público ou culposa de seus agentes.

Desta forma entendo correta a r. sentença que julgou improcedente a ação, devendo ser mantida por seus próprios fundamentos.

Ocorrendo isto, ***NEGO PROVIMENTO AO RECURSO***, nos termos supramencionados.

Apelações/Reexames Necessários

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação/Reexame Necessário nº 1036659-41.2014.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que é apelante FRANCISCO JOSÉ GOMOR e Recorrente JUÍZO *EX OFFICIO*, são apelados DIRETOR DO DEPARTAMENTO DE CONTROLE AMBIENTAL DA PREFEITURA DO MUNCÍPIO DE SÃO PAULO e PREFEITURA MUNICIPAL DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 2ª Câmara Reservada ao Meio Ambiente do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão:

Negaram provimento ao recurso. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 26.938)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores PAULO AYROSA (Presidente) e ALVARO PASSOS.

São Paulo, 8 de abril de 2016.

PAULO ALCIDES, Relator

Ementa: MANDADO DE SEGURANÇA. OFENSA A DIREITO LÍQUIDO E CERTO DO IMPETRANTE NÃO CARACTERIZADA. TRANSPORTE DE RESÍDUOS ORIUNDOS DA CONSTRUÇÃO CIVIL EM DESACORDO COM A RESOLUÇÃO CONAMA Nº 307/2002. SUSPENSÃO TEMPORÁRIA DAS ATIVIDADES IMPOSTA PELA MUNICIPALIDADE. SANÇÃO ADMINISTRATIVA CONSENTÂNEA COM A LEGISLAÇÃO DE REGÊNCIA. RECURSO DESPROVIDO.

VOTO

Trata-se de recurso de apelação interposto por Francisco José Gomor contra r. sentença de fls. 195/199 que, nos autos do mandado de segurança com pedido de liminar impetrado contra o Diretor do Departamento de Controle da Qualidade Ambiental da Prefeitura do Município de São Paulo, julgou improcedente o pedido e denegou a segurança.

Sustenta, em síntese, que o ato é ilegal, pois as Resoluções CONAMA n° 307/2002 e SMA n° 56/2010 permitem a reutilização de resíduo da construção civil sem licença ambiental. Aduz que possui todos os documentos necessários para a regularização topográfica do terreno e construção do campo de futebol. Assevera que a própria Resolução CONAMA nº 307/02 permite que os resíduos da construção civil classe A possam também ser reutilizados para regularização topográfica como forma de destinação final. (fls. 214/229).

Contrarrazões (fls. 247/270).

Parecer da douta Procuradoria Geral de Justiça opinando pela denegação da segurança, reitera todos os fatos e fundamentos já expostos na manifestação de fls. 186/193 (fls. 274).

É o relatório.

Dispõe o art. 1º da Lei 12.016/2009, atual Lei do Mandado de Segurança:

"Conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por habeas corpus ou habeas data,

sempre que, ilegalmente ou com abuso de poder, qualquer pessoa física ou jurídica sofrer violação ou houver justo receio de sofrê-la por parte de autoridade, seja de que categoria for e sejam quais forem as funções que exerça".

Segundo a clássica lição de HELY LOPES MEIRELLES, "*mandado de Segurança é o meio constitucional posto à disposição de toda pessoa física ou jurídica, órgão com capacidade processual, ou universalidade reconhecida por lei, para a proteção de direito individual ou coletivo, líquido e certo, não amparado por habeas corpus ou habeas data, lesado ou ameaçado de lesão, por ato de autoridade, seja de que categoria for e sejam quais forem as funções que exerça*". (Mandado de Segurança, Malheiros Editora, 30ª edição, pág. 25/26).

Sabe-se que o aludido direito líquido e certo demanda prova pré-constituída, pois o *mandamus* não comporta dilação probatória.

A respeito, leciona MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO:

"(...) Finalmente, o último requisito é o que concerne ao direito líquido e certo. Originariamente, falava-se em direito certo e incontestável, o que levou ao entendimento de que a medida só era cabível quando a norma legal tivesse clareza suficiente que dispensasse maior trabalho de interpretação.

Hoje, está pacífico o entendimento de que a liquidez e certeza referem-se aos fatos; estando estes devidamente provados, as dificuldades com relação à interpretação do direito serão resolvidas pelo juiz. Daí o conceito de direito líquido e certo como o direito comprovado de plano, ou seja, o direito comprovado juntamente com a petição inicial. No mandado de segurança, inexiste a fase de instrução, de modo que, havendo dúvidas quanto às provas produzidas na inicial, o juiz extinguirá o processo sem julgamento do mérito, por falta de um pressuposto básico, ou seja, a certeza e liquidez do direito" (MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, in Direito Administrativo, Editora Atlas, 13ª Edição, pág. 626).

No caso, não se vislumbra direito líquido e certo a ser amparado pela ação constitucional.

A prova pré-constituída (sobretudo o minucioso Relatório Técnico da Secretaria do Meio Ambiente de São Paulo - fls. 68/76) demonstra que o solo transportado pelo impetrante para o local fiscalizado, muito embora inerte, enquadra-se como "*resíduo de construção civil*", de modo que aplicáveis as disposições previstas na Resolução CONAMA nº 307/2002 e não aquelas contidas na Resolução SMA nº 56/2010.

Uma vez que a atividade infringiu legislação ambiental, legítima a aplicação da sanção administrativa aplicada pela Municipalidade consistente na "suspensão total da atividade de recebimento de solo de terraplenagem/obras e

de resíduos de construção civil" (fl. 80).

Como bem observou o Magistrado:

"(...) dos documentos juntados aos autos, podemos extrair que o material utilizado pelo impetrante em suas atividades foi classificado pelos fiscais do Município de São Paulo como resíduos da construção civil Classe A, alínea "a", da Resolução 307-02 do CONAMA (fls. 73).

Segundo o estabelecido pelo CONAMA, tais resíduos devem ter destinação específica, conforme disposto em seu artigo 10:

"Art. 10. Os resíduos da construção civil, após triagem, deverão ser destinados das seguintes formas:

I - Classe A: deverão ser reutilizados ou reciclados na forma de agregados ou encaminhados a aterro de resíduos classe A de reservação de material para usos futuros; (nova redação dada pela Resolução 448/12)"

Ora, a legislação ambiental vincula a destinação do material utilizado pelo impetrante, que deve ser reciclado ou encaminhado para aterro específico para receber tal material. No caso concreto, o próprio impetrante admite que utilizava o material para a construção de campos de futebol e a fiscalização constatou que era proveniente de duas obras de terraplanagem.

Além disso, o volume de material utilizado na atividade ultrapassa o limite legal de 1.000 m² (Res. SMA 56/10 - art.2, inciso I), conforme constatado pela fiscalização municipal em relatório técnico de fls. 145 e seguintes, sendo que a atividade não estaria isenta do licenciamento ambiental".

A resolução é bastante objetiva ao classificar até mesmo os solos provenientes de terraplenagem como resíduos sólidos da construção de classe A.

Assim, considerando que o solo levado para o local fiscalizado é proveniente de terraplenagem é correto que seja destinado para um aterro de construção civil ou deverão ser reutilizados ou reciclados na forma de agregados sem causar danos à saúde pública e ao meio ambiente (fls. 74).

Cumpre salientar que para a execução de aterro de tais resíduos é necessária a Licença Ambiental, vez que o material utilizado ultrapassa o limite legal de 1.000 m², de acordo com o relatório técnico expedido pela fiscalização municipal (fls. 68/76 e 145/152).

Nesse contexto, subsistindo a presunção de legalidade e veracidade dos atos da Administração, considero correta a improcedência do pedido com a denegação da segurança, restando mantida a decisão de primeiro grau por seus próprios fundamentos, nos termos do artigo 252 do Regimento Interno deste E.

Acesso ao Sumário

Tribunal.

Ante o exposto, nega-se provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação/Reexame Necessário nº 3004511-07.2013.8.26.0431, da Comarca de Pederneiras, em que são apelantes FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO e JUÍZO *EX OFFICIO*, é apelado VERA LUCIA BAPTISTA (JUSTIÇA GRATUITA).

ACORDAM, em 3ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento aos recursos voluntários e *ex officio*. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 35.310)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ANTONIO CARLOS MALHEIROS (Presidente sem voto), AMORIM CANTUÁRIA e MARREY UINT.

São Paulo, 3 de maio de 2016.

JOSÉ LUIZ GAVIÃO DE ALMEIDA, Relator

Ementa: Mandado de segurança com pedido liminar – Licença- maternidade de 180 dias, em decorrência da adoção de criança com mais de sete anos de idade – Acolhimento – Para o deslinde da causa deve-se proceder a uma leitura sistemática do ordenamento jurídico, vez que a Constituição Federal não faz distinção da idade da criança adotada para fins de concessão do benefício pretendido – Sentença mantida – Recursos voluntário e *ex officio* não providos.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de mandado de segurança com pedido liminar impetrado por **Vera Lúcia Baptista** contra ato da **Diretora da E. E. Professora Dinah de Moraes Seixas**. Diz a inicial que a impetrante é Professora de Educação Básica II, dos Quadros do Magistério Paulista, admitida nos termos da lei nº 500/74, e, em 30.08.2014, obteve a guarda provisória por tempo indeterminado, para fins de adoção da menor A.J.G.M., nascida em 26.02.2006.

Nos termos das leis complementares nº 367/84 (art. 1º) e nº 1.054/08 (art. 1º) afirma fazer jus à licença adoção, pelo requereu junto à impetrada o benefício,

em 02.09.2013. Em 09.09.2013, o pedido foi indeferido sob o fundamento de que a criança possui mais de sete anos de idade, o que contrariaria os diplomas invocados, motivo pelo qual a impetrante busca agora o provimento jurisdicional para concessão do benefício.

Liminar e gratuidade processual concedidas a fls. 20 e 21/22.

Notificada, a autoridade impetrada apresentou informações (fls. 29/30), defendendo que a negativa do direito pretendido foi motivada pela ausência de legislação permitindo a concessão da benesse, pelo que a ordem não deve ser concedida. Mais, informou o cumprimento da liminar.

O Ministério Público opinou pela concessão da ordem a fls. 32.

A ordem foi concedida (fls. 34/37) pelo Juiz *Dr. Sergio Augusto de Freitas Jorge*, para conceder a licença-adoção pelo prazo de 180 dias, nos termos das leis complementares estaduais nº 367/84 e nº 1.054/08. Custas na forma da lei, sem fixação em honorários.

Insatisfeita, apela a FESP (fls. 44/48), arguindo a ocorrência de decadência e no mérito repetindo os argumentos antes lançados.

Recurso tempestivo e contrariado a fls. 53/57.

O Ministério Público declinou de sua atuação a fls. 60.

É o relatório.

Por primeiro, ressalva-se que os argumentos lançados a fim de justificar eventual ocorrência de decadência no presente feito se confundem com o mérito e com ele serão analisados.

No mérito cinge-se a controvérsia dos autos em se determinar se possível ou não a concessão do benefício na hipótese de adoção de criança com mais de sete anos de idade, ou melhor, sete anos e alguns meses.

Incontroverso nos autos que o regime jurídico aplicável à hipótese *sub judice* é o estabelecido pela lei complementar estadual nº 367/84, com a redação dada pela lei complementar estadual nº 1.054/08, cujo artigo 1º estabelece:

> "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."

O texto mencionado de fato limita a concessão do benefício em tela à adoção de menor com até sete anos. Contudo, a melhor hermenêutica aponta para uma leitura sistemática do ordenamento jurídico, concluindo-se, pois, que o critério idade é questão meramente secundária para o deslinde da causa.

A Constituição Federal não faz distinção da idade da criança adotada para fins de concessão de licença maternidade. Mais, a criança, independentemente, de sua idade, necessita de certo tempo para se habituar ao novo lar. Justo,

Acesso ao Sumário

portanto, que o ordenamento constitucional pátrio assegure a licença pleiteada pela impetrante.

Com bem anotado pelo Des. Magalhães Coelho, na Apelação nº 1019218-55.2014.26.0309, j. 22.02.2016:

> "Cuida-se, sobretudo, de direito que, além de estar positivamente assegurado em norma constitucional, diz respeito aos vetores axiológicos supremos do ordenamento jurídico brasileiro, como a igualdade material, o valor social do trabalho e a dignidade humana.
>
> Além disso, cabe destacar que a Administração, por estar adstrita ao princípio da igualdade, não pode proceder a descrímenes desprovidos de correlação lógica entre o critério desigualador e a desigualdade de tratamento."

Ante o exposto, carece de critério lógico a limitação etária a justificar a não concessão do benefício pleiteado pela Apelada. Correta, portanto, a sentença de primeiro grau ao reconhecer o direito da Apelada de ser comtemplada com a licença maternidade (por adoção) pelo período de 180 (cento e oitenta) dias.

Dessarte nega-se provimento aos recursos voluntário e *ex officio*.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação/Reexame Necessário nº 0033605-45.2010.8.26.0564, da Comarca de São Bernardo do Campo, em que são apelantes PREFEITURA MUNICIPAL DE SÃO BERNARDO DO CAMPO/SP e JUÍZO *EX OFFICIO*, é apelado INSTITUTO METODISTA DE ENSINO SUPERIOR.

ACORDAM, em 18ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Reformaram a r. sentença em reexame necessário e deram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 21.465)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores BEATRIZ BRAGA (Presidente) e WANDERLEY JOSÉ FEDERIGHI.

São Paulo, 12 de maio de 2016.

ROBERTO MARTINS DE SOUZA, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: Apelação – Apreciação do recurso sob a égide do CPC/73 – Embargos à execução fiscal – Pretensão à isenção do preço público cobrado pelo serviço de coleta de esgoto – Exercícios de 2002 a

2003 – Isenção prevista pela Lei municipal de São Bernardo do Campo nº 4.558, de 11 de dezembro de 1997 – Edição da Lei municipal n. 5.072/2002, que alterou a redação da Lei 4.558/97, passando a exigir prévio cadastramento e preenchimento de requisitos para obter a isenção – Preço público que não se sujeita às normas tributárias, e não depende de lei para sua instituição, nem majoração – Contraprestação de caráter não tributário, que não se equipara com às taxas – Súmula 545 do STF – Inaplicabilidade do artigo art. 150, III, 'a' e 'c' da Constituição Federal – Vigência da Lei n. 5.072/2002 dentro do mesmo exercício.

Sentença reformada, em reexame necessário, para manter a cobrança do preço público do exercício de 2002 – Desistência parcial homologada referente aos créditos dos meses de janeiro a setembro do exercício de 2003 – Recurso provido.

VOTO

Trata-se de reexame necessário e apelação interposta pela **Prefeitura Municipal de São Bernardo do Campo** da r. sentença de fls. 192/196, que acolheu parcialmente os embargos opostos à execução fiscal movida pela apelante contra o **Instituto Metodista de Ensino Superior**, afastou a cobrança dos débitos relativos ao preço público pela coleta de esgoto conforme as certidões de dívida ativa referentes ao período de março a dezembro de 2002 (cf. fls.03/17 - apenso), mantendo-se a cobrança do exercício de 2003. Diante da sucumbência recíproca, cada parte arcará com os honorários do seu advogado, além das custas e despesas processuais na proporção da metade para cada uma.

Em suas razões recursais a Municipalidade (fls.201/217) pugna pela reforma da r. sentença, sustentando em síntese: a) existência do Decreto n. 13.876/02 regulamentador da Lei municipal n. 5072/92 que outorga isenção de pagamento de preços públicos referente à água e ao esgoto; b) inexistência de outorga de isenção ao embargante; c) que a imunidade das instituições de assistência social possui requisitos e fundamentos - com inaplicabilidade na hipótese vertente; d) fixação do preço público pela contraprestação dos serviços de utilização facultativa. Por derradeiro, requer provimento do recurso, reformando-se a r. sentença, com a condenação da embargante ao pagamento das verbas sucumbenciais.

Recurso recebido (fl.220) e processado, sendo apresentadas contrarrazões

Acesso ao Sumário

(fls.223/227) pela manutenção da r. sentença.

O caso comporta o reexame necessário nos termos do art. 475, § 2º, do CPC.

É o relatório.

De início, cabe registrar que o processo tramitou e foi sentenciado antes de 18/03/2016 sob a égide do CPC/1973, sendo interposto recurso de apelação que será julgado à luz do citado diploma legal (Enunciado Administrativo nº 7 do STJ).

Trata-se de execução fiscal visando à cobrança de preço público de coleta de esgoto dos períodos de março a dezembro de 2002 e de janeiro a setembro de 2003 (cf. fls.03/17), no valor de R$ 67.517,48.

O artigo 176 do vigente Código Tributário Nacional é expresso ao afirmar que:

"Art. 176. A isenção, ainda quando prevista em contrato, é sempre decorrente de lei que especifique as condições e requisitos exigidos para a sua concessão, os tributos a que se aplica e, sendo caso, o prazo de sua duração.

Parágrafo único. A isenção pode ser restrita a determinada região do território da entidade tributante, em função de condições a ela peculiares"

Com efeito, a isenção pretendida pela embargante era prevista na Lei Municipal nº 4.558 de 11 de Dezembro de 1997 que dispõe:

ALTERA A LEI MUNICIPAL Nº 1.802, DE 26 DE DEZEMBRO DE 1969, E DÁ OUTRAS PROVIDÊNCIAS.

"Art. 3º As entidades assistenciais, beneficentes, educacionais, culturais, filosóficas, religiosas, esportivas, representativas de bairro ou de classe, profissionais, sindicais e outras sem fins lucrativos, serão dispensadas do pagamento dos preços públicos relativos a água e esgoto, até o limite correspondente à faixa de consumo mínimo.

"Parágrafo Único - O benefício previsto neste artigo será concedido somente às entidades que requererem seu cadastramento junto à repartição competente.

Como se vê, o disposto no art. 3º da Lei Municipal nº 4.558/97 previa expressamente a isenção tarifária para as entidades assistenciais, beneficentes, educacionais, culturais, filosóficas, religiosas, esportivas, representativas de bairro ou de classe, profissionais, sindicais e outras sem fins lucrativos, bastando, para tanto, que requereram seu cadastramento junto à repartição competente.

De fato, o documento de fl. 46 comprova que a apelada é entidade assistencial declarada de utilidade pública, que tem por objetivo institucional

Acesso ao Sumário

o exercício de atividades sociais sem fins lucrativos, de modo que fazia jus à isenção do pagamento dos serviços de água e esgoto, com amparo na Lei 4.558/97.

Com efeito, o artigo 3º da Lei Municipal n. 5.072/2002, publicada em 8 de agosto de 2002, alterou a Lei n. 4.558/1997 e possui a seguinte redação:

> ***"Art. 3º. As entidades assistenciais, beneficentes, educacionais, culturais, filosóficas, religiosas, esportivas, representativas de bairro ou de classe, profissionais, sindicais e outras sem fins lucrativos serão dispensadas do pagamento dos preços públicos relativos a água e esgoto, até o limite de consumo mínimo estabelecido pela Secretaria competente.***
>
> ***§ 1º. As entidades assistenciais e beneficentes, sem fins lucrativos, poderão requerer o aumento do limite de consumo mínimo referido no "caput", desde que se submetam a prévio cadastramento e preencham os requisitos estabelecidos em decreto regulamentador a ser editado no prazo máximo de 30 (trinta) dias a contar da vigência desta lei.***
>
> ***§ 2º. Deferido o pedido de aumento de consumo mínimo, os valores constitutivos de créditos do Município inscritos ou não em dívida ativa e em qualquer fase de cobrança administrativa ou judicial poderão ser remitidos até o montante correspondente ao novo limite"***

No entanto, em se tratando de preço público também não está sujeito aos princípios contidos no artigo 150 da CF. Logo, não depende de lei para sua instituição, nem majoração. A eliminação destes pilares, para fins de preço público, exclui, portanto, os princípios da anualidade e noventena. Os valores a serem cobrados passam a ter vigência em qualquer tempo, inclusive podem ser majorados no mesmo exercício e, ainda, não há que se falar no princípio da anterioridade com relação a preço público.

A CF assim como o CTN não contém qualquer inciso relacionado a preço público. Isso significa que o preço público não pode ser considerado um tipo ou uma modalidade de tributo (REsp n. 149.654-SP, Rel. Ministro Francisco Peçanha Martins, Segunda Turma, julgado em 6.9.2005, DJ 17.10.2005 p. 233).

Portanto, o preço público/tarifa é totalmente desvinculado de qualquer legislação que regulamente tributos. Importante esclarecer que preço público não é sinônimo de taxa, e para tanto cita-se a Súmula 545 do STF:

> ***"Preços de serviços públicos e taxas não se confundem, porque estas, diferentemente daqueles, são compulsórias e têm a sua cobrança condicionada a prévia autorização orçamentária, em relação à lei que as instituiu".***

O C. Supremo Tribunal Federal fixou jurisprudência no sentido de que a remuneração dos serviços de água e esgoto, prestados por concessionária de serviço público, é de tarifa ou preço público, consubstanciando, assim,

Acesso ao Sumário

contraprestação de caráter não-tributário, razão pela qual não se subsume ao regime jurídico tributário estabelecido para as taxas. À guisa de exemplo, os seguinte julgados, *in verbis:*

> ***"EMENTA: TRIBUTÁRIO. SERVIÇO DE COLETA OU TRATAMENTO DE ESGOTO. PREÇO PÚBLICO. CONSTITUCIONALIDADE. PREQUESTIONAMENTO. OCORRÊNCIA.***
>
> ***I - Ocorrência do necessário prequestionamento, visto que a questão constitucional em debate foi devidamente discutida no acórdão recorrido.***
>
> ***II - O quantitativo cobrado dos usuários das redes de água e esgoto é tido como preço público. Precedentes. III - Agravo regimental improvido." (RE n. 544.289-AgR, Relator o Ministro Ricardo Lewandowski, Primeira Turma, DJe de 19.06.09).***

No mesmo sentido: RE-ED n. 447.536-SC - Relator(a): Min. Carlos Velloso, DJ 26.8.2005, EDcl no RE n. 456.048-SC, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ de 6.9.2005, e Decisões monocráticas: AG n. 225.143-SP, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ de 23.2.1999; RE n. 207.609-DF, Rel. Min. Néri da Silveira, DJ de 19.9.1999, RE n. 424.664-SC, Rel. Min. Cézar Peluso, DJ de 4.10.2004, RE n. 330.353-RS, Rel. Min. Carlos Brito, DJ de 10.5.2004, AG n. 409.693-SC, Rel. Min. Cézar Peluso, DJ de 19.5.2004, AG n. 480.559-SC, Rel. Min. Cézar Peluso, DJ de 19.5.2004, RE n. 488.200-MS, Rel. Min. Eros Grau, DJ de 13.9.2006, RE n. 484.692-MS, Rel. Min. Eros Grau, DJ de 29.5.2006, RE n. 464.952-MS, Rel. Min. Ellen Gracie, DJ de 23.3.2006).

Na mesma linha tem decidido o C. STJ:

> ***Processual Civil e Tributário. Ausência de violação do art. 535 do CPC. Falta de prequestionamento. Súmula n. 211-STJ. Contraprestação pelos serviços de água e esgoto. Natureza jurídica. Não-tributária. Preço público ou tarifa. Prescindibilidade de lei que anteceda a cobrança. Adequação à jurisprudência do STF. Art. 940 do CC. Devolução em dobro. Matéria prejudicada"..." 3. A jurisprudência do STF uniformizou-se no sentido de considerar a remuneração paga pelos serviços de água e esgoto como tarifa, afastando, portanto, seu caráter tributário, ainda quando vigente a Constituição anterior. 4. A Primeira Turma desta Corte, reiterando a jurisprudência mais recente sobre o tema, em recente julgamento (14.8.2007), ao analisar o REsp n. 802.559-MS, Rel. Min. Luiz Fux, afirmou tratar-se de tarifa pública, o que dispensa a necessidade de lei que anteceda a cobrança. Recurso especial conhecido em parte e provido em parte. (REsp n. 979.500-BA, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 25.9.2007, DJ 5.10.2007 p. 257).***

Acesso ao Sumário

'Embargos de divergência. Contraprestação cobrada pelo serviço público de água e esgoto. Natureza jurídica de tarifa. Precedentes do STJ e do STF. 1. Este Tribunal Superior, encampando entendimento sedimentado no Pretório Excelso, firmou posição no sentido de que a contraprestação cobrada por concessionárias de serviço público de água e esgoto detém natureza jurídica de tarifa ou preço público. 2. Definida a natureza jurídica da contraprestação, também definiu-se pela aplicação das normas do Código Civil. 3. A prescrição é vintenária, porque regida pelas normas do Direito Civil. 4. Embargos de divergência providos" **(Embargos de Divergência em Recurso Especial N. 690.609-RS, Relatora: Ministra Eliana Calmon, 26 de março de 2008).**

Os serviços públicos de fornecimento de água e esgoto, essenciais à cidadania, se caracterizam pela facultatividade e não pela compulsoriedade, prestado diretamente pelo Estado ou por terceiro, mediante concessão, submetendo-se à fiscalização, princípios e regras condicionadores impostos pelo ente público, e por isso remunerados por tarifas ou preços públicos, regendo-se pelas normas de direito privado.

Importante realçar que embora não esteja sujeito ao Direito Tributário, sua cobrança está diretamente ligada ao uso do serviço ou aquisição do bem, na proporção usada ou na quantidade adquirida. Reajustes devem ser definidos em cláusulas contratuais, quando for o caso, ou considerar os preços praticados no mercado - o que pode ser feito a qualquer momento.

Logo, sendo a Lei municipal 5.072, de agosto de 2002, e o Decreto 13.876, de setembro do mesmo ano, não há qualquer óbice quanto à sua vigência dentro do mesmo exercício, nesse caso, não há qualquer ilegalidade e irregularidade na cobrança do preço público pelo fornecimento de água e coleta de esgoto do exercício de 2002 na forma pretendida pela Municipalidade de São Bernardo do Campo.

Em assim procedendo, com relação ao exercício de 2002, deixou a apelada de cumprir os requisitos para fazer jus à isenção estabelecida na Lei municipal 5.072/2002, deverá prosseguir a execução com relação ao referido exercício.

Entretanto, não há como prosseguir a execução fiscal para o exercício de 2003, tal como fixado na r. sentença.

Isto porque, a **petição em conjunto**, juntada após a interposição do recurso de apelação da Municipalidade (fls.229/230), dá conta do pedido de homologação da desistência no que se refere aos lançamentos do exercício de 2003: 302/03-0.589.241 (janeiro); 302/03-0.897.789 (fevereiro/ março); 302/03-1.047.714 (abril); 302/03-1.188.611 (maio); 302/03-1.329.233 (junho) e 302/03-1.469.929 (julho); 302/03-1.640.289 (agosto) e 302/03-1.749.334 (setembro) conforme CDA's de fls. 10/17 dos autos em apenso.

Acesso ao Sumário

Instadas as partes a se manifestarem a respeito da desistência parcial pleiteada nos autos, a Municipalidade manifestou-se às 241/242 colacionando o Termo de Adesão ao Programa de Parcelamento Incentivado - PPI que de fato não contempla o exercício de 2002 (cf. fls.253/258). O Instituto Metodista de Ensino Superior, por sua vez, se manifestou às fls. 261/262, asseverando que a renúncia diz respeito apenas aos créditos elencados na petição em conjunta com a Municipalidade, trouxe à colação procuração com cláusula de renúncia (cf. fl. 262).

Assim sendo, reforma-se a r. sentença em reexame necessário mantendo-se a cobrança dos lançamentos efetuados no exercício de 2002 e homologa-se, para que surta seus jurídicos e legais efeitos, a renúncia do Instituto executado, que conta com a aquiescência do Município, do direito em que se funda a defesa por meio de embargos à execução fiscal (art. 794, III do CPC/1973 e 924, IV do NCPC), exclusivamente aos créditos do exercício de 2003, prosseguindo-se a execução dos créditos referentes ao exercício de 2002.

Ante o exposto, reforma-se a r. sentença em reexame necessário e dá-se provimento ao apelo voluntário, nos termos explicitados. Diante da adesão ao PPI firmado pelas partes (exercício de 2003), arcarão reciprocamente com pagamento das custas e despesas processuais. Entretanto, em razão da reforma da r. sentença e tendo sucumbido o Instituto executado em relação ao IPTU do exercício de 2002, arcará com os honorários advocatícios do procurador do municipal, fixados em R$ 3.000,00 (três mil reais) corrigidos desta data (art. 21, parágrafo único do CPC).

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Reexame Necessário nº 0010374-62.2013.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que é recorrente JUÍZO "EX OFFICIO", é recorrido ADRIANA CONCEIÇÃO CARVALHO ANTÃO.

ACORDAM, em 16ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Não Conheceram do recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 15.449)**

O julgamento teve a participação dos Exmo. Desembargadores CYRO BONILHA (Presidente) e LUIZ DE LORENZI.

São Paulo, 10 de maio de 2016.

LUIZ FELIPE NOGUEIRA, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: Acidente de Trabalho – LER em membros superiores – Procedência do pedido, determinando o pagamento do auxílio-acidente desde a data da citação (02.05.2013) até a véspera da aposentadoria por invalidez (03.06.2013) – Total do montante a ser executado cujo valor não atinge 60 salários mínimos – Excepcionalidade do caso – Recurso oficial não conhecido (artigo 475, § 2º, do CPC).

Não conheço do recurso oficial.

VOTO

RELATÓRIO.

Recurso oficial em face de r. sentença que julgou procedente pagamento de auxílio-acidente de 02.05.2013 a 03.06.2013 (fls. 266/270).

Não foram apresentados recursos voluntários.

FUNDAMENTO E DECIDO.

O recurso oficial não pode ser conhecido. Com efeito, o magistrado de primeiro grau julgou procedente pedido de auxílio-acidente decorrente de LER em membros superiores desde a data da citação (02.05.2013) até a véspera da aposentadoria por invalidez (03.06.2013), esta concedida em razão de males psiquiátricos.

Assim, a condenação se restringe a um mês do benefício acidentário (fl. 270), correspondente à 50% do salário de benefício, o qual foi por último calculado em R$ 2.266,15 (fl. 253), e, embora o salário de benefício novo deva ser calculado em execução, já é possível estimá-lo.

Este total, portanto, ainda que somado aos honorários, devidamente corrigidos e com inclusão de juros de mora, não atinge o valor de 60 salários mínimos exigido pelo artigo 475, parágrafo 2º, do CPC, para o conhecimento do recurso oficial.

Anoto que na época do julgado, o montante correspondente a sessenta salários mínimos era de R$ 47.280,00 (60 x R$ 788,00).

Bem se vê que o valor da condenação, neste caso específico, já pode ser estipulado com certo grau de certeza, distanciando-se dos sessenta salários mínimos.

Assim sendo, considerando **o valor da condenação** (artigo 475, § 2º, do CPC), inferior a sessenta salários mínimos, é incabível o recurso oficial, mantendo-se o julgado de primeiro grau neste sentido.

Nesse sentido:

Acesso ao Sumário

"PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. LIMITAÇÃO AO REEXAME NECESSÁRIO. INTRODUÇÃO DO § 2º DO ART. 475 DO CPC PELA LEI Nº 10.352/01. CAUSA DE VALOR CERTO NÃO EXCEDENTE A 60 (SESSENTA) SALÁRIOS MÍNIMOS. RECURSO A QUE SE NEGA SEGUIMENTO.

(...) o valor a ser considerado para aplicação do dispositivo é no momento da prolação da sentença, isto porque o reexame necessário é uma condição de eficácia da sentença. Isto é, a sentença já surge nos casos dos incisos do art 475 sem efeito, logo, o momento em que deve ser analisado se a sentença está ou não submetida ao regime de reexame necessário é no momento em que a sentença é prolatada, o resultado e as partes envolvidas inserem-na (ou não) no regime do artigo 475 (pelos incisos), e é excluída (ou não) do regime em razão do valor de 60 salários mínimos (pelo § 2º)." (Resp/PR nº 911.273, Rel. Min. Laurita Vaz).

POSTO ISTO, pelo meu voto, NÃO CONHEÇO do recurso oficial.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Reexame Necessário nº 0009996-64.1999.8.26.0161, da Comarca de Diadema, em que é recorrente JUÍZO "EX OFFICIO", é recorrido COMÉRCIO DE CARNES E N 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 18.967)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores REBOUÇAS DE CARVALHO (Presidente sem voto), MOREIRA DE CARVALHO e CARLOS EDUARDO PACHI.

São Paulo, 10 de junho de 2016.

OSWALDO LUIZ PALU, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: REEXAME NECESSÁRIO. Execução Fiscal. Decisão que reconheceu a consumação do prazo prescricional em processo que permaneceu arquivado durante mais de cinco anos. Aplicação do artigo 174 do Código Tributário Nacional e do parágrafo 4º do artigo 40 da Lei de Execuções Fiscais. Ação prescrita. Decisão mantida. Negado provimento ao recurso oficial.

VOTO

I. RELATÓRIO.

Cuida-se de **reexame necessário** em face da r. sentença trasladada às **fls. 17** que, em ação de execução fiscal ajuizada pela **FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO** contra **COMÉRCIO DE CARNES E N LTDA**. reconheceu a prescrição intercorrente, extinguindo o feito com resolução do mérito, sendo que a exequente não interpôs recurso.

II. FUNDAMENTO E DECIDO.

1. O recurso não comporta provimento.

2. A **FAZENDA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO**, em 23 de julho de 1999, ajuizou ação de execução fiscal em face de **COMÉRCIO DE CARNES E N LTDA**. com o fito de cobrar ICMS nos termos da CDA nº 9008518 (**fls. 03**). O Juízo de primeiro grau determinou a suspensão do feito conforme requerido pela Fazenda do Estado e, no silêncio da exequente, o arquivamento dos autos (**fls. 9 e 13**). Conforme certidão de fls. 14, decorreu o prazo da prescrição intercorrente.

2.1. Após mais de 5 (cinco) anos, sem nada ser postulado pela Fazenda do Estado, sobreveio a r. sentença ora recorrida que reconheceu a prescrição intercorrente, extinguindo o feito com resolução do mérito.

3. De fato, a prescrição intercorrente pode ser decretada de ofício pelo juiz, conforme estabelece o parágrafo 4º do artigo 40 da Lei de Execução Fiscal.

4. O artigo 174 do Código Tributário Nacional, por sua vez, dispõe que a ação para cobrança do crédito tributário prescreve em 5 (cinco) anos, contados da data de sua constituição definitiva, e o parágrafo único do mesmo artigo estabelece que o prazo prescricional se interrompe pelo despacho do juiz que ordenar a citação em execução fiscal.

5. Assim, considerando-se os mais de cinco anos em que os autos da ação de execução estiveram arquivados, o reconhecimento da prescrição era de rigor, conforme decidiu o MM. Juiz 'a quo'. Nesse sentido:

> "AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE. POSSIBILIDADE DE DECRETAÇÃO DE OFÍCIO PELO JUIZ, DESDE QUE SEJA OUVIDA PREVIAMENTE A FAZENDA PÚBLICA. APLICAÇÃO IMEDIATA DA LEI 11.051/2004.
>
> 1. O Superior Tribunal de Justiça firmou orientação no sentido da possibilidade de se caracterizar a prescrição intercorrente do crédito em sede de execução fiscal, tendo em vista que o art. 174 do Código Tributário Nacional deve prevalecer sobre os arts. 8º, § 2º, e 40, da Lei

Acesso ao Sumário

de Execuções Fiscais. No entanto, tal prescrição, por envolver direitos patrimoniais, não poderia ser decretada de ofício. Precedentes.

2. Todavia, a partir da edição da Lei 11.051, de 30 de dezembro de 2004, a qual introduziu o § 4º no art. 40 da Lei 6.830/80, passou-se a admitir a decretação de ofício da prescrição intercorrente, depois da prévia oitiva da Fazenda Pública, para que esta possa suscitar eventuais causas suspensivas ou interruptivas do prazo prescricional, o que, como demonstrado, ocorreu no caso dos autos. Precedentes." (Superior Tribunal de Justiça, AgRg no REsp 1027100/PE, Primeira Turma, Relatora Min. Denise Arruda).

6. Ante o exposto, nego provimento ao reexame necessário.

Embargos de Declaração

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos de Declaração nº 2244956-64.2015.8.26.0000/50000, da Comarca de São Paulo, em que são embargantes MILTON PEDRO DE ARAUJO CINTRA, TOSHIKO TOYOSHIMA, SUELI FRANCISCA DOS SANTOS, ANTONIO LEITE DE MORAES, SUELY DE OLIVEIRA BARBOZA, ODETE APARECIDA CARRASCO, MANUEL MESSIAS COSTA, VIRGINIA CHIALASTRI MOUTINHO, DURVAL DE OLIVEIRA, MARIA MILANI, ROBERTO DE OLIVEIRA MELLO, RAIMUNDO ARCANJO RIBEIRO, JOÃO DA SILVA PINTO FILHO, FRANCISCO SOTO DE QUEIROZ, MARIA DE LOURDES CRESPIM DA SILVA, LENICE SCHMIDT MARQUES DA SILVA, ANGELA MARIA FERRAZ ASSUNPÇÃO, ANTONIO SANT ANNA PASTORE, JOSÉ ASSIS DE OLIVEIRA e JOSÉ FLÁVIO MARQUES DA SILVA, é embargado FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 10ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Acolheram os embargos de declaração. Por maioria de votos, de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 15.495)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores PAULO

Acesso ao Sumário

GALIZIA (Presidente) e ANTONIO CARLOS VILLEN.

São Paulo, 4 de abril de 2016.

TERESA RAMOS MARQUES, Relatora

Ementa: EMBARGOS DE DECLARAÇÃO

Tributos – FAM – Natureza remuneratória – Imposto de renda – Incidência – Possibilidade – Retenção – Montante global – Impossibilidade – Omissão – Declaração:

– No pagamento em atraso das verbas remuneratórias incide o imposto de renda da data em que cada parcela se tornou devida, desconsiderado o valor global atualizado.

– Demonstrada a omissão, os embargos são acolhidos para a respectiva declaração.

VOTO

RELATÓRIO

Provido o agravo de instrumento interposto pela Fazenda, por unanimidade, na sessão de julgamento de 1.2.16, para afastar a restituição dos valores retidos a título de imposto, sob o fundamento de que incidem sobre verba remuneratória (acórdão, fls.58/66).

Daí os embargos, no qual os exequentes alegam que o acórdão, ao afastara incidência do imposto de renda no pagamento do ORPV, incorreu em manifesta omissão quanto a ponto essencial arguido nos itens 4 e 5 da minuta, pertinentes aos rendimentos pagos acumuladamente. Ao fixar como de natureza remuneratória as parcelas do FAM, o acórdão deixou de consignar o necessário cumprimento das regras para o cálculo do imposto de renda que deve ser efetuado sobre a quantidade de parcela de atrasados indicados pela Administração (1.9.89 e 31.5.94) e não sobre uma única parcela como fez a Fazenda, com eventual devolução daquilo que foi recolhido à maior ou até isenção, se o caso. A consequência é que deve ser cumprida a orientação do Superior Tribunal de Justiça, que já pacificou o entendimento de que "*no cálculo do imposto incidente sobre rendimentos pagos acumuladamente, devem ser levados em consideração as tabelas e alíquotas das épocas próprias as quais se referem tais rendimentos*" (AgRg no REsp nº 641.531/SC, Rel. Min. MAURO CAMPBELL MARQUES, publicado em 21.11.08). Ademais, seguindo este entendimento, o Procurador Geral da Fazenda Nacional expediu o Ato Declaratório nº 1, de 27 de março de 2009, autorizando a dispensa de interposição de recursos e desistência dos

Acesso ao Sumário

já interpostos. Essa também é a orientação da Receita Federal. Pede que seja esclarecido esse ponto, porque não apreciado no acórdão.

FUNDAMENTOS

1. No acórdão constou a seguinte observação:

"(...) Nessas condições, entendo cabível a retenção do imposto de renda também sobre o valor devido a título de correção monetária, ***certamente segundo a legislação vigente na data em que a verba paga em atraso se tornou devida****"* (segundo parágrafo, fls.65).

Portanto, a Fazenda não pode considerar uma única parcela para fins de incidência de imposto de renda.

No entanto, cumpre esclarecer que os descontos do imposto de renda se sujeitam às tabelas e alíquotas vigentes quando se tornou devida cada prestação mensal (regime de competência), pois não pode o credor ser onerado pela mora do devedor.

2. Quando as verbas remuneratórias são pagas acumuladamente, os descontos do imposto de renda devem observar o valor mensal, pela aplicação das tabelas e alíquotas de cada período, e não o valor global.

Assim vem entendendo o Superior Tribunal de Justiça:

"(...)

Por outro lado, no que diz respeito à incidência do imposto de renda sobre o pagamento de benefício previdenciário pago a destempo, este Tribunal, em julgamento realizado pelo rito dos recursos repetitivos, firmou entendimento no sentido de que, nesse caso, deve-se observar as tabelas e alíquotas vigentes à época em que os valores deveriam ter sido adimplidos, considerando-se a renda auferida mês a mês pelo segurado, adotando-se o regime de competência para impedir o somatório de todas as verbas principais para fins de enquadramento na tabela de alíquotas.

A propósito:

TRIBUTÁRIO. IMPOSTO DE RENDA PESSOA FÍSICA. AÇÃO REVISIONAL DE BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. PARCELAS ATRASADAS RECEBIDAS DE FORMA ACUMULADA.

1. O Imposto de Renda incidente sobre os benefícios pagos acumuladamente deve ser calculado de acordo com as tabelas e alíquotas vigentes à época em que os valores deveriam ter sido adimplidos, observando a renda auferida mês a mês pelo segurado. Não é legítima a cobrança de IR com parâmetro no montante global pago extemporaneamente. Precedentes do STJ.

2. Recurso Especial não provido. Acórdão sujeito ao regime do art. 543-C do CPC e do art. 8º da Resolução STJ 8/2008.

(REsp 1118429/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, PRIMEIRA SEÇÃO,

Acesso ao Sumário

julgado em 24/03/2010, DJe 14/05/2010)

O acórdão recorrido afastou a incidência do imposto de renda sobre juros de mora, por entender que eles tinham natureza indenizatória.

Para se saber, então, se incide a exação no caso, deve-se observar se verba principal está isenta, que, no caso, é o benefício previdenciário devido ao segurado. Para isso, deve-se considerar as tabelas e alíquotas vigentes à época em que os valores deveriam ter sido pagos, levando-se em conta a renda auferida mês a mês pelo segurado, o que deve ser apurado na liquidação do julgado.

Em situação similar, assim já decidiu a Segunda Turma:

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. IMPOSTO DE RENDA DA PESSOA FÍSICA - IRPF. REGRA GERAL DE INCIDÊNCIA SOBRE JUROS DE MORA, MESMO EM SE TRATANDO DE VERBA INDENIZATÓRIA. ART. 16, XI E PARÁGRAFO ÚNICO DA LEI N. 4.506/64. CASO DE JUROS DE MORA DECORRENTES DE BENEFÍCIOS PREVIDENCIÁRIOS PAGOS EM ATRASO.

1. Regra-geral, incide imposto de renda sobre juros de mora a teor do art. 16, parágrafo único, da Lei n. 4.506/64: "Serão também classificados como rendimentos de trabalho assalariado os juros de mora e quaisquer outras indenizações pelo atraso no pagamento das remunerações previstas neste artigo". Jurisprudência uniformizada no REsp. n. 1.089.720-RS, Primeira Seção, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, julgado em 10.10.2012.

2. Primeira exceção: não incide imposto de renda sobre os juros de mora decorrentes de verbas trabalhistas pagas no contexto de despedida ou rescisão do contrato de trabalho consoante o art. 6º, inciso V, da Lei n. 7.713/88. Jurisprudência uniformizada no recurso representativo da controvérsia REsp. n.º 1.227.133 - RS, Primeira Seção, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, Rel .p/ acórdão Min. Cesar Asfor Rocha, julgado em 28.9.2011.

3. Segunda exceção: são isentos do imposto de renda os juros de mora incidentes sobre verba principal isenta ou fora do campo de incidência do IR, conforme a regra do "accessorium sequitur suum principale". Jurisprudência uniformizada no REsp. n. 1.089.720-RS, Primeira Seção, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, julgado em 10.10.2012.

4. Caso concreto em que se discute a incidência do imposto de renda sobre os juros de mora decorrentes de verbas previdenciárias pagas em atraso. Incidência da regra-geral constante do art. 16, XI e parágrafo único, da Lei n. 4.506/64.

5. Os precedentes invocados tratam as rubricas de principal (verba principal, no caso, benefício previdenciário) e acessório (no caso, juros de mora) em separado. O reconhecimento do regime de competência objetiva a impedir o somatório de todas as verbas principais para fins de enquadramento na tabela

Acesso ao Sumário

de alíquotas. Nada impede que, definida a alíquota aplicável para cada rubrica de principal, os juros de mora correspondentes sejam somados ao principal para efeito de tributação pela mesma alíquota. Acaso a verba principal respectiva esteja fora do campo de incidência do imposto de renda por se tratar de valor inferior ao mínimo tributável, essa mesma situação se estende aos respectivos juros de mora. A lógica é que o acessório segue o principal. Tal deve ser verificado em sede de liquidação.

6. Agravo regimental parcialmente provido.

(AgRg no REsp 1222980/RS, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 27/11/2012, DJe 05/12/2012)

Ante o exposto, dou parcial provimento ao recurso especial, para determinar a incidência do imposto de renda sobre os juros de mora apenas nos casos em que referido tributo incidir sobre a verba principal, nos termos da fundamentação.

Por fim, caracterizada a hipótese de sucumbência recíproca, impõe-se a distribuição proporcional, entre os litigantes, das despesas processuais e dos honorários advocatícios, nos termos do art. 21, caput, do CPC, o que deverá ser aferido pelo Juízo da Execução. Precedente: EDcl no REsp 704.570/SP, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, DJe 03/03/2008, devendo ser observado o disposto no art. 12 da Lei 1.060/50, quanto ao recorrido."

(Decisão monocrática proferida no REspº 1.456.341-RS, relatada pelo Ministro SÉRGIO KUKINA, publicada em 16.9.2014).

"Quanto ao mérito, observo que, em relação às alíquotas incidentes quando do pagamento acumulado de rendimentos em atraso, a jurisprudência deste STJ firmou entendimento a respeito em sede de recurso representativo da controvérsia no sentido da aplicação das alíquotas que seriam incidentes se os rendimentos tivessem sido pagos ao tempo correto. Veja-se:

TRIBUTÁRIO. IMPOSTO DE RENDA PESSOA FÍSICA. AÇÃO REVISIONAL DE BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. PARCELAS ATRASADAS RECEBIDAS DE FORMA ACUMULADA.

1. O Imposto de Renda incidente sobre os benefícios pagos acumuladamente deve ser calculado de acordo com as tabelas e alíquotas vigentes à época em que os valores deveriam ter sido adimplidos, observando a renda auferida mês a mês pelo segurado. Não é legítima a cobrança de IR com parâmetro no montante global pago extemporaneamente. Precedentes do STJ.

2. Recurso Especial não provido. Acórdão sujeito ao regime do art. 543-C do CPC e do art. 8º da Resolução STJ 8/2008 (REsp. n. 1.118.429/SP, Primeira Seção, Rel. Ministro Herman Benjamin, julgado em 24/03/2010, DJe 14/05/2010).

Essa compreensão foi a que prevaleceu no acórdão transitado em julgado sendo de todo incompatível com a nova sistemática estabelecida pelo art. 12-A, §1º, da Lei 7.713/88, que determina a "multiplicação da quantidade de meses a que

se refiram os rendimentos pelos valores constantes da tabela progressiva mensal correspondente ao mês do recebimento ou crédito". Desse modo, a liquidação do julgado deve obedecer à regra estabelecida no acórdão transitado em julgado. Sem razão, portanto, a contribuinte.

Quanto ao recurso especial da FAZENDA NACIONAL, registro a falta de ofensa ao artigo 535, do CPC, diante da suficiência dos argumentos desenvolvidos pela Corte de Origem, inclusive a respaldar o prequestionamento necessário à interposição do especial.

No mérito, registro que art. 39, §4º, da Lei n. 9.250/95 tem aplicação para a repetição de indébito (restituição) a partir da data do pagamento indevido e não para o caso concreto onde se busca primeiramente uma equalização histórica dos valores envolvidos a título de principal de IRPF a fim de se apurar o valor do indébito com preservação do valor da moeda (pelo FACDT) até o momento da retenção indevida. A partir daí, tem-se a aplicação dos juros SELIC, conforme o estabelecido pela Origem (e-STJ fls. 362):

[...] restou sedimentado o entendimento no Tribunal Regional Federal da 4ª Região pela aplicação do FACDT sob o argumento de que a base de cálculo do imposto de renda não se altera pela decisão judicial que determinou a incidência do IRPF pelo regime de competência, de forma que ao serem refeitas as declarações de ajuste anuais, distribui-se os valores originais aplicando-se sobre os mesmos a mesma correção monetária aplicada à verba acumulada até a data de retenção.

Cumpre enfatizar, portanto, que, se a base de cálculo do imposto de renda é composta por verbas de natureza trabalhista recebidas acumuladamente, devem tais valores, consideradas as respectivas competências, ser atualizados pelos mesmos índices aplicados aos cálculos de liquidação das ações trabalhistas, porém tão somente até o momento da retenção indevida.

Isso porque, obviamente, efetuada a retenção, tais valores perdem sua natureza trabalhista (transmutando-se em tributário, sujeito à atualização pela SELIC), muito embora ainda não estejam na esfera patrimonial do embargado/exeqüente.

Desse modo, também sem razão a FAZENDA NACIONAL.

Ante o exposto, com fulcro no art. 557, caput, do CPC, NEGO SEGUIMENTO A AMBOS OS RECURSOS ESPECIAIS."

(Decisão monocrática proferida no REsp nº 1.462.576-RS, relatada pelo Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, publicada em 9.9.2014).

Destarte, pelo meu voto, acolho os embargos de declaração apenas para esclarecer que o imposto de renda deve ser calculado de acordo com as tabelas e alíquotas vigentes à época em que os valores deveriam ter sido adimplidos.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos de Declaração nº 2250124-47.2015.8.26.0000/50000, da Comarca de São Paulo, em que são embargantes MARIZE SAMEZIMA, AGUIDA BARBOSA DA SILVA, ANTONIA FERNANDES DA COSTA, CELIA FERNANDES VILARINHO PERES, CELSO HUMBERTO DA SILVA, CLAUDIO ROBERTO DE ARAUJO, CONCEIÇÃO APARECIDA PAVAN, ERNESTO MEKLER, FRANCISCO DE PONTES, HERCILIA MENDES, ILDA BELOTO GONÇALVES, LUCIDIO CUNHA DA SILVA, MANOEL PEGADO DA SILVA, MARIA IVA DOS SANTOS, MARTA MARIA FREIRE, MARY DE CASTRO REZENDE, NEUZA FERREIRA, NILSON BENICIO DOS SANTOS, ROSANA MARIA SOARES FERREIRA, SONIA MARIA ARAKAKI, TARGINO ROQUE SODRE LOBATO e VANDA ALVES DOS SANTOS, são embargados SEBASTIÃO DE CASTRO e PREFEITURA MUNICIPAL DE SÃO PAULO.

A**CORDAM**, 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 28.335)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores ALIENDE RIBEIRO (Presidente) e RUBENS RIHL.

São Paulo, 11 de abril de 2016.

DANILO PANIZZA, Relator

Ementa: EMBARGOS DECLARATÓRIOS – ALEGAÇÃO DE SITUAÇÃO QUE ENSEJARIA ACLARAMENTO – ALEGAÇÃO QUE NÃO INDICA CORRESPONDÊNCIA COM O QUE FOI APRECIADO E DECORREU DO DECIDIDO NA DECISÃO AGRAVADA – REQUISITOS NÃO CARACTERIZADOS. ALEGAÇÃO AUSENTE DE AMPARO LEGAL.

RECURSO REJEITADO.

Acesso ao Sumário

VOTO

Vistos.

Marize Samezima e Outros apresentaram embargos declaratórios, discorrendo sobre os pontos que entende motivar o recurso, quanto a análise

a respeito do depósito após o prazo constitucional e os juros, bem como no concernente a extinção do precatório e não do processo, pedindo acolhimento para aclaramento dos pontos que detalha.

É o relatório.

A decisão embargada salientou a questão da extinção da execução, considerando do pagamento através da transação, destacando a respeito da previsão contida no Decreto n. 52.011/10, no pertinente ao constante do art. 7º, em seu parágrafo único, quando trata da renúncia de discussão acerca dos critérios de apuração do valor devido, "inclusive no tocante ao saldo remanescente, se houver".

Esta colocação decorreu do precedente acordo noticiado.

Na sequência, ficou consignado que a decisão agravada ressaltou do não reconhecimento de insuficiência de depósito, uma vez que considerou prevalente o acordo celebrado, "o qual implicou em cessão de ambas as partes".

A questão de extinção do processo, com base no art. 794, I e II, do CPC, se deu em consequência de mencionar o mesmo r. despacho agravado que, para julgar extinto, foi considerado o depósito que salienta ter ocorrido a fls. 911/920.

De conseguinte, nada comporta a ser consignado ou complementado, uma vez que o teor da decisão embagada foi objetivo e expresso, não caracterizando qualquer tipo de contradição, uma vez que não resulta situação que exija maior digressão ou confrontação com a lei ou com o entendimento da parte (REsp n. 218.528-SP-EDcl, rel. Min. Cesar Rocha, DJU 22.04.2002, pág. 210).

De outra parte, o acórdão embargado deixou expresso que "em havendo o depósito após o prazo constitucional, sendo isto constatado, incide os juros moratórios relativamente ao período de retardo", o que exclui possível condição de elucidar ou de aclarar contexto.

As embargantes não podem desconsiderar que o acordo é uma transação e, como tal, implica em um negócio jurídico bilateral, "*pelo qual as partes interessadas, fazendo-se concessões mútuas, previnem ou extinguem obrigações litigiosas ou duvidosas*" (cf. Código Civil Anotado, por Maria Helena Diniz, Ed. Saraiva, 15ª. ed., pág. 578), conclusão esta plenamente confirmada pela jurisprudência: RT 834/388; RJTJESP 132/107; JTJ 152/200, dentre outras.

Assim, há coerência deste contexto de argumentação com o disciplinado em regulamentação própria, através do Decreto n. 52.011/10, que no art. 7º expressa da renúncia a respeito de "*qualquer discussão acerca dos critérios de apuração do valor devido, inclusive no tocante ao saldo remanescente, se houver*".

Com isto, **rejeita-se** o presente recurso.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos de Declaração nº 0019910- 97.2013.8.26.0053/50000, da Comarca de São Paulo, em que é embargante MÔNICA DE HOLLANDA CAVALCANTI (JUSTIÇA GRATUITA), é embargado FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 1ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Conheceram e rejeitaram os embargos. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 19.499)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores ALIENDE RIBEIRO (Presidente) e RUBENS RIHL.

São Paulo, 2 de maio de 2016.

LUÍS FRANCISCO AGUILAR CORTEZ, Relator

Ementa: EMBARGOS DE DECLARAÇÃO – "Erro" não reconhecido – Requisitos legais não preenchidos – Caráter infringente do recurso – Embargos conhecidos e rejeitados.

VOTO

Embargos de declaração relativos ao acórdão de fls. 117/119, que **deu parcial provimento** a recursos de apelação oferecidos em embargos do devedor apresentados pela Fazenda do Estado de São Paulo em face de Mônica de Hollanda Cavalcanti, determinando a realização de nova apuração do valor devido quanto ao Fator de Atualização Monetária – FAM, afastando cálculo embasado em certidão emitida pelo Serviço Técnico de Averbação e Cálculo – DEPE, pois em desacordo com o título executivo e sem considerar eventuais pagamentos realizados na esfera administrativa.

A embargante aponta "erro" no julgamento, insistindo que "*não procede a alegação de pagamento administrativo do débito, uma vez que não consta dos autos qualquer comprovante de pagamento, ainda que parcial*", reiterando que a questão não foi levantada na fase de conhecimento, bem como a credora "*não autorizou nenhuma espécie de compensação*", defendendo, ademais, que a verba honorária arbitrada na fase de conhecimento deve incidir sobre o total da condenação. Pede o provimento do recurso (fls. 122/126).

Embargos interpostos no prazo legal.

É o relatório.

Acesso ao Sumário

Conheço dos embargos e nego-lhes provimento.

Conforme consignado no acórdão embargado:

"*A embargada é servidora pública estadual que ingressou com ação ordinária reclamando o pagamento de Fator de Atualização Monetária – FAM, conforme valor estampado em certidão emitida pelo Serviço Técnico de Averbação e Cálculo – DEPE (fls. 02/10 do apenso).*

A ação foi julgada parcialmente procedente, ***afastado, assim, o montante indicado na certidão****, consignado expressamente que a ré deveria "pagar a correção monetária* ***sobre as diferenças pagas com atraso****,* ***a partir da data em que a verba se tornou devida,*** ***descontado o valor pago administrativamente****, acrescida de juros de mora, contados da citação" (em especial fls. 141 do apenso, com negrito e sublinhado nossos), decisão transitada em julgado (fls. 195/198, 246/249 e 292/293).*

Todavia, após o trânsito em julgado, a credora deu início à fase executiva apresentando cálculo do valor devido tomando por base o montante indicado na certidão do DEPE (fls. 327 apenso), o que já tinha sido afastado.

(...)

De outra parte, é certo que o valor total apurado pela credora não pode prevalecer, pois baseado no montante indicado na certidão do DEPE – ***em desrespeito ao título executivo*** *– e sem considerar eventuais pagamentos realizados na esfera administrativa, quitações cujas datas foram expressamente apontadas pela Fazenda do Estado de São Paulo (em especial fls. 12)."* (em especial fls. 118/118v., com negrito e sublinhado no original).

Como visto, a questão envolvendo os pagamentos administrativos foi objeto de declaração expressa no título executivo transitado em julgado, o que não foi observado pela credora, logo, correta a determinação de realização de nova apuração do valor devido.

O desconto da importância já paga pela via administrativa foi determinado pela sentença executada, ausente, assim, necessidade de prévia anuência da credora para tal, ressaltando que a questão envolvendo a verba honorária arbitrada na fase de conhecimento sequer foi levantada nos recursos de apelação interpostos pelas partes (fls. 79/91 e 92/98), reconhecida a sucumbência reciproca para a fase de execução (fls. 117/119).

A embargante não concorda com o resultado do julgamento, todavia, divergência em relação à motivação não caracteriza obscuridade, omissão, contradição ou erro.

Deste modo, ausentes os requisitos legais previstos pelo art. 535 do antigo Código de Processo Civil – CPC (Lei nº 5.869/73) ou mesmo pelo art. 1.022 do novo CPC (Lei nº 13.015/15), o recurso, com nítido caráter infringente, não merece acolhimento.

Acesso ao Sumário

Ante o exposto, julgo ambos os embargos improcedentes.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos de Declaração nº 2252202-14.2015.8.26.0000/50000, da Comarca de Catanduva, em que é embargante ALDÉRCIO ZENERATTO, é embargado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 1ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Rejeitaram os embargos. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 14.364)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores ALIENDE RIBEIRO (Presidente), VICENTE DE ABREU AMADEI e DANILO PANIZZA.

São Paulo, 1º de junho de 2016.

ALIENDE RIBEIRO, Relator

Ementa: EMBARGOS DE DECLARAÇÃO – Caráter infringencial – Ausência de quaisquer vícios passíveis de alteração, via embargos de declaração (obscuridade, contradição, omissão ou até mesmo erro material), consoante o disposto no art. 1.022 do Novo Código de Processo Civil – Embargos rejeitados.

VOTO

Vistos.

Acesso ao Sumário

Embargos declaratórios opostos por **Aldércio Zeneratto**, em face do v. acórdão de folhas 565/567, com a participação dos **Eminentes Desembargadores Vicente de Abreu Amadei e Danilo Panizza**, o qual, por maioria, negou provimento ao recurso de agravo de instrumento interposto em face da decisão que, em sede de cumprimento provisório de sentença de ação civil pública, rejeitou pedido de liberação de imóvel atingido por decretação de indisponibilidade de bens.

Sustenta que há no v. acórdão omissão e contradição, pois há nos autos certidões que comprovam a propriedade de outros bens pertencentes aos réus, com indisponibilidade decretada e garantia que ultrapassa R$ 1.500.000,00 (um milhão e quinhentos mil reais) e a execução corrigida não passa de R$ 45.000,00

(quarenta e cinco mil reais), razão pela qual renova o pedido de liberação do imóvel atingido pela decretação de indisponibilidade de bens.

É o relatório.

Não há vício, no julgado, que comporte correção por meio de embargos de declaração.

As razões que motivaram o desprovimento do seu recurso encontram-se no corpo do acórdão embargado, que apreciou todas as questões submetidas a julgamento, ainda que possa não ter feito referência expressa a certo e determinado dispositivo legal.

A tanto não estava obrigado, uma vez que não está o órgão julgador subjugado às partes, devendo examinar todas as normas citadas bem como todos os argumentos invocados, bastando à fundamentação em razão da qual se acolhia ou não a tese esposada no recurso.

Portanto, no caso vertente, nada há para ser esclarecido, levando-se em conta que o v. acórdão embargado analisou o tema exposto nos autos, cumprindo a prestação jurisdicional, adotando a tese que se entendeu viável e concluiu pelo provimento do recurso da embargada.

A pretensão veiculada consistia em agravo de instrumento manejado contra a decisão interlocutória que, em cumprimento provisório de sentença proferida em ação civil pública, rejeitou o pedido de liberação de imóvel atingido por decreto de indisponibilidade de bens em face da solidariedade da condenação, recurso ao qual foi negado provimento, por unanimidade, por esta C. Câmara.

O caráter infringente atribuído ao recurso de embargos de declaração somente pode ser aceito excepcionalmente, em casos de erro material evidente ou de manifesta nulidade do acórdão. Injustificável a sua utilização com o propósito de questionar a correção do julgado, como no presente caso.

Neste sentido recente julgamento deste E. Tribunal, da C. 11ª Câmara de Direito Público, com a seguinte ementa:

> "*1. A discordância com os maus ou bons fundamentos de uma decisão pode autorizar embargos infringentes, mas não viabiliza o recurso aclaratório.*
>
> 2. A contradição a autorizar os embargos declarativos é aquela que importa em oponibilidade do julgado consigo próprio, "jamais a contradição com a lei ou com o entendimento da parte" (ED no REsp 218.528 – STJ – 4ª Turma – Ministro Cesar Asfor Rocha).
>
> 3. "É incabível, nos declaratórios, rever a decisão anterior, reexaminando ponto sobre o qual já houve pronunciamento, com inversão, em conseqüência, do resultado final. Nesse caso, há alteração substancial do julgado, o que foge ao disposto no artigo 535 e incisos do CPC" (ED no REsp 44.500 – Min. Eliana Calmon, STJ) " – (**em Embargos de**

Declaração nº 990.10.126152-9/50001 – Rel. Des. Ricardo Dip – 11ª Câmara – j. em 18.10.2010 com a participação dos Desembargadores Pires de Araújo e Aliende Ribeiro – v.u.).

Esses requisitos, em absoluto, são confrontáveis com o entendimento ou teses defendidas pelas partes, valendo dizer que eventual contradição deve ocorrer somente em relação às passagens do próprio acórdão ou sentença. E as omissões, dúvidas ou obscuridades seguem a mesma trilha.

Houve respeito e atendimento aos princípios constitucionais do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa (artigo 5º, LIV e LV e 93, IX, da Constituição Federal).

Relembre-se que nos embargos de declaração, ainda que com fim único de prequestionamento, devem-se observar os limites expressos no artigo 535, do CPC, mesmo porque "o juiz não está obrigado a responder todas as alegações das partes, quando já tenha encontrado motivo suficiente para fundar a decisão, nem se obriga a ater- se aos fundamentos indicados por elas e tampouco a responder um a um todos os seus argumentos" (RJTJESP 115/207).

Enfim, inocorreu recusa de vigência a quaisquer dos dispositivos legais mencionados.

Resultado do julgamento: rejeitaram os embargos de declaração.

Acesso ao Sumário

SEÇÃO DE DIREITO CRIMINAL

Agravos em Execução Penal

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Execução Penal nº 9000068-07.2014.8.26.0032, da Comarca de Araçatuba, em que é agravante ALEXSANDRO PAULO RAMOS GONÇALVES, é agravado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 12ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "deram provimento ao recurso de Alexsandro Paulo Ramos Gonçalves para, com fundamento no Decreto 7.420/10, conceder indulto em relação à pena imposta no processo nº 60384/08, alterado o marco inicial de cumprimento da segunda execução para 14.05.2012. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 31.335)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ANGÉLICA DE ALMEIDA (Presidente) e JOÃO MORENGHI.

São Paulo, 6 de abril de 2016.

VICO MAÑAS, Relator

Ementa: 1. Agravo em Execução Penal – Recurso defensivo.

2. Indeferimento de pedido de indulto formulado com base no Decreto 7.420/10 sob o argumento de que integralmente cumprida a sanção – Impossibilidade – Natureza declaratória da decisão concessiva do benefício – Retroatividade dos efeitos à data do decreto – Interesse jurídico na antecipação do termo inicial de cumprimento de sanção posteriormente imposta – Atendimento dos requisitos – Concessão.

VOTO

Alexsandro Paulo Ramos Gonçalves interpõe recurso de agravo contra a decisão do MM. Juiz de Direito da 2ª Vara das Execuções Criminais da Comarca de Araçatuba que indeferiu pedido de indulto formulado com base no Decreto 7.420/10.

Acesso ao Sumário

Inconformado, pretende a reforma da sentença, pois atendidas todas as exigências legais para a obtenção do benefício. Ademais, irrelevante que cumprida a pena que pretende ver indultada.

Nas contrarrazões de fls. 47/48, o representante ministerial entendeu cabível a comutação. Mantida a decisão combatida (fl. 49), a D. Procuradoria da Justiça opina pelo provimento do agravo.

É o relatório.

Em 1º de março de 2011, o agravante, quando cumpria pena de 08 (oito) anos, 07 (sete) meses e 03 (três) dias de reclusão por roubo majorado, formulou pedido de comutação com fundamento no Decreto 7.420/10. Primário, já havia cumprido mais de ¼ da reprimenda, com boa conduta carcerária e sem registro de faltas disciplinares, fazendo jus ao desconto de idêntica fração (fls. 02/06).

O Conselho Penitenciário manifestou-se favoravelmente à concessão do benefício (21.06.11 – fl. 12).

Segundo consta de folha de antecedentes, este E. Tribunal, em 14.12.11, deu parcial provimento a recurso de apelação interposto pelo detento para reduzir a sanção corporal a 05 (cinco) anos e 04 (quarto) meses de reclusão, circunstância que antecipou o término do cumprimento da pena para 20.01.14 (fl. 44).

Ainda de acordo com tal documento, o condenado se encontrava em regime aberto desde julho do mesmo ano e, em 14.05.12, foi preso em flagrante pela prática de novo delito, fato que originou a segunda execução (fls. 41v., 42 e 44v.).

Por motivo desconhecido, abriu-se vista ao Ministério Público para se posicionar sobre o pedido de comutação somente no dia 11.02.2014 (fl. 13). Na oportunidade, o d. promotor opinou pela diminuição "na proporção de 1/5", ante o cumprimento de "1/3 do total de sua pena até a data do dia 25 de dezembro de 2010" (fl. 14).

Em seguida, a defesa, consignando que Alexsandro fora "condenado a pena privativa de liberdade de reclusão de 5 anos e 4 meses de reclusão, não substituída por restritiva de direito e não beneficiado com *sursi*", bem como que resgatara mais de 1/3 da sanção em 02.07.10, passou a postular o indulto previsto no art. 1º, I, do Decreto 7.420/10.

Acesso ao Sumário

Sob o argumento de que cumprida a sanção que se pretende ver indultada ou comutada, o Magistrado indeferiu o pleito. "A se entender de forma diversa, o sentenciado permaneceria com um crédito para com o Estado, o que não encontra amparo na Jurisprudência, tanto na hipótese de detração, quanto nesta" (fl. 16).

Agrava o condenado sustentado que, "para a verificação do preenchimento dos requisitos para a comutação deve-se observar as condições existentes ao

tempo da concessão pelo Presidente da República e não ao tempo da declaração judicial". À época, a primeira execução ainda estava em curso. Além disso, presente o interesse na declaração de indulto na medida em que, "descontada parte da pena que remanescia da 1ª GR em 25.12.2010, seguindo os preceitos do art. 76 do Código Penal, o início do cumprimento da pena da 2ª GR será antecipado para o dia da prisão em flagrante do respectivo crime (14/05/2012)" (fl. 25).

Assiste razão à defesa do sentenciado.

Com efeito, não pode o agravante ser prejudicado pela significativa demora na apreciação de seu intento. Tivesse a postulação sido analisada logo que apresentada, a concessão do indulto teria produzido efeito antes mesmo da prisão em flagrante concernente à segunda execução.

Pouco importa que integralmente cumprida a primeira sanção aplicada, pois, por corresponder a decisão meramente declaratória, a sentença que concede indulto retroage à data fixada no Decreto.

A respeito do assunto, o Superior Tribunal de Justiça tem decidido que "preenchidos os requisitos estabelecidos no Decreto-Presidencial, não há como impedir a concessão de indulto ao sentenciado, uma vez que a sentença, nesse caso, tem natureza jurídica meramente declaratória." (HC 189.724/SP, Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 07/08/2012, DJe 15/08/2012).

Ademais, "a natureza declaratória da decisão decorre do próprio art. 84, XII, da CF. Se cabe *privativamente* ao chefe do Poder Executivo Federal conceder indulto, é evidente que o juiz da execução penal não tem essa competência. (...) se não houve o reconhecimento do indulto antes da prática do novo crime foi por falha exclusiva do Estado, pois o art. 10 do Decreto dispõe que a responsabilidade para encaminhar ao juiz da execução a lista de pessoas que fazem jus ao indulto ou à comutação cabe, entre outros, aos órgãos da execução penal (art. 61 da LEP)" (Breve Análise Dogmática do Decreto Presidencial 7.873/2012 (que concede indulto e comutação de penas), Patrícia Borin Ribeiro e Thiago Pedro Pagliuca dos Santos, Boletim do IBCCRIM, Nº 244, p. 15).

Desse modo, satisfeitas as condições descritas no Decreto 7.420/10, de rigor a concessão do benefício.

Em decorrência, indultada a reprimenda da execução um e considerando, repita-se, que a decisão que concede o indulto produz efeitos desde a data estipulada pelo decreto presidencial (25 de dezembro de 2010), o marco inicial de cumprimento da pena relativa à única execução remanescente deverá ser alterado para 14.05.2012, dia da correspondente prisão em flagrante.

Frente ao exposto, dá-se provimento ao recurso de Alexsandro Paulo Ramos Gonçalves para, com fundamento no Decreto 7.420/10, conceder indulto

Acesso ao Sumário

em relação à pena imposta no processo nº 60384/08, alterado o marco inicial de cumprimento da segunda execução para 14.05.2012.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Execução Penal nº 9000055-38.2015.8.26.0625, da Comarca de Taubaté, em que é agravante MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, é agravado EUFLASIO ALBANO PEREIRA.

ACORDAM, em 5ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Por maioria de votos, deram provimento ao recurso, vencido o e. 3º Juiz que o improvia e declara.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 30.443)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PINHEIRO FRANCO (Presidente) e TRISTÃO RIBEIRO.

São Paulo, 5 de maio de 2016.

JOSÉ DAMIÃO PINHEIRO MACHADO COGAN, Relator

Ementa: AGRAVO. Prática de falta disciplinar grave. Apreensão de cartão de memória. Absolvição pelo Juízo da Execução. Falta grave caracterizada. Recurso provido.

VOTO

Ingressa a Justiça Pública com o presente reclamo pretendendo a reforma da decisão de fls. 110/111 que absolveu o sentenciado da acusação da prática de falta disciplinar grave consistente em posse de acessório de aparelho celular em 12 de março de 2015.

Sustenta que restou caracterizada a prática de falta grave, eis que o agravado e demais sentenciados possuíam cartão de memória e dele fizeram uso, mesmo cientes sobre a proibição de uso de telefonia celular nas dependências da unidade prisional. Pleiteia seja dado provimento ao recurso para que seja confirmada a prática da falta grave, com os ônus decorrentes de seu reconhecimento.

Foi contraminutado o agravo e mantida a decisão (fls. 126/128 e129).

A douta Procuradoria de Justiça é pelo provimento do recurso.

É o relatório.

O agravado cumpre pena total de 05 anos de reclusão, em regime

Acesso ao Sumário

semiaberto, pela prática de tráfico ilícito de entorpecentes, com início de cumprimento de pena em 20 de janeiro de 2013 e término previsto para 19 de janeiro de 2018.

Consta dos autos que, em 12 de março de 2015, durante procedimento de revista no pavilhão XV foram apreendidos, dentre outros objetos, um cartão de memória para uso em aparelho celular, contendo várias fotos de sentenciados, dentre eles o ora agravado.

A materialidade restou comprovada pelo auto de exibição de apreensão de fls. 38/39, pelas fotos de fls.08/17 e 27/32, bem como pelos depoimentos dos agentes penitenciários.

O sentenciado prestou suas declarações na presença de defensor da FUNAP, afirmando que na data dos fatos habitava o pavilhão XII e que houve uma blitz no pavilhão XIV, sendo que um dia antes havia pago um maço de cigarro para um sentenciado tirar uma foto sua para enviar para sua família na Bahia, confirmando que a foto havia sido tirada no pavilhão XVI, não declarando o nome do sentenciado que tirou a foto por questão de segurança própria, pois se o fizesse estaria delatando o proprietário do aparelho celular. Negou a posse de aparelho celular ou acessórios (fls. 63).

Os depoimentos dos agentes penitenciários confirmaram integralmente o ocorrido (fls. 57/60), não havendo como considerá-los suspeitos os seus relatos, porquanto não tinham motivos para falsamente incriminar o agravado.

Com efeito, no caso presente, mais do que evidente que o agravado, bem como os demais sentenciados, possuíam um cartão de memória e dele fizeram uso dentro da unidade prisional, sendo certo que se utilizaram de um aparelho celular com o cartão de memória para tirar as fotos, o que configura a falta em questão.

Anote-se ainda que o cartão de memória apreendido servia tanto para o emprego em celular, como para a guarda de agenda de celular.

Ainda que assim não fosse, os presos estão proibidos de ter acesso à internet e o cartão de memória só teria uso em aparelhos para tal fim, justificando ser parte integrante de telefone celular.

Ademais, o procedimento administrativo disciplinar não se reveste das mesmas formalidades do processo judicial e, nesse sentido, os rigores exigidos para a caracterização do crime não são os mesmos aplicáveis ao processo administrativo. Neste, exige-se muito mais a celeridade e informalidade por serem princípios que melhor atendem a sua finalidade.

A Resolução da Secretaria de Assuntos Penitenciários nº 113, de 25 de novembro de 2003, confirmada pela Lei nº 11.466/2007, que acrescentou ao art. 50, da Lei de Execução Penal, o inciso VII, que inclui como falta grave o condenado que: "tiver em sua posse, utilizar ou fornecer aparelho telefônico,

Acesso ao Sumário

de rádio ou similar, que permita a comunicação com outros presos ou com o ambiente externo".

Ademais o uso de celulares tem servido para que o crime organizado continue a gerir suas atividades de dentro dos presídios, dirigindo o tráfico de tóxicos e ordenando matanças, na eterna luta pelo poder.

Inúmeros resgates de presos, em presídios ou cadeias públicas, foram agendados por telefones celulares.

Assim, tornou-se assente na jurisprudência, inclusive dos Tribunais Superiores, que tanto a posse de aparelho celular, com ou sem o chip e outros componentes, assim como a posse de componente de aparelho celular configura falta grave, eis que o legislador pretendeu inibir a comunicação entre os presos e destes com o meio externo.

"HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. POSSE DE CHIP DE APARELHO CELULAR. CONDUTA PRATICADA APÓS A ENTRADA EM VIGOR DA LEI N.º 11.466, DE 29 DE MARÇO DE 2007. FALTA GRAVE. CARACTERIZAÇÃO. PLEITO DE ABSOLVIÇÃO. VIA IMPRÓPRIA. INTERRUPÇÃO DO PRAZO PARA OBTENÇÃO DE BENEFÍCIOS PELO CONDENADO. PROGRESSÃO DE REGIME: CABIMENTO. LIVRAMENTO CONDICIONAL E INDULTO: AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

Com a edição da Lei n.º 11.466, de 29 de março de 2007, passou-se a considerar falta grave tanto a posse de aparelho celular, como a de seus componentes, tendo em vista que a ratio essendi da norma é proibir a comunicação entre os presos ou destes com o meio externo. Precedentes.

(HC 170.305/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 09/08/2011, DJe 19/08/2011)

"CRIMINAL. HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO. POSSE DE TELEFONE MÓVEL SEM CHIP. PEÇAS DO CELULAR QUE PODEM SER AGRUPADAS APENAS QUANDO NECESSÁRIO.

INTENÇÃO DO LEGISLADOR DE DIFICULTAR NOVAS PRÁTICAS DELITIVAS. FALTA GRAVE CONFIGURADA. REGRESSÃO AO REGIME FECHADO. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. CONSEQÜÊNCIA LEGALMENTE PREVISTA. PERDA DOS DIAS REMIDOS. CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 127 DA LEP DECLARADA PELO STF. SÚMULA VINCULANTE N.º 09. ORDEM DENEGADA.

A intenção essencial do legislador, ao editar a Lei n.º 11.466/2007, é impedir a comunição do preso com outros apenados ou com o ambiente externo, buscando-se dificultar que o mesmo continue, de qualquer forma, colaborando com novas práticas criminosas.

Acesso ao Sumário

A apreensão do aparelho celular, com ou sem chip, ou de qualquer elemento necessário ao seu funcionamento caracteriza a conduta descrita na Lei de Execuções Penais como falta grave, devendo ser penalizada, para que a finalidade da legislação supracitada seja respeitada, bem como para se afastar a possibilidade de que as peças do telefone móvel sejam divididas entre os presos, sendo agrupadas apenas quando necessário.

(HC 190.884/RS, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, julgado em 03/05/2011, DJe 19/05/2011)

"HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO DA PENA. FALTA GRAVE. POSSE DE CHIP DE TELEFONE CELULAR. COMPONENTE ESSENCIAL. CONDUTA PRATICADA APÓS O ADVENTO DA LEI 11.466/07. ART. 50, VII, DA LEI DE EXECUÇÃO PENAL.

ILEGALIDADE NÃO EVIDENCIADA. ORDEM DENEGADA.

É assente nesta Corte Superior o entendimento de que após o advento da Lei n. 11.466/07, a posse de aparelho telefônico, rádio ou similar, ou dos componentes essenciais ao seu efetivo funcionamento, passou a ser considerada falta grave.

2. Na espécie, a conduta imputada, como referem os autos, se deu em 10-7-2007, já na vigência do diploma legal referido.

3. Ordem denegada."(HC 114.894/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 09/11/2010, DJe 06/12/2010)

Resta afastada, pois, a tese defensória quanto à atipicidade de conduta, sendo que o agravado confirmou ter feito o uso do celular para tirar a foto, sendo desnecessário definir o proprietário do aparelho celular e do cartão de memória.

Ademais, a destinação do objeto é evidente, sendo que não haveria como se admitir que os detentos tivessem em sua posse o cartão de memória sem fazer o uso de aparelho celular, considerando-se que as fotos foram tiradas dentro da unidade prisional.

Assim, restou plenamente configurada a falta disciplinar de natureza grave, não havendo se falar em absolvição.

E a perda de um terço dos dias remidos e a remir é a indicada e a necessária à coibição da reiteração da conduta faltosa, mormente em face da gravidade da conduta bem como pelo longo tempo de pena que tem o sentenciado a cumprir e por sua personalidade desabonadora, respondendo por delito equiparado a hediondo, não se justificando redução menor, pois expõe a risco a segurança do sistema penitenciário.

Da mesma forma deve ser determinada a interrupção do lapso temporal para a concessão de benefícios da execução penal.

Acesso ao Sumário

Com efeito, o reconhecimento da prática da falta disciplinar de natureza grave enseja a interrupção da contagem de tempo para a concessão de benefícios da execução penal.

A Lei de Execução Penal, no artigo 127, tanto na sua redação anterior, que dispunha "o condenado que for punido por falta grave perderá o direito ao tempo remido, começando um novo período a partir da data da infração disciplinar", assim como em sua nova redação dada pela Lei 12.433/2011 é clara ao mencionar que em caso de falta grave o juiz poderá revogar até um terço do tempo remido, recomeçando a contagem a partir da data da infração disciplinar.

Trata-se de aplicação da cláusula *rebus sic stantibus*, sujeito o reconhecimento da remição a cláusula resolutiva, qual seja a prática de falta grave.

Existindo a falta grave, nos termos legais, os dias remidos devem ser perdidos, reiniciando-se nova contagem a partir da data da falta.

Ademais a Súmula Vinculante nº 9 do C. Supremo Tribunal Federal é clara "o disposto no artigo 127 da Lei nº 7.210/1984 foi recebido pela ordem constitucional vigente e não se aplica o limite temporal previsto no *caput* do artigo 58".

E o novo cálculo da liquidação para fins de benefícios é consequência natural e tem fundamento no art. 127 da LEP, como visto.

O Colendo Superior Tribunal de Justiça, a esse respeito, editou a recente súmula:

> *"Súmula 441. A falta grave não interrompe o prazo para obtenção de livramento condicional."*

A despeito de referida Súmula, recentemente assim se manifestou o Colendo Supremo Tribunal Federal:

> *"LIVRAMENTO CONDICIONAL – FALTA GRAVE NA EXECUÇÃO DA PENA – ARTIGO 83, INCISO III, DO CÓDIGO PENAL. Ante a exigência de ter-se comportamento satisfatório durante a execução da pena para chegar-se ao livramento condicional – inciso III do artigo 83 do Código Penal –, ocorre como conseqüência do cometimento de falta grave nova contagem do período de cumprimento da pena previsto no citado artigo". (HABEAS CORPUS Nº 100.062 – SÃO PAULO – Relator: Min. Marco Aurélio – Primeira Turma – Julgamento: 20/04/2010 – DJE nº 81 – Publicação: 07/05/2010).*

Acesso ao Sumário

Embora a Súmula 441 do Colendo Superior Tribunal de Justiça tenha entendimento diverso do Colendo Supremo Tribunal Federal é de se anotar que não se trata de Súmula Vinculante, de modo a obrigar o acolhimento de sua interpretação.

Entendemos, com a devida vênia, que a execução de pena restritiva

de liberdade se realiza em várias etapas, adotando o Código Penal o sistema progressivo ou Irlandês, onde se inicia a pena mais grave de reclusão pelo regime fechado e para se passar à fase seguinte, no regime semiaberto, onde a vigilância é reduzida e há permissão de realização de trabalho externo, sem fiscalização imediata, há necessidade de que o condenado demonstre bom comportamento e ausência de faltas graves no seu histórico prisional, de modo a demonstrar que assimilou a terapêutica penal.

A fase seguinte se caracteriza pelo regime aberto ou eventualmente por livramento condicional. No regime aberto, face a ausência na maioria das comarcas do Estado de Casa do Albergado, anotando-se que a cidade de São Paulo, uma das maiores cidades do mundo, com mais de 12 milhões de habitantes, até hoje não criou a sua Casa do Albergado, lembrando- se que se trata do mais rico Estado da Federação, descumprindo assim o que determinou a Lei de Execuções Penais no seu art. 203, que estabelece que "no prazo de 6 (seis) meses a contar da publicação desta lei serão editadas as normas complementares ou regulamentares, necessárias à eficácia dos dispositivos não auto-aplicáveis".

Estabelece o parágrafo 1º do citado artigo que no referido prazo deverão as unidades federativas criar ou adaptar os estabelecimentos penais previstos nesta lei, constando no parágrafo 4º que "o descumprimento injustificado dos deveres estabelecidos para as unidades federativas implicará na suspensão de qualquer ajuda financeira a elas destinada pela União, para atender às despesas de execução das penas e medidas de segurança".

Referida lei foi publicada no Diário Oficial da União em 13 de julho de 1984, sendo que, decorridos tantos anos, o Estado de São Paulo e mais especificamente a cidade de São Paulo, ainda não criaram Casas do Albergado em número suficiente.

Em razão disso é que os magistrados são obrigados a aplicar o art. 117 da Lei de Execução Penal, que autoriza o recolhimento excepcional de beneficiário de regime aberto em residência particular em apenas quatro hipóteses, transformando a exceção em regra e determinando o recolhimento do albergado à própria casa sem que haja efetivo corpo de funcionários a fiscalizar a execução da pena.

Face a esse descompasso em sede de execução penal, também não se pode deixar de lembrar a ausência de estabelecimentos para o regime semiaberto em número suficiente, o que leva a criação de fila de espera, que, por sua vez, faz com que alguns magistrados mais liberais autorizem o preso a aguardar a vaga no regime aberto, alterando completamente a execução penal, por falta principalmente de meios criados pelo Estado.

É nesse contexto que temos como fase da execução o livramento

Acesso ao Sumário

condicional, muitas vezes concedido ainda quando o condenado se encontra no regime fechado ou semiaberto.

Se é exigido para progressão ao regime semiaberto e aberto, fora o requisito temporal, bom comportamento carcerário, que implica na ausência de faltas graves, não há como se admitir que se possa dar um salto para quem se encontra em regime restritivo de liberdade e conceder-lhe o livramento condicional quando não teria condições para alcançar o regime semiaberto ou aberto por ter praticado falta grave.

O indulto também não pode ficar infenso a essa análise de méritos.

Dessa forma, se a falta grave impõe reinicio de contagem do período aquisitivo para obtenção da progressão de pena para regime menos gravoso, não é possível se fazer outro raciocínio para o livramento condicional. Se para o menos é exigido novo período de contagem de tempo com bom comportamento, não é razoável que para o mais, no caso do livramento condicional, tal exigência não perdure.

E tal ocorre também para a comutação.

Não se pode esquecer que tudo está dentro da mesma linha evolutiva, onde o condenado passa por várias etapas até atingir a liberdade plena, no caso a liberdade condicional.

A liberdade condicional não exsurge como instituto independente, mas se encontra numa mesma linha de progressão regular até que o condenado a alcance na execução penal.

Anota **Basileu Garcia** que "o sistema progressivo, de origem inglesa, teve por objetivo obter o aperfeiçoamento moral do condenado, através de sucessivas fases, paulatinamente alcançadas. A primeira é o isolamento celular absoluto. Antes de reconquistar inteiramente a liberdade, o sentenciado recebe o benefício do livramento condicional".

"Durante o isolamento celular, que visa possibilitar medite sobre o seu crime, é visitado por enviados da administração penitenciária, que procuram exercer sobre o seu ânimo influências moralizadoras. Segue-se, depois, um período extenso, o maior da duração da pena, em que trabalha em comum com os outros sentenciados, ficando isolado, à noite, na sua cela".

"A terceira fase é o livramento condicional, concedido àquele que se mostra em condições de usufruir a liberdade antes do integral cumprimento da pena. Crofton, diretor das prisões da Irlanda, modificou o sistema, que passou a ser conhecido pelas denominações de progressivo ou irlandês, adicionando-lhe uma nova fase, entre o segundo e o terceiro períodos, na qual o condenado seria remetido a trabalhar ao ar livre, em colônias penais, até ficar apto a receber o livramento condicional".

"O sistema adotado pelo nosso Código Penal, para a pena de reclusão,

Acesso ao Sumário

desdobra essas gradações" (Instituições de Direito Penal, vol. I, Tomo II, 4ª edição, Max Limonad Editora, São Paulo, 1966, pág. 416/417).

Continua o mestre "**o livramento condicional é elemento integrante do sistema progressivo ou irlandês.** Antes de chegar ao término da pena que lhe foi imposta, poderá o sentenciado ser restituído à liberdade, se se verificar a sua regeneração" (ob. cit. pág. 557).

Dessa forma, com a devida vênia, entendemos que a falta grave reinicia o cômputo de novo período aquisitivo com bom comportamento para a obtenção do livramento condicional, bem como para contagem de prazo para comutação.

Pensar-se o contrário, com a devida vênia, dos que veem por outra ótica, parece-nos que se está a beneficiar indevidamente o preso com mau comportamento que continuará a ter direito ao livramento condicional, quando não teria para progressão a outro regime menos gravoso.

Assim, é de rigor o reconhecimento da prática de falta disciplinar de natureza grave em 12 de março de 2015, determinando-se a perda dos dias remidos e a remir anteriores à data da falta na fração máxima de um terço, bem como a interrupção dos lapsos temporais para fins de benefícios da execução penal.

Isso posto, **dá-se provimento ao agravo para reconhecer a prática da falta disciplinar de natureza grave praticada por EUFLASIO ALBANO PEREIRA em 12 de março de 2015, determinando-se a perda de um terço dos dias remidos ou a remir anteriores à data da falta, bem como a interrupção dos lapsos temporais para fins de benefícios da execução penal. Elabore-se novos cálculos de liquidação de penas. Comunique-se.**

DECLARAÇÃO DE VOTO VENCIDO

(Voto nº 26.789)

Vistos.

Data venia, respeitados os entendimentos contrários, o recurso comporta provimento.

Com efeito, imputa-se ao agravado a conduta prevista no artigo 50, inciso VII, da Lei de Execução Penal, incluída pela Lei nº 11.466/2007, segundo o qual, comete falta grave o condenado à pena privativa de liberdade que "*tiver em sua posse, utilizar ou fornecer aparelho telefônico, de rádio ou similar, que permita a comunicação com outros presos ou com o ambiente externo*".

De acordo com o que se verifica do procedimento instaurado para apurar referida falta, não há dúvidas de que os agentes de fiscalização penitenciária apreenderam diversos objetos ilícitos durante revista nos Pavilhões XII e XV

Acesso ao Sumário

(fls. 33/37 e 57/60), incluindo um cartão de memória de celular contendo fotografias do agravado e de outros sentenciados.

Entretanto, nenhuma das condutas previstas no mencionado dispositivo foi cometida pelo sentenciado, que, em momento algum, teve em sua posse, utilizou ou forneceu o referido aparelho a quem quer que seja, de modo a permitir comunicação com outros presos ou com o exterior.

Ademais, sequer foi apurado quem seria o proprietário do aparelho celular, anotando-se que um "cartão de memória" de celular não é elemento necessário para o funcionamento do aparelho e para comunicação, o que torna atípico o fato que lhe fora imputado.

Nesse sentido, há julgado recente do Superior Tribunal de Justiça, *in verbis*: "***AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA (RESSALVA DO ENTENDIMENTO DA RELATORA). EXECUÇÃO PENAL. PLEITO DE AFASTAMENTO DE FALTA GRAVE. POSSE DE CARTÕES DE MEMÓRIA. COMPONENTE NÃO ESSENCIAL PARA UTILIZAÇÃO DE APARELHO CELULAR. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM DE HABEAS CORPUS MONOCRATICAMENTE CONCEDIDA DE OFÍCIO. DECISÃO MANTIDA. AGRAVO DESPROVIDO. 1. Com a edição da Lei n.º 11.466/2007, passou-se a considerar falta grave tanto a posse de aparelho celular dentro de presídio, como a de componentes essenciais ao seu funcionamento, tendo em vista que a ratio essendi da norma é a de proibir a comunicação entre os presos ou destes com o meio externo, mormente dos chefes de organizações criminosas, em atenção aos reclamos sociais para punir e coibir as crescentes práticas criminosas dentro de tais estabelecimentos. 2. Desse modo, verifica-se que a conduta do Paciente não se amolda àquelas previstas na Lei de Execução Penal como falta grave, pois o cartão de memória não é componente necessário para a utilização de aparelho celular, comunicação com outros presos ou com o ambiente externo. 3. Agravo regimental desprovido.***" (AgRg no HC 270.859/MS, Rel. Ministra Laurita Vaz, 5ª Turma, julgado em 21.08.2014, DJe 02.09.2014 – grifo nosso).

Por fim, ressalte-se que os sentenciados negaram a propriedade e a posse do objeto, bem como forneceram a mesma versão de terem efetuado uma troca de um maço de cigarros por uma fotografia (fls. 63, 65, 67, 69 e 71).

Acertada, portanto, a decisão impugnada.

Ante o exposto, nego provimento ao agravo.

TRISTÃO RIBEIRO, Desembargador, 3º Juiz vencido

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Execução Penal nº 9000168-89.2015.8.26.0625, da Comarca de Taubaté, em que é agravante CÉSAR EUGÊNIO DA SILVA, é agravado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 2ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao agravo. V.U. COMPARECEU O ADVOGADO, DR. LEANDRO LANZELLOTTI DE MORAES.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 15.144)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ALEX ZILENOVSKI (Presidente), BANDEIRA LINS e GILBERTO FERREIRA DA CRUZ.

São Paulo, 6 de junho de 2016.

ALEX ZILENOVSKI, Relator

Ementa: EXECUÇÃO PENAL – Remição por estudo a distância – Como bem ressaltou o MM. Juízo de Direito "a quo", "no âmbito da unidade prisional não houve nenhuma aferição de aproveitamento das aulas referidas...". Acrescenta-se, também, que "o certificado juntado pelo postulante não comprova que realmente ele tenha cumprido efetivamente as horas de curso que alega, tampouco que tenha sido ele mesmo quem realizou, já que se encontra preso em regime fechado e as aulas foram ministradas por correspondência, obviamente manejada no interior de cela coletiva". Por fim, conforme se verifica do documento de fls. 87/88, a carga horária dos cursos é padrão, pois não é determinado um prazo para a sua conclusão. A duração, dessa forma, é determinada pelo próprio aluno. Impossível, realmente, aferir as horas efetivamente estudadas pelo reeducando. Agravo improvido.

VOTO

Vistos.

Trata-se de agravo em execução interposto pela Defesa do reeducando

Acesso ao Sumário

CÉSAR EUGÊNIO DA SILVA, inconformado com a decisão de fls. 06/08, que indeferiu seu pedido de remição de pena por estudo.

Sustenta a Defesa, em síntese, que o sentenciado concluiu Curso de Qualificação Profissional de Mestre de Obras e Edificações, ministrado pelo Instituto Universal Brasileiro, por meio de metodologia de ensino a distância, no período de março/2014 a julho/2014, com duração de quatrocentas horas, fazendo jus à remição da pena por estudo, nos termos da Lei Federal nº 7.210/84.

Regularmente processado, mantida a r. decisão agravada (fls. 46), manifestou-se a D. Procuradoria de Justiça pelo não provimento do recurso defensivo (fls. 74/76).

É o relatório.

O agravo não comporta provimento.

Não se discute que, a partir da vigência da Lei Federal nº 12.433/2011, que alterou a redação da Lei Federal nº 7.210/84, o reeducando poderá remir parte do tempo da execução da pena pelo estudo, inclusive por metodologia a distância:

"Art. 126. O condenado que cumpre a pena em regime fechado ou semiaberto poderá remir, por trabalho ou por estudo, parte do tempo de execução da pena".

Porém, nos termos do §2º, do mencionado artigo, "as atividades de estudo a que se refere o § 1º deste artigo poderão ser desenvolvidas de forma presencial ou por metodologia de ensino a distância e deverão ser certificadas pelas autoridades educacionais competentes dos cursos frequentados", o que não ocorreu.

Ainda, como bem ressaltou o MM. Juízo de Direito "*a quo*", "*no âmbito da unidade prisional não houve nenhuma aferição de aproveitamento das aulas referidas...".*

Acrescenta-se, também, que *"o certificado juntado pelo postulante não comprova que realmente ele tenha cumprido efetivamente as horas de curso que alega, tampouco que tenha sido ele mesmo quem realizou, já que se encontra preso em regime fechado e as aulas foram ministradas por correspondência, obviamente manejada no interior de cela coletiva*".

Por fim, conforme se verifica do documento de fls. 87/88, a carga horária dos cursos é padrão, pois não é determinado um prazo para a sua conclusão. A duração, dessa forma, é determinada pelo próprio aluno.

Impossível, realmente, aferir as horas efetivamente estudadas pelo reeducando, o que constitui óbice ao reconhecimento da remição.

Ante o exposto, **NEGA-SE PROVIMENTO** ao agravo.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Execução Penal nº 9000026-27.2015.8.26.0224, da Comarca de Guarulhos, em que é agravante MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, é agravado ODIRLEI KEPER MORENO.

ACORDAM, em 5ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso, para cassar a comutação deferida. Oficie-se com urgência. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão**. (Voto nº 31.070)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PINHEIRO FRANCO (Presidente), TRISTÃO RIBEIRO e JUVENAL DUARTE.

São Paulo, 12 de maio de 2016.

PINHEIRO FRANCO, Relator

Ementa: Execução Penal. Comutação. Decreto Presidencial nº 8.172/13. Deferimento. Falta de lapso temporal. Prática de falta grave (fuga). Hipótese de interrupção do período aquisitivo do benefício, que se reinicia a partir da data da recaptura. Ausência, ainda, de comprovação do requisito subjetivo, com necessidade de o sentenciado ser submetido a exame criminológico. Agravo provido.

VOTO

Agravo tirado contra decisão que, em processo de execução penal, deferiu pedido de comutação fundado no Decreto nº 8.172/13.

Sustenta o agravante que o sentenciado, reincidente, não preencheu o requisito objetivo previsto no referido decreto. Diz que ODIRLEI praticou falta disciplinar de natureza grave, consistente em fuga, tendo sido recapturado em 6 de fevereiro de 2013. Assevera que tal fato gerou a interrupção para a contagem de benefícios, não tendo o sentenciado, portanto, cumprido o requisito temporal previsto no Decreto nº 8.172/13, qual seja, o resgate de 1/3 do restante de sua reprimenda até 25 de dezembro de 2013, a contar do reinício do cumprimento das sanções. Destaca, ademais, que a falta grave foi cometida, sim, no período abarcado no Decreto, de sorte que o requisito objetivo não se encontrava mesmo aperfeiçoado. Pondera que o requisito objetivo, no esteio de recentes decisões

Acesso ao Sumário

desta E. Corte e em hipóteses tais, somente restará preenchido se o apenado tiver descontado o lapso necessário a partir da data de sua recaptura, o que não ocorreu. Mesmo que assim não fosse, diz que a falta disciplinar grave, a teor do artigo 53, da LEP e além de sujeitar o sentenciado à sanção disciplinar, também obsta, por demérito, a concessão de benefícios. Pontua que por tal razão é que a prática de conduta indisciplinada interrompe a contagem do prazo para fins de indulto e de comutação, pois ao afastar o comportamento satisfatório (requisito de caráter subjetivo), não só resta impedido o deferimento do benefício pleiteado, como também se obriga, por consequência lógica, o reinício da contagem do prazo para sua obtenção. Alega que o regime disciplinar de recompensas adotado pela Lei de Execução Penal busca no senso de responsabilidade do segregado os meios para lhe deferir qualquer tipo de benefício, de modo que o cometimento de falta disciplinar grave demonstra sua indisciplina e, portanto, ofensa ao sistema para reeducação e reinserção dele, apenado, na sociedade. Afirma que, em razão de tudo isso e em atenção ao princípio da isonomia, de modo a não privilegiar o indivíduo recalcitrante em detrimento do delinquente primário, justifica-se o afastamento da Súmula 441, do Colendo Superior Tribunal de Justiça, desprovida de efeito vinculante. Aduz, ademais, que a questão objeto da referida Súmula ainda não está definida, uma vez que o Pretório Excelso tem proferido decisões nas quais se reconhece, em razão de falta grave, a interrupção dos lapsos para todos os benefícios previstos em sede de execução penal, dentre os quais a comutação e o indulto. Por outro lado, assevera que o agravado não ostenta mérito necessário para a obtenção da benesse, até porque a ideia da norma é exigir, do postulante de benefício tão amplo, uma obrigação com a sociedade e com o Juízo. Neste sentido, diz que embora o Decreto exija apenas a inexistência de falta grave nos doze meses anteriores à sua publicação, deve o Magistrado analisar todo o histórico do sentenciado durante o cumprimento da pena para aferir se ele é merecedor do favor legal, até porque perdão de pena somente pode ser deferido a quem demonstra mínimo arrependimento pelo comportamento ilícito. Aduz que, no caso, o agravado não faz jus ao benefício, pois demonstrou, com sua conduta (fuga) ausência de senso de responsabilidade e de compromisso com o processo de ressocialização, pois aquele que insiste em apresentar comportamento descompromissado, traindo a confiança estatal que lhe foi depositada, revela nítida ausência de arrependimento pelos crimes praticados. Por tudo isso, aduz que ODIRLEI não é merecedor de qualquer benefício legal, sobretudo a comutação, que tem caráter de perdão parcial e historicamente só é destinada ao condenado em condições de merecê-la, o que não é o caso dele, o qual maculou a execução, reiterando na prática criminosa e no cometimento de faltas graves, a explicitar ausência de absorção da terapêutica penal. Aduz, em remate, que o postulante aos benefícios do indulto e da comutação tem mera expectativa de direito, devendo o Magistrado analisar

Acesso ao Sumário

as condutas e os comportamentos daquele da maneira mais ampla possível, o que não se verificou. Insiste, em razão de tudo isso, que os requisitos objetivo e subjetivo não se mostram satisfeitos, tudo a autorizar a cassação da decisão concessiva da comutação. Daí o pleito de reforma (folhas 116/123).

Agravo processado e respondido. Mantida a decisão (folha 129), subiram os autos. Parecer da d. Procuradoria Geral de Justiça pelo provimento (folhas 133/146).

É o relatório.

O agravado, reincidente, cumpre pena de **16 anos, 3 meses e 15 dias de reclusão**, em regime fechado, pela prática de **quatro furtos qualificados e de dois roubos duplamente majorados** (folhas 82/91).

Requereu a concessão de indulto parcial (comutação), com lastro no Decreto nº 8.172/13, deferido pela E. Magistrada (folhas 112/113).

A decisão atacada deve ser revista, *data venia.*

Ao tempo do decreto em questão, o sentenciado não havia satisfeito mesmo o lapso temporal. Conforme se verifica do boletim informativo, ODIRLEI praticou falta grave em 16 de outubro de 2012, consistente em abandono do regime semiaberto, sendo ele recapturado apenas em 6 de fevereiro de 2013 (folha 84). E, a partir deste marco (data da recaptura), ele, reincidente, não havia descontado 1/3 da sanção remanescente até a data indicada pelo Decreto nº 8.172/13 (folha 97).

O sentenciado, em razão da prática de falta grave (abandono do regime semiaberto) não pode ter o mesmo tratamento que o preso mantido no cárcere em cumprimento regular da pena. Daí porque é legítima a afirmação de que a prática de falta grave interrompe o período aquisitivo do benefício, que se sujeita, então, a uma nova contagem. Aliás, a prática de falta grave tem como efeito direto o reinício da contagem do tempo para quaisquer benefícios, pena do infrator ser tratado de forma mais benéfica que o sentenciado não infrator, em flagrante ofensa ao princípio da isonomia.

E nem se argumente que o Decreto Presidencial veda o reinício da contagem do prazo. O artigo 4º, parágrafo único, do Decreto nº 8.172/13, afronta o disposto no artigo 112, "caput", e § 2º, e artigo 118, ambos da **Lei** de Execução Penal. A norma específica, ao prever que a aplicação de sanção por falta disciplinar de natureza grave não interrompe a contagem do lapso temporal para a obtenção dos benefícios, vai de encontro com o que determina a norma geral.

A Lei de Execução Penal é clara ao afirmar que a pena será executada de forma progressiva, respeitadas as normas que vedam a progressão. **Prevê, ainda, que idêntico procedimento será adotado na concessão de indulto e comutação de penas.**

Acesso ao Sumário

Frise-se, a propósito, que a consequência mais direta do reconhecimento da prática de falta grave é a regressão de regime. Operada a regressão, na forma do artigo 118, da Lei de Execução Penal, é evidente que novo cálculo há de ser elaborado, porque novo benefício só poderá ser pleiteado, como manda a lei, após o cumprimento de 1/6 (ou 2/5 ou 3/5, na hipótese de crimes hediondos e assemelhados) da pena no regime anterior e desde que haja mérito. Como a prática de falta grave interrompe o prazo aquisitivo de progressão, que é contado novamente, e **como a lei prevê que as vedações à progressão são adotadas na concessão de indulto e de comutação de penas, claro que a partir da prática de falta grave inicia-se nova contagem do lapso temporal para a obtenção destes benefícios.**

Não se perca de vista, ainda, como já observei em feito análogo, que "o decreto natalino visa beneficiar o preso que mantém comportamento carcerário satisfatório, demonstre estar assimilando a terapêutica criminal e proporcione elementos para presumir o não retorno à delinquência".

Na hipótese, ademais, basta ler o boletim informativo para verificar que o réu foi condenado por quatro furtos majorados e também por crimes graves, cometidos com violência ou grave ameaça a pessoa (dois roubos qualificados), circunstância hábil a demonstrar sua intensa periculosidade. Não bastasse isso, enquanto se encontrava em cumprimento regular de pena abandonou três vezes o sistema prisional, ostentando em seu histórico o registro de outras três faltas disciplinares graves (posse de serra, escavação de túnel e posse de substância entorpecente) e, ainda, de quatro faltas disciplinares médias (folha 104), tudo a denotar que não vinha assimilando, a contento, a terapêutica penal ministrada.

Necessária a submissão dele, assim, a exame criminológico.

É verdade que também o exame sempre terá muito de subjetivo, até porque ninguém pode entrar na mente do ser humano e há sempre a possibilidade dele ocultar seus sentimentos ou desígnios. Mas é preciso que o processo traga ao julgador um mínimo de segurança, porque a decisão irá reduzir ou extinguir a pena, aproximando o sentenciado da almejada liberdade. E no caso, "data venia", e na minha ótica, não há segurança.

Acesso ao Sumário

Não se trata de considerar o fato já julgado na mensuração da periculosidade do sentenciado. Trata-se de aquilatar se o agente de crimes graves, pelos quais foi condenado seriamente, e que ostenta histórico prisional conturbado, está habilitado a retornar à sociedade, com a redução da pena, sem risco ou com risco mínimo.

Meu voto, pois, **DÁ PROVIMENTO** ao recurso, para cassar a comutação deferida. Oficie-se com urgência.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Execução Penal nº 7001927-33.2015.8.26.0590, da Comarca de São Vicente, em que é agravante DOUGLAS DEMETRIO DA FONSECA, é agravado 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: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 21.671)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores MOREIRA DA SILVA (Presidente), DE PAULA SANTOS e FRANÇA CARVALHO.

São Paulo, 28 de abril de 2016.

MOREIRA DA SILVA, Relator

Ementa: Agravo em Execução – Substituição da prisão preventiva pela prisão domiciliar – Preenchimento dos requisitos – Doença grave alegada – Inadmissibilidade – Inexistência de perícia médica a evidenciar moléstia grave com limitação de atividade – Não configurada a hipótese do artigo 318, inciso II, do Código de Processo Penal – Reeducando que vem recebendo tratamento médico adequado no mesmo local onde recebia tratamento antes de sua prisão, consegue realizar suas tarefas sozinho e sem indícios de que apresente enfermidade em fase terminal – Decisão mantida. Agravo improvido.

VOTO

1. Trata-se de Agravo em Execução interposto por **Douglas Demetrio da Fonseca**, nos autos do processo de Execução Penal nº 443.916, contra a r. decisão que indeferiu o pedido de concessão prisão domiciliar, por motivo de doença grave.

Irresignado, recorre. Alegando que por ser portador de doença grave, preenche os requisitos para a concessão da aludida benesse.

Processado e contra-arrazoado o recurso em que o agravado postula o improvimento, a MMa. Juíza *a quo* manteve a r. decisão impugnada e a d. Procuradoria Geral da Justiça manifesta-se no mesmo sentido.

Acesso ao Sumário

É o relatório.

2. O recurso não comporta provimento.

O agravante, que aguarda o julgamento de recurso de apelação, pleiteou a substituição da prisão preventiva pela prisão domiciliar, com fulcro nos artigos 317 e 318, inciso II, ambos do Código de Processo Penal, o que foi indeferido, pela MMa. Juíza *a quo*, por decisão datada de 11 de agosto de 2015 (fls. 25/26).

Dessa r. decisão, o agravante recorreu pleiteando a concessão do benefício, alegando, em síntese, que está acometido por doença grave, Hepatite C, necessitando de cuidados médicos especiais (fls. 29/34).

Pois bem. O artigo 318, inciso II, dispõe que o Juiz poderá substituir a prisão preventiva pela domiciliar quando o agente estiver "***extremamente debilitado por motivo de doença grave***".

Não é este, evidentemente, o caso dos autos. Embora o agravante seja portador de doença grave, nota-se, pelo laudo médico de fls. 20/21, que ele se encontra calmo, consciente e contactua verbalmente e deambula sem a ajuda de terceiros.

Ademais, consta do mesmo relatório que ele tem sido medicado na Secretaria Municipal de Saúde, onde ele já realizava tratamento para Hepatite C anteriormente.

Assim, o requisito do artigo 318, inciso II, qual seja, estar o agente *extremamente debilitado* está ausente.

Não bastasse isso, verifica-se que o agravante não faz jus à benesse, também porque o artigo 117 da Lei de Execução Penal, prevê essa possibilidade somente aos sentenciados que já cumprem pena no regime aberto nos seguintes termos:

> ***"Art. 117. Somente se admitirá o recolhimento do beneficiário de regime aberto em residência particular quando se tratar de:***
>
> ***(...)***
>
> ***II – condenado acometido de doença grave;" (g.n).***

É verdade que, embora as hipóteses de prisão domiciliar previstas no artigo 117 da Lei de Execução Penal se destinem legalmente ao preso do regime aberto, o Superior Tribunal de Justiça, em hipóteses excepcionais, tem admitido o benefício a condenados portadores de doenças graves que estejam cumprindo pena nos regimes semiaberto e fechado, certamente em nome dos princípios constitucionais da dignidade humana e da individualização da pena, mas desde que demonstrada a impossibilidade de receberem o tratamento necessário e adequado no estabelecimento prisional.[1]

Acesso ao Sumário

1 - STJ – HC 228408/PR, DJ 01.08.2012. Vide também Excecução Penal – Esquematizado, Norberto Avena, Editora Método, São Paulo, 2014, p. 215.

Bem é de ver, contudo, que ao agravante não se há de outorgar a benesse perseguida, porquanto não se apresenta dentro do contexto de situação excepcional. Isto porque, pelas informações prestadas pela diretoria da Penitenciária II de São Vicente, ele vem recebendo tratamento médico adequado e não há indícios de que apresente enfermidade em fase avançada ou terminal. E mais, ele tem sido acompanhado por equipe médica na unidade prisional e encaminhado a especialistas para o tratamento adequado (fls. 20/21).

Destarte, indubitavelmente acertada a r. decisão objurgada, por ausentes as hipóteses legais para a outorga do benefício, era mesmo de rigor o indeferimento do pleito.

3. Pelo exposto, **nega-se provimento** ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Execução Penal nº 9000064-61.2015.8.26.0637, da Comarca de Tupã, em que é agravante ANDERSON LIMA DE ARAUJO, é agravado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 11ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 23.788)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores GUILHERME G. STRENGER (Presidente sem voto), XAVIER DE SOUZA e PAIVA COUTINHO.

São Paulo, 11 de maio de 2016.

MARIA TEREZA DO AMARAL, Relatora

Ementa: AGRAVO EM EXECUÇÃO – PENA RESTRITIVA DE DIREITOS – SUPERVENIÊNCIA DE CONDENAÇÃO POR PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE – CONVERSÃO – NECESSIDADE. RECURSO IMPROVIDO.

Acesso ao Sumário

VOTO

ANDERSON LIMA DE ARAUJO interpôs agravo em execução contra a r. decisão proferida pela MM. Juíza de Direito da Vara das Execuções Criminais de Tupã que, nos autos da execução penal nº 785.383, converteu a

pena restritiva de direitos imposta na 2ª execução em privativa de liberdade e fixou o regime fechado.

Alega a ilustre Defensoria Pública que a sistemática penal determina que primeiro sejam executadas as penas mais graves e, depois, as mais leves.

Requer o provimento do recurso para que seja anulada a decisão, restabelecendo-se a pena restritiva de direitos imposta na 2ª execução, determinando-se o desconto, por primeiro, das penas privativas de liberdade e, após, o cumprimento da pena restritiva de direitos (fls. 03/05).

Contrariado o recurso (fls. 15/18) e mantida a respeitável decisão agravada (fls. 21), a douta Procuradoria Geral de Justiça manifestou-se pelo improvimento do agravo (fls. 24/26).

É o relatório.

Inobstante os argumentos desenvolvidos pela ilustre Defensora Pública, constata-se que a decisão agravada não está a merecer reparos.

Conforme se infere dos autos, verifica-se que imposta pena restritiva de direitos no processo 159/2010, da 1ª Vara de Violência Doméstica contra a Mulher, Comarca de São Paulo, foi o agravante posteriormente condenado à pena privativa de liberdade, nos autos 99305/2009, da 4ª Vara Criminal da Capital.

Assim, se após a adoção da pena substitutiva em questão, o sentenciado foi condenado por outro crime, com pena privativa de liberdade em regime fechado, era mesmo caso de conversão da reprimenda alternativa em pena corporal, nos termos do artigo 44 § 5º, do Código Penal e do art. 181, § 1º, alínea "e", da LEP, já que, na hipótese, incompatível o cumprimento das duas formas de penas simultaneamente.

Referidos dispositivos legais cuidam da superveniência de condenação por outro delito, no qual é imposta pena privativa de liberdade, caso em que se converte a pena restritiva de direitos anteriormente imposta por privativa de liberdade, em caso de incompatibilidade de cumprimento das duas formas de penas simultaneamente, a teor do artigo 44, § 5º, do Código Penal, sempre possibilitada a ampla defesa e o contraditório.

Nesse sentido, confira-se a seguinte ementa:

"PENAS ALTERNATIVAS – CONVERSÃO DA REPRIMENDA RESTRITIVA DE DIREITOS EM PRIVATIVA DE LIBERDADE – NECESSIDADE – HIPÓTESE – A pena restritiva de direitos deve ser convertida em privativa de liberdade na hipótese em que sobrevém nova condenação ao agente, impondo o regime prisional fechado" (Agravo em Execução nº 1359835/1 – Rel. Luiz Ganzerla – 12ª Câmara – V.U, Data 16/06/2003)."

Registre-se que a regra do artigo 76, do Código Penal, que impõe ao concurso de infrações o cumprimento da pena mais grave em primeiro lugar,

Acesso ao Sumário

se aplica somente aos casos em que há compatibilidade de cumprimento das duas reprimendas, a exemplo do sentenciado que já cumpria pena privativa de liberdade quando sobrevém nova condenação a pena restritiva de direitos, hipótese que, de acordo com a legislação vigente, a pena restritiva de direitos poderá ser descontada após o término do cumprimento da pena corporal ou, ainda, ao mesmo tempo, se por ventura o agravante vier a ser beneficiado com a concessão de regime aberto ou livramento condicional.

Contudo, esse não é o caso dos autos.

Destarte, escorreita a r. decisão agravada.

Diante do exposto, nega-se provimento ao agravo.

Apelações

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0003352-59.2014.8.26.0362, da Comarca de Mogi-Guaçu, em que são apelantes ALEX AVELINO THOMÉ e DANIEL RICARD DE LIMA VALIN, são apelados 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: "rejeitaram a questão preliminar arguida e, no mérito, negaram provimento aos apelos ajuizados em favor de Daniel Ricard de Lima Valim e de Alex Avelino Thomé, mantendo-se, por seus fundamentos, a r. sentença, como prolatada. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 27.207)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ALCIDES MALOSSI JUNIOR (Presidente sem voto), LOURI BARBIERO e GRASSI NETO.

São Paulo, 7 de abril de 2016.

MARCO ANTÔNIO COGAN, Relator

Ementa: APELAÇÃO CRIMINAL – PLEITO DEFENSIVO PRELIMINAR EM FAVOR DO RECORRENTE ALEX DE CONCESSÃO DO

Acesso ao Sumário

DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE. NO MÉRITO, DE ABSOLVIÇÃO POR AUSÊNCIA DE PROVAS A INCRIMINÁ-LO. TESES SUPLETIVAS DE DESCLASSIFICAÇÃO DE SUA CONDUTA PARA A FORMA DO FURTO, E DE FIXAÇÃO DE REGIME PRISIONAL INICIAL MENOS GRAVOSO.

PRETENSÃO DEFENSIVA EM PROL DO APELANTE DANIEL, DE ABSOLVIÇÃO, OU DE APLICAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 26, PAR. ÚN., DO CP.

CONDENAÇÕES ESTRIBADAS NO ART. 157, § 2º, II DO CP.

QUESTÃO PRELIMINAR REJEITADA, POR FALTA DE AMPARO LEGAL.

NO MÉRITO, CONJUNTO PROBATÓRIO ROBUSTO A INCRIMINAR OS APELANTES NA FORMA RECEPCIONADA NO ÉDITO MONOCRÁTICO, CUJOS FUNDAMENTOS AFASTAM A RECEPÇÃO DAS TESES SUPLETIVAS INVOCADAS.

Questão preliminar rejeitada e, no mérito, recursos desprovidos.

VOTO

1 – Trata-se de apelações interpostas em favor de Alex Avelino Thomé e de Daniel Ricardo Lima Valin, que foram condenados, cada qual, ao cumprimento de pena corporal de cinco anos e quatro meses de reclusão, em regime prisional inicial semiaberto, mais o pagamento de treze dias-multa, fixados no piso mínimo, por infração aos ditames do artigo 157, § 2º, II, do Código Penal (fls. 88/92).

Em suas razões de recurso, busca a Defesa de Alex, preliminarmente, a concessão do direito de recorrer em liberdade, e a expedição de alvará de soltura em seu favor. No mérito, pretende a sua absolvição, alegando falta de provas a incriminá-lo, uma vez que as testemunhas não relataram com precisão o que realmente sucedeu naquele dia, havendo que ser recepcionada a sua versão exculpatória, quanto a não saber que o corréu estava a praticar o crime. Supletivamente, requer a desclassificação de sua conduta para a forma do furto, diante da ausência de emprego de violência, e a fixação de regime prisional inicial menos gravoso para o desconto da sanção aflitiva (fls. 118/124).

Acesso ao Sumário

Já a Defensoria do apelante Daniel pretende a reforma da r. decisão monocrática, a fim de que seja aplicada a causa de diminuição de pena prevista no artigo 26, parágrafo único, do Código Penal, na fração mínima, frisando que, embora não seja ele portador de doença mental, "no dia dos fatos cometeu o delito sob o efeito de substância entorpecente" (fl. 132), o que diminuiu sua capacidade de determinar-se frente ao caráter ilícito da sua conduta (fls. 130/133).

Os recursos foram contrarrazoados pelo doutor Promotor de Justiça, que pretende o desprovimento dos mesmos, com reiteração das alegações finais antes ofertadas, acrescentando que as penas e o regime prisional inicial estabelecidos também não merecem alteração (fls. 142/143).

E a d. Procuradoria de Justiça, em r. parecer da lavra do doutor Alexandre Orasmo Fontana, se pronunciou pelo desprovimento dos apelos, e pela manutenção da r. sentença (fls. 147/151).

Este, em síntese, é o relatório.

2 – Por primeiro, fica rejeitado o pleito para que seja concedido ao apelante Alex o direito de recorrer em liberdade, vez que invocado em sede de Juízo impróprio, extemporaneamente.

E quanto ao mérito, há que se desprover os recursos.

A materialidade não foi questionada, e está comprovada pela apreensão e avaliação do telefone celular subtraído da vítima, conforme fls. 12 e 38, cujo valor foi calculado em R$ 659,00.

Já a coautoria dos apelantes também é certa.

Presos em flagrante delito, ambos optaram por permanecer em silêncio na Delegacia para, em Pretório, o apelante Daniel confessar a prática do roubo, asseverando que assim agiu para adquirir mais *crack*, que estava a consumir há três dias, e que "estava terminando" (mídia – fl. 109), esclarecendo que antes trabalhava com seu genitor, como pintor.

O imputado Alex negou participação no crime, afirmando que Daniel lhe disse que pretendia conversar com a vítima e atravessou a rua, retornando com o telefone celular dela, sem saber que ele o havia roubado, tendo ambos deixando o local, visando vender o aparelho para adquirir drogas, destacando que também trabalhava como pintor (fl. 109 - mídia).

Já a prova oral é robusta em incriminar ambos os apelantes.

A vítima Grasiele Dias Galvão Evangelista narrou que retornava para sua residência, após procurar emprego, quando notou que estava sendo seguida pelos apelantes, tendo sido abordada por Daniel, enquanto Alex permaneceu afastado, fornecendo guarida à ação do primeiro, que lhe determinou a entrega do celular, quando "pedi para ele por favor não fazer isso, aí ele foi lá e me

Acesso ao Sumário

empurrou contra a parede e pegou no meu pescoço, aí eu entreguei o celular e os dois saíram rindo" (mídia), a deixando no local em lágrimas, sendo auxiliada por um varão, que ligou para a polícia, que não teve sucesso em localizar os meliantes naquele momento. Acrescentou que, pouco tempo depois, retornando para casa, se deparou com os acusados, que então culminaram por ser detidos pelos policiais, sendo o seu telefone depois localizado embaixo de uma ponte, no mais destacando que, no momento da abordagem, o apelante Daniel se mostrou "bem calmo" (mídia), e que nenhum dos dois aparentava estar sob efeito de drogas.

Os policiais militares Cristiano Zeneri e Milton Fernandes relataram que, recebida a comunicação sobre o roubo, foram informados pela vítima sobre as caraterísticas dos meliantes e a direção que tomaram, sendo os apelantes detidos embaixo de uma ponte, quando foram reconhecidos pela ofendida, que relatou ter sido empregada violência para a subtração do seu telefone celular, que não foi recuperado naquele momento, ressaltando o primeiro miliciano que os corréus não aparentavam estar sob efeito de drogas na ocasião (fl. 109 – mídia).

E a testemunha de defesa José Carlos da S. Lima, não presencial do crime, apenas asseverou que Daniel frequentava sua igreja, já tendo antes sido submetido, no passado, a internação para tratamento de dependência de drogas, frisando que na ocasião ele estava há três dias fora de casa as consumindo, em recaída, tendo com ele mantido conversa na manhã do dia em questão, na estação rodoviária, quando procurou convencê-lo a retornar ao lar, sem sucesso, vez que ele afirmou que pretendia, no final daquela tarde, viajar para outra cidade e se hospedar na residência dos tios, para fugir das más influências, sabendo, no dia seguinte, sobre a sua prisão (fl. 109 - mídia).

Cláudio F. Silva e Alexandre A. Moreira se reportaram a ser Daniel boa pessoa, mas dependente de drogas, e que exercia atividade laboral com seu genitor (fl. 109 – mídia).

Patente, pois, a comprovação da coautoria dos recorrentes na prática do roubo agravado, cuja dinâmica, permeada pela violência e uso de escárnio contra a vítima, foi bem detalhada por ela, que disse estar, desde antes, sendo seguida pelos acusados, até que Daniel a abordou e subtraiu seu celular, enquanto Alex fornecia cobertura para a plena eficácia da ação, para, ato contínuo, já na posse do bem, ambos saírem em fuga debochando da situação, em contexto que, por óbvio, afasta também a pretensa desclassificação do crime para a forma de furto.

Demais, nada há a invalidar as palavras da ofendida, que, de maneira coerente, detalhou a ação delitiva e reconheceu os apelantes.

E já decidiu o extinto Tribunal de Alçada Criminal, sobre o valor probatório da palavra da vítima em crimes dessa natureza: **- "Em crimes contra o patrimônio, as declarações da vítima merecem toda credibilidade**

Acesso ao Sumário

porque, com raríssimas exceções, a ação dos roubadores é levada a efeito de maneira dissimulada a fim de evitar a presença de testemunhas e, além disso, suas palavras são contra pessoa que, eventualmente, vem a conhecer de um roubo, não se podendo cogitar de parcialidade" (AC. 1.005.795/0 – Rel. Juiz Décio Barretti).

No mesmo sentido esta Colenda Corte: **- "No campo probatório a palavra da vítima de assalto seguido de estupro é sumamente valiosa, posto que, incidindo como o proceder de desconhecido, seu único interesse é apontar-lhe a atuação delituosa, e não acusar um inocente. Daí porque tisná-la de parcialidade, sob o argumento de que é afirmação suspeita, será comprometer esse meio de prova, quase sempre o único de que se dispõe na hipótese de tais delitos, praticados, via de regra, às ocultas, envolvendo somente os agentes ativo e passivo das infrações"** (TJSP - AC - Rel. Jarbas Mazzoni - RT 618/304).

A prova oral colhida com policiais e ofendida afastou, de vez, a possibilidade de ambos terem delinquido sob efeito de tóxicos.

Assim, não há que se acolher a pretensão do apelante Daniel, de aplicação do disposto no art. 26, par. único, do CP., vez que foi descartado, pela vítima e pelos policiais, que estivessem os réus sob efeito de drogas naquele momento, tratando-se, pois, de argumento que não vinga, a teor do artigo 156, do Código de Processo Penal, observando-se, também, que a mera condição de usuário de drogas não pode ser tratada como autorizadora de cometimento de crimes contra o patrimônio, ou de redução obrigatória de penas, quando não agiram sob seu efeito.

Nesses termos, nem a absolvição, nem a mitigação das reprimendas encontram motivo legal para serem recepcionadas.

E o regime prisional inicial semiaberto estabelecido para o cumprimento das reprimendas corporais foi além do que seria adequado ao caso concreto, nada havendo que se fazer, todavia, à míngua de recurso ministerial quanto ao tema.

Isto posto, rejeitada a questão preliminar arguida, no mérito, nega-se provimento aos apelos ajuizados em favor de Daniel Ricard de Lima Valim e de Alex Avelino Thomé, mantendo-se, por seus fundamentos, a r. sentença, como prolatada.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0021155-90.2013.8.26.0006, da Comarca de São Paulo, em que é apelante AIRTON

ALBERTO DE LIMA ANDRADE, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 8ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "NEGARAM PROVIMENTO ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 3.829)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ALCIDES MALOSSI JUNIOR (Presidente), CARLOS MONNERAT e MARCO ANTÔNIO COGAN.

São Paulo, 7 de abril de 2016.

ALCIDES MALOSSI JUNIOR, Relator

Ementa: PENAL. APELAÇÃO. AMEAÇA – PROVAS SUFICIENTES DE CRIME E AUTORIA – *PENAS QUE NÃO COMPORTAM MODIFICAÇÃO, INCLUSIVE COM REGIME ABERTO E SURSIS ESPECIAL PERFEITAMENTE JUSTIFICADOS. INALTERAÇÃO* – SUBSTITUIÇÃO DA PENA CORPORALPORRESTRITIVA.DESCABIMENTO.

1. Absolvição. Conjunto probatório suficiente para ensejar a condenação. Conteúdo ameaçador das palavras proferidas pelo agente restou comprovado no bojo dos autos, diante dos informes da vítima e testemunha.

2. Dosimetria bem dosada, fixada no mínimo legal, diante da primariedade do réu. Reprimenda majorada pelas agravantes contra mulher e gestante. Regime aberto que melhor se adapta à terapêutica penal (artigo 33 do Código Penal). *Sursis especial* adequadamente fixado.

3. Incogitável a substituição da pena corporal por restritivas pela própria natureza do delito, de ameaça grave (artigo 44, I, do CP).

Acesso ao Sumário

VOTO

VISTO.

Ao relatório da respeitável sentença (fls. 92/95), a que ora se adota, acrescenta-se que o réu **AIRTON ALBERTO DE LIMA ANDRADE** foi

condenado por infração ao **artigo 147** do Código Penal, a **01 (um) mês e 06 (seis) dias de detenção**, em regime inicial aberto, suspensa a execução da pena, nos termos do artigo 77 do Código Penal, pelo prazo de 02 (dois) anos, com as obrigações de: a) não poderá se ausentar da comarca onde reside sem autorização do juiz; b) deverá comparecer pessoal e obrigatoriamente em Juízo, mensalmente, para informar e justificar suas atividades; tudo nos termos dos artigos 77 e 78 do Código Penal (sentença publicada em audiência realizada em 11.09.2014).

APELA o acusado a pretender a absolvição por insuficiência de provas (fls. 105/108).

Trânsito em Julgado para a Acusação em 16.09.2014 (fls. 113).

Recurso devidamente processado (contrarrazões de fls. 110/111), com manifestação da douta Procuradoria Geral de Justiça pelo seu improvimento (fls.123/125).

É o relatório.

O recurso não comporta provimento.

É dos autos que o réu foi denunciado por infração ao artigo 147, *caput*, c.c. o artigo 61, inciso II, "*f*" e "*h*" ambos do Código Penal, porque em 17 de setembro de 2013, no interior da residência situada na rua Palmeira do Batuá, nº 365, na cidade e comarca de São Paulo, ameaçou sua ex-namorada *Bianca Cavalcanti Magalhães*, por meio de palavra, de causar-lhe mal injusto e grave.

Segundo apurado, o **apelante** e a vítima mantiveram um relacionamento amoroso por cerca de dois anos. À época dos fatos, a vítima estava separada de **Airton** e grávida de quatro meses. Este, por não aceitar o fim da relação, costumava procurar *Bianca* e ameaçá-la. No dia dos fatos, o **apelante** se dirigiu até a residência da vítima, dizendo que queria ver a sua barriga. Diante da proibição da ofendida em permitir seu acesso ao imóvel, ele desferiu chutes contra o portão da casa e ameaçou a vítima, dizendo: "***Se você não deixar eu ver a sua barriga, eu vou fazer você cair. Eu vou te atropelar. Quando o bebê nascer e tiver um mês de vida, eu vou sumir com ele. Eu vou voltar armado***". Em seguida deixou o local. A ofendida sentiu-se amedrontada e registrou o fato na Delegacia (fls. 01- d/02-d, denúncia recebida em 30.01.2014, fls. 30/31).

A respeitável sentença bem avaliou as provas produzidas, decidindo de forma legal.

Bem demonstrada materialidade pelo boletim de ocorrência (fls. 04/06), de igual modo não há dúvida quanto à autoria, pela prova oral carreada aos autos.

Na fase inquisitiva, o **apelante** confirmou ter comparecido ao portão da casa da vítima, mas nega a ameaça de agressão ou de morte e ressalta que sequer houve discussão entre o casal. Disse que ele e a vítima chegaram

Acesso ao Sumário

a romper o namoro por várias vezes, mas reatavam e nunca chegaram a romper definitivamente, sendo que na data dos fatos estavam namorando. Na audiência de 30/09/2013, foi cientificado quanto ao deferimento das medidas protetivas pleiteadas pela ofendida, porém ressaltou que continuavam mantendo relacionamento amoroso e inclusive *Bianca* frequentava a residência dele (fls. 20). Em juízo, apesar de devidamente intimado (fls. 91), deixou de comparecer, injustificadamente, razão pela qual foi decretada sua revelia (fls. 92).

A vítima Bianca declarou que na época terminava e reatava o relacionamento com o réu constantemente, mas nas ocasiões em que ele a ameaçou, não estavam juntos. Relatou que no dia dos fatos, o **apelante** esteve em sua casa querendo ver sua barriga, e disse que iria atropelá-la se ela estivesse com outra pessoa e que quando o bebê nascesse ele sumiria com ele. Por fim, ressaltou que as ameaças são frequentes, sendo que o comportamento do réu é inconstante (CD mídia audiovisual, fls. 98).

A testemunha Rosemeire, genitora da vítima, contou que no dia dos fatos, o apelante esteve em sua casa à procura de *Bianca*, e desferiu chutes contra o portão. A vítima ficou temerosa em conversar como o acusado, que passou a ofendê-la. Disse que não ouviu o réu dizer que voltaria ao local armado, mas confirmou seu relato na Delegacia, o qual Airton, exaltado, proferiu as palavras de ameaças descritas em seu depoimento (CD mídia audiovisual, fls. 98).

Portanto, tem-se que o conjunto probatório colhido é apto a caracterizar, sem mais bastar, a ocorrência da ameaça praticada pelo **recorrente**, especialmente os firmes e coerentes informes da vítima, a qual frisou, em síntese, que **Airton** desferiu chutes no portão de sua casa, e, após sua recusa em conversar, a ameaçou, tudo presenciado pela sua mãe, a testemunha **Rosemeire**, sendo que logo após as palavras proferidas, imediatamente se dirigiu à Delegacia (demonstrando o grande temor gerado), onde obteve o deferimento das medidas protetivas, evidentemente temerosa de que a promessa do mal injusto, de fato, se cumprisse. Além disso, o **apelante**, injustificadamente, não compareceu em Juízo para confirmar sua versão dos fatos, declarada na Delegacia, a qual, por si só, restou insuficiente para criar dúvida séria quanto à veracidade dos fatos relatados.

Relativamente à dosimetria, a pena-base foi fixada no mínimo legal, definindo-se a pena em **01 (um) mês de detenção**, adequadamente, porque: "***observados os critérios do artigo 59 do Código Penal, que são benéficos ao acusado***", o que aqui fica mantido, inclusive por ausência de recurso da acusação a respeito.

Na etapa seguinte, reconhecidas as agravantes previstas no artigo 61, inciso II, alíneas "f" e "h" do Código Penal (contra companheira, prevalecendo-se o recorrente das relações domésticas e contra a mulher e gestante), majorou,

Acesso ao Sumário

justificada e adequadamente, portanto, a reprimenda em 1/5, de modo que a tornou definitiva em **01 (um) mês e 06 (seis) dias de detenção**, ante a ausência de causas de aumento ou de diminuição.

Incensurável a determinação, prevista na r. sentença, de regime inicial **aberto** (primariedade do réu e quantidade da pena fixada), bem como a concessão de "*sursis especial*", na forma do artigo 78, §2º, alíneas "a" e "b", do Código Penal, pelo prazo mínimo de 02 (dois) anos.

Incogitável a substituição da pena nos termos assentados na r. sentença, diante da própria natureza do delito, de grave ameaça (art. 44, I, do Código Penal).

Do exposto, pelo meu voto, **NEGO PROVIMENTO** ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 9000007-57.2003.8.26.0348, da Comarca de Mauá, em que é apelante REGINALDO RODRIGUES 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: "*Ex officio*, anularam o julgamento levado a efeito pelo Tribunal Popular, bem como, *ipso facto*, a sentença de fls. 379/379vº, e determinaram que outro seja realizado, ficando prejudicada a análise do apelo da Defesa. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 9.837)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores MOREIRA DA SILVA (Presidente sem voto), FRANÇA CARVALHO e CARDOSO PERPÉTUO.

São Paulo, 7 de abril de 2016.

DE PAULA SANTOS, Relator

Ementa: APELAÇÃO – Homicídio qualificado tentado – Descompasso entre o conteúdo do Termo de Votação e a sentença condenatória – Jurados que, segundo consta, responderam afirmativamente ao quesito em que indagado se absolviam o réu – Nulidade absoluta – Anulação, *ex officio*, do julgamento, determinando-se que outro seja levado a efeito, prejudicada a análise do recurso defensivo.

Acesso ao Sumário

VOTO

Cuida-se de apelação interposta por REGINALDO RODRIGUES DA SILVA contra a sentença de fls. 379/379vº, que, em atenção ao decidido pelo Colendo Conselho de Sentença, o condenou como incurso no artigo 121, § 2º, IV, c.c. o artigo 14, II, ambos do Código Penal, a 04 (quatro) anos, 09 (nove) meses e 18 (dezoito) dias de reclusão, em regime inicial aberto.

Inconformado, apela o réu (fls. 385/391), alegando, em síntese, que a decisão foi manifestamente contrária à prova dos autos, sendo que nenhuma prova corrobora as acusações trazidas na denúncia. Além disto, em plenário, nenhuma testemunha foi inquirida. Afirma, outrossim, que a vítima nunca foi ouvida. Assevera que o indeferimento do pedido de adiamento do julgamento, para nova tentativa de intimação da testemunha Vanessa Tavares dos Santos, configurou cerceamento de defesa. Requer o provimento do recurso, para o fim de se anular o julgamento.

O Ministério Público apresentou contrarrazões (fls. 393/397), pleiteando a manutenção da sentença recorrida.

A douta Procuradoria de Justiça opinou pelo não provimento do recurso (fls. 402/405).

É o relatório.

Verifica-se, *ex officio*, a existência de nulidade absoluta, que torna imperiosa a realização de novo julgamento.

Com efeito, constou do Termo de Votação de fls. 378/378vº, assinado pelo MM. Juiz Presidente, pelas partes e pelos jurados, bem como pelo escrevente então oficiante, que o Conselho de Sentença, por maioria, proferiu resposta afirmativa ao 4º (quarto) quesito, por 05 (cinco) votos contra 02 (dois), *in verbis*: "*4º Quesito: SIM por maioria (5x2)*".

Tem-se que, conforme consta do questionário, o referido 4º (quarto) quesito era o seguinte:

"*4º) O jurado absolve o acusado*?".

Logo, ao menos pelo teor do Termo de Votação, o réu deveria ter sido absolvido.

É até possível que tenha havido erro material do escrevente ao consignar o resultado da votação, invertendo-o. Isto se mostra, mesmo provável, pois a votação prosseguiu, com análise do quesito seguinte. Ademais, houve prolação de sentença condenatória, sem qualquer insurgência das partes acerca do ponto ora em tela.

Contudo, diante do resultado expressamente anotado no Termo de Votação, não se pode descartar, com absoluta certeza, a possibilidade, ainda

Acesso ao Sumário

que menor, de que, no calor dos trabalhos, tenha havido confusão e o erro tenha consistido, não no ato de registrar o resultado, mas, sim, na interpretação da resposta.

Ou seja, como os jurados deram respostas "sim" aos três quesitos anteriores, sendo que estas foram gradualmente apontando para a condenação, existe a possibilidade, ainda que remota, de que a resposta "sim" ao 4º quesito (a que, segundo registrado, foi prolatada por maioria) tenha sido erroneamente considerada como no rumo condenatório.

Como já dito, pode ser tido como improvável que o MM. Juiz Presidente houvesse cometido tal equívoco e que isto não fosse percebido pela Defesa. Mas não é absolutamente impossível (lembrando-se que os jurados, por seu turno, não podiam se pronunciar de viva voz durante a votação, para acaso desfazer eventual engano, e nem mesmo dispunham de conhecimento técnico para, quiçá, percebê-lo durante o desenrolar da referida votação).

Havendo, pois, resquício de dúvida a respeito, a prudência recomenda a anulação do julgamento, pois, a rigor, a sentença condenatória está em descompasso com o conteúdo do Termo de Votação, do qual consta, como visto, que o E. Conselho de Sentença, por maioria (5x2), proferiu resposta afirmativa em face do quesito no qual indagado se era caso de se absolver o acusado.

Diante do exposto, *ex officio*, anula-se o julgamento levado a efeito pelo Tribunal Popular, bem como, *ipso facto*, a sentença de fls. 379/379vº, e determina-se que outro seja realizado, ficando prejudicada a análise do apelo da Defesa.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0019539-54.2010.8.26.0566, da Comarca de São Carlos, em que são apelantes R.P.S. e J.C.F., 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 aos recursos. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 29.184)**

O julgamento teve a participação dos Exmo. Desembargadores SÉRGIO COELHO (Presidente), ROBERTO SOLIMENE e AMARO THOMÉ.

São Paulo, 7 de abril de 2016.

SÉRGIO COELHO, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: Apelação. Estupro de vulnerável. Absolvição por insuficiência de provas. Impossibilidade. Autoria e materialidade comprovadas. Existência de amplo conjunto probatório, suficiente para sustentar a condenação. Palavras da vítima coerentes e harmônicas, amparadas pelos demais elementos de convicção coligidos. Conduta praticada para a satisfação da própria lascívia. Penas e regime prisional que não comportam modificação. Prequestionamento rejeitado. Recurso defensivo não provido. Com expedição de mandados de prisão.

VOTO

Pela r. sentença de fls. 405/416, cujo relatório fica adotado, J.C.F. foi condenado à pena de 14 (quatorze) anos de reclusão, em regime fechado, como incurso no artigo 217-A, c.c. o artigo 226, inciso II, e artigo 71, todos do Código Penal, e R.P.S. à pena de 09 (nove) anos e 04 (quatro) meses de reclusão, em regime inicial fechado, como incurso no artigo 217-A, c.c. o artigo 71, ambos do Código Penal.

Inconformados, apelam os sentenciados em busca da absolvição por falta de provas, ressaltando que a vítima estava prestes a completar 13 anos de idade, o que excluiria a presunção de violência. Subsidiariamente, pedem a fixação do regime inicial semiaberto, findando por apresentar prequestionamento (fls. 432/448 e 454/465)

Os recursos foram regularmente processados, com contrarrazões (fls. 467/473), manifestando-se a douta Procuradoria Geral de Justiça pelo não provimento dos apelos (fls. 480/488).

Este é o relatório.

Os recursos não merecem prosperar.

J. C.F. foi condenado porque, nas circunstâncias de tempo e lugar descritas na denúncia, de forma continuada, praticou atos libidinosos com sua enteada P.V.S.D., menor de 14 anos, beijando-a na boca, acariciando seu corpo, passando a mão em seus seios, introduzindo o dedo em sua vagina e nela fazendo sexo oral.

R.P.S. foi condenado porque, nas circunstâncias de tempo e lugar descritas na denúncia, de forma continuada, manteve conjunção carnal com P.V.S.D., menor de 14 anos, bem como sexo anal e oral.

J.C. foi ouvido em declarações em solo policial e negou ter molestado sexualmente sua enteada (fls. 27). R. também alegou inocência, negando ter até mesmo ter namorado a vítima (fls. 40).

Acesso ao Sumário

Em Juízo, J.C. disse ter sido amasiado com F. por cinco anos e negou ter abusado das filhas dela (fls. 368). R. também negou as acusações, dizendo ter sido assediado pela vítima, que mandava recados e passava na frente de sua casa, chamando-o de "gostoso", acenando e mandando beijos, porém jamais teve contato sexual com ela (fls. 352)

A negativa dos réus, contudo, restou isolada nos autos, divorciada dos demais elementos de prova.

A materialidade veio aos autos pelos boletins de ocorrência (fls. 05/06 e 11/13) e laudos de exame de corpo de delito (fls. 09, 10, 24 e 25).

A autoria é, por igual, induvidosa.

Isis de Albuquerque, terapeuta ocupacional, disse ter atendido à vítima e dela ouvido o relato do abuso sexual praticado por seu padrasto J.C., fatos que se repetiram por várias vezes quando ela tinha 12 anos de idade, quando J.C. a beijava na boca, passava a mão em suas "partes intimas" e introduzia o dedo na sua vagina. Acrescentou ter ouvido a mãe da ofendida, que narrou que também desconfiava da postura de seu companheiro. Acrescentou que a vítima disse ter mantido relação consentida com R., com quem namorou por mais de um ano e manteve conjunção carnal. Asseverou que a vítima sempre manteve o mesmo relato (fls. 332).

T.C.S. disse ter sido vizinha da vítima por dois anos, período em que ela lhe contou que o padrasto J.C. vinha "mexendo" com ela, beijando-a na boca e passando a mão por seu corpo e partes íntimas, chegando a introduzir o dedo em sua vagina, esclarecendo que não tinha contado para sua mãe, pois tinha medo do réu. Como a vítima tinha apenas 11 anos de idade, disse que contou o ocorrido para a mãe dela, sendo os fatos posteriormente confirmados pela ofendida. Acrescentou que, depois disso, soube que a ofendida se relacionava sexualmente com um rapaz, que era casado e tinha filhos (fls. 333).

P.C.S., irmã da ofendida, afirmou que esta lhe contou os fatos e asseverou que também foi abusada por J.C., quando ele namorava sua mãe. Disse que J.C. praticava atos libidinosos consigo, chegando a introduzir o dedo na sua vagina, comportamento que cessou quando completou 15 anos e passou a impedir os avanços do réu. Disse não ter contado antes por medo de J.C., que ameaçava matar sua mãe. Quanto a R., afirmou que P. gostava dele e, por isso, mantinha relação sexual consentida com ele (fls. 334/335).

A delegada de polícia Denise Gobbi Szakal disse ter atendido a vítima na delegacia, a qual, inicialmente, narrou somente os fatos envolvendo R., com quem admitiu que tinha relações sexuais consentidas. Em outra ocasião, a ofendida retornou e narrou os fatos ocorridos com J.C., seu padrasto, dizendo que vinha acontecendo desde que ela tinha 06 anos de idade. Acrescentou que P., irmã da vítima, também mencionou ter sofrido abusos por parte de J. C., porém

Acesso ao Sumário

ela já era maior de idade e não quis representar (fls. 336).

J.P. nada acrescentou de relevante para o esclarecimento dos fatos (fls. 337).

S.M.C.C.S. disse que conviveu com R. e que a vítima morava nas proximidades, porém nunca soube da existência de relacionamento entre eles. Acrescentou que achava o comportamento da vítima estranho, porque ela olhava para R. de forma diferente e postava fotos no "Orkut" com o réu (fls. 338).

L.C.C.S. não presenciou os fatos (fls. 339 e 351).

R.D.P.S., mãe de R., disse que a vítima costumava procurá-lo e se insinuar para ele (fls. 340).

V.E.S. relatou que a vítima demonstrava interesse por R., porém nunca o viu conversando com ela (fls. 350).

A vítima P.V.S.D. disse que, a partir dos seus 6 ou 7 anos de idade, e por inúmeras vezes, foi submetida à pratica de atos libidinosos por parte de seu padrasto, que a beijava na boca e no corpo, além de introduzir o dedo em sua vagina, esfregar o pênis no seu órgão genital, além de obriga-la a fazer sexo oral (fls. 15/16, 22 e 348/mídia).

Vale ressaltar, por oportuno, que em tema de crime sexual, conforme pacífica orientação jurisprudencial, a palavra da vítima é de inquestionável valia e se sobrepõe à negativa de autoria do acusado. Assim, nesta modalidade de crime, geralmente praticada às escondidas, sem nenhuma testemunha presencial, as palavras das vítimas se não são desmentidas e se não se revelam incoerentes ou mesmo duvidosas e ainda se não são contrariadas por outros elementos probatórios obtidos no decorrer da tramitação processual, devem ser aceitas integralmente como aptas a fornecer o subsídio necessário à condenação.

Frise-se, por relevante, que pequenas "contradições", nos relatos da vítima, se é que existiram, não têm o condão de enfraquecer o conjunto probatório, até porque, naquilo que é mais importante, no núcleo da descrição fática, os relatos são coerentes. A propósito, segundo a doutrina e jurisprudência, "*As pequenas contradições na prova decorrem das próprias imperfeições do psiquismo humano, agravadas, em geral, pelas condições em que a prova é realizada. Assim, de se desconfiar do testemunho demasiado perfeito, sendo, sim, importante, verificar se, embora discrepantes em detalhes mínimos, concordam os depoimentos nos pontos essenciais, quanto às circunstâncias decisivas do fato*" (Apelação nº 583.153/2 - 7ª Câmara - Relator Juiz José Habice - j. 05/04/90 - ***RJDTACRIM*** 6/78). "*Pequenas divergências existentes nos depoimentos colhidos não têm o condão de anular a prova oral, não havendo que se cogitar em imprestabilidade das declarações se a contradição diz respeito a fatos de somenos importância, pois, a par das pequenas divergências serem inerentes às imperfeições do psiquismo humano, somadas ainda às condições, muitas*

Acesso ao Sumário

vezes precárias, da colheita da prova, é bem de ver que o essencial é saber se, no fundo, o dictum, tido como discrepante, guarda o mesmo sentido". (Apelação nº 991.973/9 - 11ª Câmara - Relator Juiz Xavier de Aquino - j. em 31/01/96 - ***RJTACRIM*** 29/196). "*Pequenas contradições nos depoimentos acusatórios não têm o condão de anular a prova oral, se estes são unânimes quanto ao principal*" (Apelação nº 1.085.033/8 - 14ª Câmara - Relator Juiz Oldemar Azevedo - j. em 27/01/98 - ***RJTACRIM*** 37/335). "*Pequenas incoincidências em detalhes não infirmam o valor da prova, suscetível de análise contextual. O sistema da livre apreciação propicia ao juiz valer se também de sua experiência comum, chegando ao convencimento em virtude de adequada análise de todos os elementos contidos nos autos, sem desatentar do normalmente ocorrível*" (Apelação n.º 1.098.767/8 - 11.ª Câmara - Relator Juiz Renato Nalini - j. em 11/05/98 - ***RJTACRIM*** 39/253).

Nessa conjuntura, é bem de ver que o desfecho condenatório era mesmo de rigor. De fato, o quadro probatório é de inabalável solidez e não deixa a menor dúvida quanto à procedência das imputações, não havendo que se falar em absolvição dos réus, seja por não haver prova da existência do crime, seja por insuficiência do conjunto probatório.

Ressalto que consentimento da vítima é irrelevante e não têm o condão de afastar a condenação, porquanto inabalável a proteção conferida aos menores de quatorze anos. A cominação de pena àquele que pratica conjunção carnal ou outro ato libidinoso com menos de 14 anos contida no *caput* do artigo 217-A do Código Penal é clara e não oferece ao intérprete ou aplicador da lei possibilidade de inserção de informação de caráter subjetivo em relação a eventual consentimento da vítima.

Certo é que os menores de quatorze anos não possuem desenvolvimento físico e psicológico completo, o que atesta que a vítima não possuía discernimento para consentir tal ato, tendo, pois, a presunção de violência, caráter absoluto.

Nesse sentido, os seguintes julgados dos Tribunais Superiores: "*HABEAS CORPUS. ESTUPRO. VIOLÊNCIA PRESUMIDA. VÍTIMA MENOR DE 14 ANOS. CONSENTIMENTO. IRRELEVÂNCIA. REVOGAÇÃO PELA LEI N.º 12.015/09. NOVATIO LEGIS IN PEJUS. ABOLITIO CRIMINIS INEXISTENTE. 1. A presunção de violência, anteriormente prevista no art. 224, alínea a, do Código Penal, tem caráter absoluto, afigurando-se como instrumento legal de proteção à liberdade sexual da menor de quatorze anos, em face de sua incapacidade volitiva, sendo irrelevante o seu consentimento para a formação do tipo penal do estupro. 2. Embora a Lei n.º 12.015/09 tenha retirado do texto penal incriminador a figura da violência presumida, não se verifica, na espécie, hipótese de abolitio criminis, já que o novo texto legal, que substituiu o art. 224, alínea a, do Código Penal, impõe uma obrigação geral de abstenção de conjunção carnal e de ato libidinoso com menores de 14 anos – art. 217-A,*

Acesso ao Sumário

do mesmo Diploma Repressivo. 3. Ordem denegada." (STJ, HC 83788/MG, relª. Ministra Laurita Vaz, j. 29/09/2009). *"EMENTA HABEAS CORPUS. ESTUPRO. VÍTIMA MENOR DE QUATORZE ANOS. CONSENTIMENTO E EXPERIÊNCIA ANTERIOR. IRRELEVÂNCIA. PRESUNÇÃO DE VIOLÊNCIA. CARÁTER ABSOLUTO. ORDEM DENEGADA. 1. Para a configuração do estupro ou do atentado violento ao pudor com violência presumida (previstos, respectivamente, nos arts. 213 e 214, c/c o art. 224, a, do Código Penal, na redação anterior à Lei 12.015/2009), é irrelevante o consentimento da ofendida menor de quatorze anos ou, mesmo, a sua eventual experiência anterior, já que a presunção de violência a que se refere a redação anterior da alínea a do art. 224 do Código Penal é de caráter absoluto. Precedentes (HC 94.818, rel. Min. Ellen Gracie, DJe de 15/8/08). 2. Ordem denegada*." (STF, HC 97052/PR, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 16/08/2011).

No mesmo sentido outros julgados do Pretório Excelso: 2ª T., HC 74.700/PR, rel. Min. Maurício Correa, DJU de 09/05/97, pág. 18.130; 1ª T., HC 74.286/SC, rel. Min. Sydney Sanches, DJU de 04/04/97, pág. 10.521 ou RTJ, 130/802; 1ª T., HC 74.580/SP, rel. Min. Ilmar Galvão, DJU de 07/03/97, pág. 5.403; 2ª T., 1ª T., HC 69.084/RJ, rel. Min. Ilmar Galvão, DJU de 03/04/92, pág. 4.290 ou RTJ, 141/203; 2ª T., HC 76.246/MG, rel. Min. Carlos Velloso, DJU de 20/04/01, pág. 00106; 1ª T., REsp 108.267/PR, rel. Min. Sydney Sanches, DJU de 05/05/97, pág. 7.162. Há, ainda, precedentes do Superior Tribunal de Justiça: 5ª T., REsp 250.305/SC, rel. Min. Laurita Vaz, DJU de 05/05/03 ou RT, 816/521; 5ª T., AgRg no REsp 1.154.574/MG, rel. Min. Laurita Vaz, DJe de 04/09/13 e 5ª T., AgRg no REsp 1.110.889/SC, rel. Min. Jorge Mussi, DJe de 15/02/13.

Em suma, o quadro probatório, bem examinado pela r. sentença, convence que os apelantes cometeram os crimes pelos quais se viram condenados, não havendo que se falar em absolvição por insuficiência de provas.

As reprimendas foram criteriosamente aplicadas e não comportam modificação.

Quanto a R., a básica foi fixada no mínimo legal, 08 (oito) anos, e sofreu aumento mínimo de 1/6 (um sexto) pela continuidade delitiva, tornando-se definitiva em 09 (nove) anos e 04 (quatro) meses de reclusão.

Em relação a J.C., a básica também restou fixada no mínimo legal, 08 (oito) anos, seguindo-se o aumento de ½ (metade), por ser o réu padrasto da vítima (artigo 226, inciso II, do Código Penal), atingindo 12 (doze) anos de reclusão, e, por fim, outro acréscimo, agora na fração de 1/6 (um sexto), em razão da continuidade delitiva, totalizando 14 (quatorze) anos de reclusão.

Tendo em vista a natureza hedionda dos delitos e o "quantum" de penas aplicadas, o regime inicial fechado é o único cabível.

Para que não fique sem registro, destaco, ainda, que, para fins de

Acesso ao Sumário

prequestionamento, é desnecessária a expressa menção a dispositivos legais, bastando que tenha havido discussão acerca do tema. Nesse sentido: "*PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. FALTA DE PREQUESTIONAMENTO. AUSÊNCIA DE EMISSÃO DE JUÍZO DE VALOR. 1. A jurisprudência desta Corte entende necessário, para considerar prequestionada determinada questão jurídica, que o aresto recorrido tenha emitido juízo de valor sobre esta, "não obstante se possa considerar prescindível a expressa menção ao artigo de lei (CARNEIRO, Athos Gusmão. Recurso Especial, Agravo e Agravo Interno". Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2003, pág. 31). 2. Agravo regimental desprovido*." (STJ - AgRg no REsp nº 596755/RS, Relatora Ministra Denise Arruda, 1ª Turma, j. 17/11/2005).

Por fim, mantida a condenação dos apelantes, observo ser necessária a expedição imediata dos mandados de prisão, a fim de que os réus iniciem o cumprimento das penas que lhes foram impostas, independentemente do trânsito em julgado do presente acórdão, tal como entendeu o plenário do E. Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento do HC 126.292/SP, em 17 de fevereiro de 2016, Relator o E. Ministro Teori Zavascki.

Ante o exposto, nego provimento aos recursos defensivos, mantendo, na íntegra, a r. sentença monocrática, expedindo-se mandados de prisão.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0023664-22.2014.8.26.0050, da Comarca de São Paulo, em que é apelante A.L.F., 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: "Em cumprimento do AREsp 811.437/SP, do E. Superior Tribunal de Justiça, deram provimento ao apelo do réu em maior extensão para, sacada das penas a fração pela reincidência, ora compensada com a confissão, reduzi-las nas seguintes proporções: (i) pelos crimes de roubo majorado merecerá o total de 8 anos, 5 meses e 15 dias de reclusão, além de ter de efetuar o pagamento do equivalente a 15 dias-multa, cada unidade como arbitrada na r. sentença regime inicial fechado; e (ii) pelo crime de resistência merecerá 3 meses de detenção, começando no regime inicial semi-aberto. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 31.783)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores SÉRGIO COELHO (Presidente) e SOUZA NERY.

São Paulo, 14 de abril de 2016.

Acesso ao Sumário

ROBERTO SOLIMENE, Relator

Ementa: Apelação em que se promove a readequação da dosimetria das penas em cumprimento de aresto do E. STJ, o qual mandou compensar confissão e reincidência. Apelo provido em maior extensão.

VOTO

Relatório

Na audiência de 24.6.2014, o MM Juiz da E. 17ª Vara Criminal da Capital condenou o apelante A.L.F. (fls. 163/171) e esta 9ª Câm. de Direito Criminal, na sessão de 291.2015 reduziu as penas (fls. 242/257), não tendo o apelante sucesso na interposição de recursos para as Cortes Superiores.

Contudo, cf. telegrama de fl. 319, o E. Superior Tribunal de Justiça, em decisão monocrática do Min. FRANCISCO FALCÃO, no AREsp 811.437, publ. 15.12.2015, conheceu do agravo "para DAR PROVIMENTO ao recurso especial e determinar a remessa dos autos à origem para que (se) proceda à nova dosimetria, devendo se compensar a agravante da reincidência com a atenuante da confissão espontânea" (*verbis*).

É o relatório.

Voto n. 31.783

1. Esta Câm., voto deste relator, reduziu parcialmente as sanções aplicadas no apelante A.L.F. (ou ALF, no sítio eletrônico do E. STJ).

2. Integra este aresto o relatório exarado em meu voto n. 25.410 (apelo originariamente julgado), o qual transcrevo a seguir:

"Cuida-se de apelação interposta contra a r. sentença de fls. 163/171, que julgou parcialmente procedente a denúncia formulada em desfavor de A. L. F., incurso nos arts. 157, §2º, inc. I e II, por duas vezes, na forma do art. 71, e 329, todos do Cód. Penal, impondo-lhe, respectivamente, as penas de 9 (nove) anos, 8 (oito) meses e 3 (três) dias de reclusão, mais o pagamento de 48 (quarenta e oito) dias-multa e 3 (três) meses e 15 (quinze) dias de detenção.

O regime inicial para o cumprimento das penas foi fixado no meio mais severo e a unidade de cada dia-multa restou estabelecida no valor unitário mínimo legal.

Irresignado, o apelante busca a absolvição a pretexto de fragilidade probatória. Em caráter subsidiário, requer a redução da pena na primeira etapa ao mínimo legal, afastando-se, ademais, a incidência do concurso formal e seja compensada a atenuante da confissão com a agravante da reincidência.

Apresentadas as contrarrazões (fls. 216/220), os autos foram ter à D.

Acesso ao Sumário

Procuradoria Geral de Justiça, que deu seu r. parecer pelo desprovimento do recurso (fls. 230/234)".

3. Na mesma sessão de 29.1.2015, como posto no relatório, esta turma editou o seguinte dispositivo, agora alterado por força do AREsp 811.437/SP, do E. STJ, confira-se:

"Ante o exposto, dou provimento parcial ao recurso, a fim de redimensionar o regime prisional do crime de resistência para o semiaberto e reduzir a pena de multa imposta para 28 (vinte e oito) dias-multa, no mínimo legal, mantido, no mais, a r. sentença".

4. Em cumprimento da ordem do Min. Francisco Falcão, repito, encontrável a fl. 319 e conferida no sítio eletrônico do E. STJ, procedemos, então, ao redimensionamento da dosimetria. Anote-se, mais uma vez, a expressa determinação daquela Corte: AREsp 811437, rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, publ. 15.12.2015:

"(...) 1. É possível, na segunda fase da dosimetria da pena, a compensação da atenuante da confissão espontânea com a agravante da reincidência. 2. Recurso especial provido. In casu, verifica-se que o v. acórdão recorrido está em confronto com o entendimento firmado por este c. Tribunal Superior, razão pela qual, com fulcro no art. 544, § 4º, II, "c" do CPC, c/c art. 1º da Resolução STJ n.º 17/2013, CONHEÇO do agravo para DAR PROVIMENTO ao recurso especial para determinar a remessa dos autos à origem para que proceda à nova dosimetria, ***devendo se compensar a agravante da reincidência com a atenuante da confissão espontânea****. Publique-se. Intimem-se. Brasília (DF), 25 de novembro de 2015. MINISTRO FRANCISCO FALCÃO, Presidente".*

4.1 **Em relação aos crimes de roubo** (cálculo originário a fls. 168 e 169)

Pena-base: 4 anos e 8 meses de reclusão, mais o pagamento de 11 dias-multa. Compensada reincidência com confissão e cancelada a fração. Mais um terço (1/3) pelo concurso de agentes e emprego de arma, subiu a sanção para 6 anos, 2 meses e 20 dias de reclusão, mais 14 dias-multa. Mais um sexto (1/6) por importar concurso formal, subindo para 7 anos, 3 meses e 3 dias de reclusão, mais o pagamento de 16 dias-multa. E, por fim, mais um sexto (1/6) agora pelo crime continuado, importando um total de 8 anos, 5 meses e 15 dias de reclusão, além do pagamento de 15 dias-multa, cada unidade como arbitrada na r. sentença.

Regime fechado.

4.2 **Em relação ao crime de resistência** (cálculo originário a fl. 170).

Os maus antecedentes fizeram o MM Juiz elevar a reprimenda a 3 meses de detenção, intocada no recurso de apelação, inexistente determinação no AREsp 811.437/SP para qualquer alteração naquele ponto, a não ser no que diz respeito ao regime inicial, semi-aberto (fls. 170 e 257).

Acesso ao Sumário

E esta fica a reprimenda definitiva no tocante a tal modalidade de infração, pois agregada fração pela reincidência ora compensada com a confissão.

Ante o exposto, em cumprimento do AREsp 811.437/SP, do E. Superior Tribunal de Justiça, **dou provimento ao apelo do réu em maior extensão** para, sacada das penas a fração pela reincidência, ora compensada com a confissão, reduzi-las nas seguintes proporções: **(i) pelos crimes de roubo majorado** merecerá o total de 8 anos, 5 meses e 15 dias de reclusão, além de ter de efetuar o pagamento do equivalente a 15 dias-multa, cada unidade como arbitrada na r. sentença regime inicial fechado; e **(ii) pelo crime de resistência** merecerá 3 meses de detenção, começando no regime inicial semi-aberto.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0001414-79.2014.8.26.0604, da Comarca de Sumaré, em que é apelante DONIZETE NARCISO DE NOVAIS, 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, para afastar a agravante prevista no artigo 61, inciso II, alínea "f", do Código Penal, em relação ao crime de lesão corporal (CP, art. 129, § 9º), sem reflexo no resultado final da dosimetria, mantida, no mais, a r. sentença. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 6.125)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores SÉRGIO COELHO (Presidente sem voto), LAURO MENS DE MELLO e SOUZA NERY.

São Paulo, 14 de abril de 2016.

AMARO THOMÉ, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: AMEAÇA E LESÃO CORPORAL NO ÂMBITO DOMÉSTICO – PRETENDIDA A ABSOLVIÇÃO POR AUSÊNCIA DE PROVA QUANTO À EXISTÊNCIA DO FATO – NÃO ACOLHIMENTO - AUTORIA E MATERIALIDADE DELITIVAS DEMONSTRADAS – PLEITO SUBSIDIÁRIO DE APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INTERVENÇÃO MÍNIMA, POR AUSÊNCIA DE LESÃO AO BEM JURÍDICO TUTELADO

– INADMISSIBILIDADE – FATO DOTADO DE EXPRESSIVA RELEVÂNCIA SOCIAL – AGRAVANTE PREVISTA NO ARTIGO 61, INCISO II, ALÍNEA "F", DO CÓDIGO PENAL, AFASTADA *EX OFFICIO* EM RELAÇÃO AO ART. 129, § 9º – *BIS IN IDEM* CONFIGURADO – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO, SEM REFLEXO NA DOSIMETRIA.

VOTO

Cuida-se de apelação interposta por **Donizete Narciso de Novais** contra a r. sentença de fls. 69/71, que o condenou ao cumprimento de 04 meses de detenção, como incurso nos artigos 129, §9º e artigo 147, *caput*, c. c. o artigo 61, inciso II, alínea "f", na forma do artigo 69, todos do Código Penal. A pena privativa de liberdade foi suspensa nos termos do artigo 77, mediante cumprimento das condições previstas no artigo 78, §§ 1º e 2º, ambos do Código Penal.

Em suas razões, a defesa recorre, postulando sua absolvição, com fundamento no artigo 386, inciso II, do Código de Processo Penal, ou, subsidiariamente, pela aplicação do princípio da intervenção mínima (fls. 86/94).

O recurso foi contrarrazoado pelo digno representante do Ministério Público (fls. 110/113).

A fls. 121/123 opina a Douta Procuradoria-Geral de Justiça pelo não provimento do recurso.

É o relatório.

O réu foi denunciado porque, no dia 24 de dezembro de 2013, por volta das 15h00min, na rua da Amizade, nº 311, bairro Jardim Aclimação, na comarca de Sumaré, ofendeu a integridade física de sua esposa *Roseli Bispo dos Santos Novais*, causando-lhe lesões corporais de natureza leve.

Consta ainda que, no dia 26 de dezembro de 2013, por volta das 10h00min, no mesmo local, o acusado ameaçou sua esposa *Roseli Bispo dos Santos Novais*, por palavras, de causar-lhe mal injusto e grave (01D/03D).

A materialidade encontra-se evidenciada pela portaria (fl. 02), boletim de ocorrência (fls. 03/05), laudo de exame de corpo de delito (fls. 15), bem como pela prova oral colhida.

O referido laudo, com efeito, concluiu que a vítima sofreu lesões de natureza leve, descrevendo: "*Apresenta-se com hematomas na região medial de braços e região anterior de antebraço esquerdo*".

A autoria delitiva, de igual modo, restou suficientemente comprovada

Acesso ao Sumário

pela prova oral, que se harmoniza perfeitamente com os demais elementos probantes existentes nos autos.

Em sede administrativa, o acusado alegou que a ofendida foi quem iniciou a agressão física, e apenas segurou-a pelos braços para impedir que prosseguisse. Admite que proferiu ameaças de morte, argumentando que o fez porque estava muito nervoso (fls. 20/21).

Em Juízo, confessou ter agredido e ameaçado a esposa. Esclarece que o relacionamento estava desgastado, suspeitava que ela estivesse mantendo relacionamento extraconjugal, e perdeu a cabeça ao ver uma mensagem recebida no celular da esposa. Por isso, apertou com força os braços dela, deixando marcas. Admite também ter proferido ameaças de morte, porque estava nervoso, e "*na hora fala tanta coisa, aquele desgaste*" (fls. 52/54).

A confissão do acusado encontra amparo nas demais provas produzidas nos autos.

A vítima, **Roseli Bispo dos Santos Novais**, informa que o acusado pegou-a pelos braços, lesionando-a. Após alguns dias, o recorrente ainda a procurou, desta feita para fazer ameaças, dizendo que a mataria (fls. 47/49).

As declarações prestadas pela vítima são coerentes, lógicas e precisas e foram corroboradas pelos informes colhidos na instrução, razão pela qual se afirma que o conjunto probatório fornece certeza quanto à autoria e materialidade delitiva.

Relevante destacar que, as palavras da vítima devem ser consideradas com especial relevância, pois os casos de violência doméstica, em sua maioria, ocorrem no interior da residência, restrito apenas às partes envolvidas.

Nesse sentido:

"APELAÇÃO CRIMINAL. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA. LESOES CORPORAIS. PALAVRA DA VÍTIMA. ***Em crimes decorrentes de violência doméstica, a palavra da vítima é de suma relevância, principalmente quando vem acompanhada de prova da materialidade do delito e depoimento de testemunha****. Caso em que o réu não trouxe aos autos nenhum elemento de prova capaz de desfazer a versão trazida na peça acusatória. Materialidade e autoria comprovadas. Sentença mantida. APELAÇÃO IMPROVIDA."* (TJ-RS - ACR: 70054864707 RS, Relator: José Ricardo Coutinho Silva, Data de Julgamento: 21/05/2014, Primeira Câmara Criminal, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 13/06/2014).

Daiane Karoline Santos de Novais confirmou as agressões e as ameaças sofridas por sua genitora (fls. 50/51).

O laudo de exame de corpo de delito comprova de modo satisfatório a materialidade em relação ao crime de lesão corporal.

Acesso ao Sumário

Da mesma forma, com relação ao crime de ameaça, a prova dos autos não deixa qualquer dúvida sobre a existência do delito. O réu ameaçou a vítima, mediante palavras, de causar-lhe mal injusto e grave (disse que a mataria).

O fato de ter sido proferida uma ameaça em um momento de ira ou nervosismo não torna o fato atípico, não tendo o condão de afastar a seriedade e idoneidade da ameaça. A vontade livre e direta de produzir medo ou receio restou comprovada por todos os elementos probatórios dos autos, inclusive pelo próprio teor da ameaça.

Nesse sentido:

"O crime de ameaça é formal e se consuma no momento em que a vítima dela tem conhecimento. Irrelevante sua efetiva consumação, mas bastante o propósito de causar temor, inquietação ou sobressalto, para que se tenha consumada a infração. Se a vítima ficou com sua liberdade psíquica afetada pelas ameaças reiteradas do acusado, a ponto de procurar a polícia para pedir proteção, não já negar a existência do delito do art. 147 do CP. O dolo se caracteriza ainda que o sujeito ativo não tivesse a intenção de praticar o mal prometido." (TAMG – AC – Relª. Myriam Saboya – RT 738/691-692).

Não comporta acolhimento, assim, a alegação de que o contexto da discussão retiraria a seriedade da intimidação, uma vez que grande parte das ameaças é efetuada neste contexto de ira do agente, sendo muito mais um propulsor do crime do que uma excludente.

Confira-se:

"Em tema de ameaça, a ira do agente não anula a vontade de intimidar. Impõe-se a solução, máxime porque ameaça de pessoa irada, ainda que carente de seriedade, basta para incutir temor na vítima." (TACRIM-SP – AC – Rel. Silva Franco – JUTACRIM 94/112).

"A ameaça feita por encolerizado tem maior energia intimidativa, é mais convincente do que a produzida a frio. Na verdade, ressalvada a hipótese de mensageiro 'mafioso', se a ameaça é produzida a frio, isto é, se o ameaçador mostra-se perfeitamente sereno, britanicamente fleugmático, radicalmente isento de paixões, e aparenta ter completo domínio de seus nervos, então de duas uma: a) é mentalmente desequilibrado, ou b) está pilheriando. Aí, sim, inexiste crime." (TACRIM-SP – AC – Rel. Corrêa de Moraes – RJD 28/37).

"Ira, cólera, exaltação de ânimo não despojam de força intimidativa e de seriedade ameaçadora o anúncio de oportuna causação de mal injusto e grave, o que é especialmente verdadeiro para a hipótese de ameaça de morte, pois a observação do que ordinariamente acontece demonstra, sem deixar margem à dúvida, que a maior parte dos homicídios é fruto

Acesso ao Sumário

daqueles estados de alma." (TACRIM-SP – HC – Rel. Corrêa de Moraes – RJD 20/183).

Por fim, o princípio da intervenção mínima, também conhecido como princípio da *ultima ratio,* possui dois aspectos, um político e outro jurídico. Politicamente, a *ultima ratio* norteará a formulação de tipos penais pelo legislador, que deverá escolher somente aqueles bens jurídicos mais relevantes e, portanto, merecedores da tutela penal. Juridicamente, a *ultima ratio* é o fundamento do princípio da insignificância que, dentre os bens jurídicos relevantes escolhidos pelo legislador, sempre no plano abstrato, irá identificar, no caso concreto, a efetiva lesão ao bem jurídico e se há necessidade de tutela caso a caso.

No presente caso, os tipos penais deverão ser aplicados, pois vigentes. No mais, não há que se falar em insignificância, nem ausência de lesão aos bens jurídicos. Para ser considerado como infração de menor relevância, o fato há de ser totalmente desvestido de expressividade social, o que não ocorre no presente caso, iguais a muitos que, em razão da maior vulnerabilidade das ofendidas, mereceu tratamento mais austero por parte do legislador.

A condenação, portanto, era mesmo a única solução admissível.

No que se refere à sanção aplicada, é necessário pequeno reparo, conforme adiante se verá.

Na **primeira fase**, a pena foi fixada no mínimo legal, ou seja, em 03 meses de detenção para o delito de lesão e 01 mês de detenção para o delito de ameaça, uma vez ausentes circunstâncias judiciais desfavoráveis.

Na **segunda fase** a pena foi exasperada em 1/6, pois presente a agravante prevista no artigo 61, inciso II, alínea "f", do Código Penal, resultando em 01 mês e 05 dias de detenção, para o delito de ameaça e 03 meses e 15 dias para o delito de lesão.

Houve equívoco ao se reconhecer a agravante em relação ao crime de lesão corporal, na medida em que o tipo penal já a considera como elemento apto a estabelecer preceito secundário diferenciado, e nova majoração, em razão da mesma causa (prevalecendo-se de relações domésticas) importou no inaceitável *bis in idem*. Por tal razão, fica afastada essa majoração, e a pena, em relação ao crime de lesões corporais retorna ao mínimo legal, ou seja, 03 meses de detenção.

Reconhecida, ainda, a atenuante da confissão espontânea, com o que a pena em relação ao crime de ameaça deve ser diminuída em 1/6, sendo reconduzida, também, ao patamar mínimo.

Não se pode olvidar ser inviável reduzir a reprimenda para patamar aquém do mínimo legal, a teor da Súmula nº 231, do Col. STJ: "*a incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal*.".

Acesso ao Sumário

Por fim, na **terceira fase**, ausentes causas de aumento e diminuição, as penas são tornadas definitivas.

Configurado o concurso material entre as infrações, as penas devem ser somadas, resultando em 04 meses de detenção.

O regime inicial aberto para cumprimento das penas mostrou-se adequado, nos termos do art. 33, § 2º, alínea *c*, do Código Penal, em razão da quantidade da pena imposta ao apelante.

No mais, mantenho a suspensão condicional da pena aplicada pelo Juízo de Primeiro Grau, uma vez que preenchidos os requisitos do art. 77, do Código Penal.

Ante o exposto, dou parcial provimento ao recurso, para afastar a agravante prevista no artigo 61, inciso II, alínea "f", do Código Penal, em relação ao crime de lesão corporal (CP, art. 129, § 9º), sem reflexo no resultado final da dosimetria, mantida, no mais, a r. sentença.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0024852-89.2011.8.26.0071, da Comarca de Bauru, em que é apelante E.S., 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 I. Defensor, Dr. Evandro Dias Joaquim, 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 22.139)**

O julgamento teve a participação dos Exmo. Desembargadores IVAN SARTORI (Presidente) e EUVALDO CHAIB.

São Paulo, 19 de abril de 2016.

EDISON BRANDÃO, Relator

Ementa: APELAÇÃO – ESTUPRO DE VULNERÁVEL E FACILITAÇÃO E ACESSO A CENA DE SEXO EXPLÍCITO – Alegações preliminares inconsistentes – Denúncia apta, correlação entre ela e a sentença, motivada, desnecessidade de interrogatório a réu revel – Mérito – Prova segura, formada pela palavra da vítima, não maculada – Ausência de insurgência contra

Acesso ao Sumário

dosimetria e regime prisional – Sentença mantida – Recurso desprovido.

VOTO

Cuida-se de recurso de apelação interposto por E.S. contra a r. sentença de fls. 112/115 e 133 que o condenou por incursão ao art. 217-A, c.c. o art. 71, ambos do Código Penal, em concurso material com o art. 241-D, § único, I, do Estatuto da Criança e do Adolescente, a pena de 10 anos e 04 meses de reclusão, em regime inicial fechado, mais **10 dias-multa, no piso.**

Inconformada, a defesa elencou preliminares apontando ausência de correlação entre a denúncia e a sentença; inépcia da denúncia por descumprimento dos requisitos do art. 41 do CPP, que não descreveria continuidade delitiva ou pedido de condenação no art. 241-D, § único, I, do ECA; inaplicabilidade do art. 383, do CP, em relação à continuidade delitiva no crime de estupro de vulnerável; ausência de "motivação fática", já que o laudo pericial é inconclusivo. Repete, ainda, os pleitos de nulidade por ausência de interrogatório e de ausência de abertura de prazo para diligências, nos termos do art. 402 do CPP, com ofensa ao contraditório e à ampla defesa. No mérito, busca absolvição por insuficiência de provas reclamando falta de prova material e inversão da ordem das oitivas. Aponta, ainda, defeitos morais e psicológicos na vítima, que teria prestado depoimento incoerente e, ainda, tendenciosidade de sua mãe, que teria interesse na causa e, portanto, não tem isenção emocional (fls. 148/215).

Ofertadas as contrarrazões (fls. 229/234), a Douta Procuradoria Geral de Justiça, em seu parecer, opinou pela rejeição das preliminares e improvimento do recurso (fls. 243/253).

Relatei.

A série de preliminares, malgrado o esforço defensivo, não merece acolhimento.

Não há falar-se em denúncia inepta por ausência de descrição das condutas que configuram a prática de atos libidinosos, muito menos em falta de correlação entre a peça inaugural a sentença.

Ao contrário do afirmado, há na denúncia a correta descrição de fatos ("mais de uma vez, chegou a beijá-la na boca a força", "ficava 'esfregando' o 'pipi' na sua 'perereca'", "chegou a passar a mão em suas nádegas"), praticados no dia 08 de março de 2011 e "a partir de 2010" e, portanto, descreve a continuidade delitiva.

Aponta, ainda, a prática do crime previsto no art. 241-D, § único, I, do ECA ao indicar que "o denunciado colocou filmes pornográficos para assistirem juntos".

O fato de não ter sido inserida, explicitamente, a capitulação jurídica na

Acesso ao Sumário

denúncia, não impediu a ampla defesa, já que o acusado se defende dos fatos e não do enquadramento ofertado pelo Ministério Público que, inclusive, pode ser alterado pelo magistrado.

Resta evidente a relação da decisão combatida com os princípios jura novit curia – "o juiz conhece o direito" – e do narra mihi factum, dabo tibi jus – "dá-me o fato, dar-te-ei o direito" – tratando aquele magistrado de enquadrar sua decisão à causa de pedir e ao pedido do d. membro do Ministério Público.

Dessa forma, o magistrado pode decidir conforme seu livre convencimento, lançando mão da legislação que entender aplicável.

A propósito:

"(...)

6. O artigo 93 da CF não resta violado porquanto o juiz não está obrigado a julgar a questão posta a seu exame conforme o pleiteado pelas partes, podendo fazê-lo conforme o seu livre convencimento, utilizando-se dos fatos, provas, jurisprudência, aspectos pertinentes ao tema e da legislação que entender aplicável ao caso. (iura novit curia)

(...)"

(AI 794759 AgR, Relator: Min. Luiz Fux, Primeira Turma, j. 13/04/2011).

O réu, regularmente intimado para audiência de instrução e julgamento, ausentou-se do ato sem qualquer justificativa, que poderia ter sido apresentada por seu defensor, que estava presente no ato, mas quedou-se silente e, por isso, correta a decretação de sua revelia.

Se é certo que mesmo revel poderia se apresentar para interrogatório, também é certo que antes de encerrada a instrução, não rompeu a inércia e, portanto, não pode agora buscar beneficiar-se da própria torpeza.

A questão do interrogatório, de qualquer modo, já foi apreciada no juízo a quo, em sede de embargos de declaração, o mesmo ocorrendo em relação ao pedido de realização de exame psicossocial, indeferido à fls. 92.

Devidamente intimado, não compareceu à audiência de instrução, oportunidade em que sua revelia foi decretada e, na sequência, a defesa insistiu no depoimento de testemunha não localizada, sendo concedido prazo para apresentação de seu endereço, bem como designada data para nova audiência (fls. 78).

Dias depois, entretanto, a mesma defesa desistiu da oitiva da testemunha ausente, silenciando sobre o interrogatório (fls. 79).

Somente depois de encerrada a instrução, o defensor requereu perícia psicossocial, bem como a suspensão dos efeitos da revelia, acenando a possibilidade de comparecimento em audiência para depoimento pessoal (fls. 90), mas já não havia mais audiência a ser realizada.

Não havia, ainda, necessidade de abertura de prazo para fins do art. 402

Acesso ao Sumário

do CPP, que se destina ao cumprimento de diligências faltantes para a formação da convicção e consequente edição de uma resposta jurisdicional.

A alegação defensiva de que ficou privada da realização de estudo psicossocial, não é suficiente para gerar qualquer nulidade, pois o art. 422 do mesmo Estatuto Processual indica que tal requerimento deveria ter sido feito logo depois da audiência em que ouvida a vítima e, ainda, baseada em motivo plausível que indicasse a necessidade de tal exame, circunstância ausente vez que a defesa não apontou nenhuma razão que justificasse tal perícia.

A crítica ao laudo pericial, de exame de corpo de delito, inconclusivo, e à fundamentação da sentença, confundem-se com o mérito e, com ele, serão melhor analisadas.

Repilo, portanto, as questões preliminares.

Consta da denúncia, resumidamente, que no dia 08 de março de 2011, por volta das 19h00, em sua residência, E. praticou atos libidinosos com a vítima D.C.L.R., então com 10 anos de idade. Segundo apurado, a ofendida costumava ir à casa do réu para brincar com o filho de sua enteada, L., que tinha a mesma idade, tendo frequentado o local por muito tempo e, a partir de 2010, ele começou a "mexer" com ela. Certa feita E. lhe ofereceu R$ 15,00 para chupá-lo e, em seguida, mais R$ 10,00 caso ela o deixasse lambê-la. O réu chegou a dizer que a "perereca" da sua esposa era peluda e ele não gostava, queria a dela, que era "raspadinha". Algumas vezes, quando L. se afastava, o réu colocou filmes pornográficos para assistirem juntos. Ele, ainda, chegou a comentar que sua esposa (L.) o acusou de fazer sexo com a cachorra da casa. Insistentemente, o réu a convidou para irem à Quinta da Bela Olinda para nadar, ressaltando que não poderia contar nada a sua mãe, senão ela não deixaria. Por diversas vezes, enquanto brincava com L., o réu caminhava nu pela casa e, por mais de uma vez, chegou a beijá-la na boca a força. Durante algumas das brincadeiras com L., o réu participava, mas ficava "esfregando" o "pipi" na sua "perereca", sobre a roupa, chegando, inclusive, a passar a mão em suas nádegas. Na ocasião em que o réu ofereceu dinheiro à vítima, a esposa dele os surpreendeu e, nervosa, mandou-a sair de sua casa e, na sequência, passou a denegrir a imagem da menina, dizendo que tudo aconteceu porque ela "provocou" essa situação (fls. 01d/06d).

Acesso ao Sumário

O laudo pericial, como afirma a combativa defesa, foi realmente inconclusivo para a prática de atos libidinosos (fls. 11/12 e 13/14), mas como crimes deste jaez nem sempre deixam vestígios, a perícia não é conditio sine quae non para o reconhecimento do crime.

Nesse sentido:

"O exame de corpo de delito é dispensável para a apuração do crime de atentado violento ao pudor, pois este delito não está entre aqueles

> que exigem obrigatoriamente o exame pericial, quando a prática de atos libidinosos não deixar vestígios" (STF, HC 75.838, Ministro Carlos Velloso, j. em 03/02/98)

A autoria, de outro lado, restou plenamente demonstrada no caderno de provas, sobretudo na mídia digital que contém os depoimentos (CD – fls. 54).

D. explicou que frequentava a casa do réu para brincar com o filho da enteada dele, L., que tem a mesma idade dela e que, a partir de 2010, ele passou a "mexer" com ela, fazendo propostas indecentes tais como lhe oferecer dinheiro para chupar ele e deixa-lo lambê-la. Diversas vezes, ainda, ele disse que a esposa (L.) tinha hemorroida e a bunda fedida e que a perereca dela era peluda e ele preferia "raspadinha". Algumas vezes, quando L. saía de perto deles, o réu colocava filmes pornôs para ela assistir com ele. E. contou que a esposa dele o acusou de ter feito sexo com a cachorra, ocorrência que ela relatou para sua mãe. Diversas vezes o réu a convidou para ir à "Quinta da Bela Olinda", pedindo que não contasse para sua mãe, mas, com medo, não aceitou mais. Quando brincava com L., E. andava nu, passando em sua frente e, por diversas vezes, agarrou-a e, segurando seu rosto com força, a beijou na boca. Algumas vezes, quando brincava com L., E. participava das brincadeiras, porém a agarrava e esfregava o "pipi" em sua "perereca", por cima da roupa e, uma vez, passou a mão em sua bunda. No dia dos fatos E. a havia chamado para brincar e, ao fazer a oferta de dinheiro, foi flagrado pela esposa dele que a mandou embora (fls. 07/08).

Em juízo repetiu que durante as brincadeiras com o neto do réu ele se envolvia e aproveitava para passar a mão nela. Quando L. saia para ir ao banheiro, por exemplo, e ficavam sozinhos, ele tirava "as coisas" para fora e mostrava. Fazia sinais, a chamava para ir à casa dele, oferecia dinheiro para fazer sexo oral nele e deixar que fizesse nela, se esfregava e tentava beijá-la. Não aguentou e contou para sua mãe que avisou que iria atrás de providências e, a partir de então, ele parou e mudou de casa. Ele sugeria que brincassem de esconde-esconde e aproveitava a ausência de L. para tirar sua roupa toda, o que fez mais de uma vez e, inclusive, já tocou em sua vagina nua. Certa vez, à noite, a casa estava com as luzes apagadas quando a esposa dele os flagrou, oportunidade em que ele lhe deu um frasco com creme de cabelo e a mandou ir embora, pedindo que não contasse nada a ninguém. Foi para casa e, entretanto, contou o ocorrido para sua mãe. Ele a chamava para ver filmes pornográficos e queria fazer "as coisas", ela o empurrava, ameaçava gritar e ele parava, mas certa vez lhe deu um tapa.

A defesa, ao contrário do que faz em suas razões recursais, não questionou parte alguma de seu depoimento, limitando-se a perguntar o horário em que ela estudava, quem morava na casa com E. e quem trabalhava. Questionou, ainda, quem a acompanhou à Delegacia, oportunidade em que ela apontou a mãe e a esposa (ou enteada) do réu.

Acesso ao Sumário

As palavras da vítima em crimes sexuais, cometidos em sua maioria na clandestinidade, reveste-se de grande valor probante e não podem ser desprezadas sem motivo ou razão que apontem sequer indícios de incredibilidade.

No presente caso, contudo, os depoimentos da ofendida foram firmes e seguros, apontando com clareza diversos comportamentos indesejáveis e perturbadores do réu e, inclusive, a prática de atos libidinosos diversos da conjunção carnal, tais como se esfregar nela, passar a mão em suas nádegas e vagina e beijá-la na boca, à força.

E elas não vieram isoladas aos autos, tendo sido corroboradas pelos depoimentos de sua mãe.

Na Polícia S.A. relatou que no dia 08/03/2011 sua filha chegou em casa com um frasco de xampu que disse ter ganhado da esposa do réu e, estranhando o fato, resolveu investigar o ocorrido, vindo a saber que o réu havia oferecido R$ 10,00 para que ela o chupasse e, ainda, o deixasse lambe-la. Indignada, perguntou à sua filha se situações semelhantes já haviam ocorrido, tendo ela dito que a partir de 2010 ele começou a "mexer" com ela, repetindo, em resumo, as declarações de sua filha. Contou, ainda, que a enteada do réu, que também se chama D., a acompanhou até a Delegacia para lavrar o BO referente à oferta de dinheiro em troca de favores sexuais, mas passados alguns dias ela se voltou contra a declarante e passou, junto com a esposa do réu, a difamar sua filha, dizendo ter sido ela quem provocou as situações. Elas, ainda, a atormentaram perguntando sobre o ocorrido e dizendo que o Conselho Tutelar iria busca-la e leva-la de casa (fls. 09/10).

Em juízo confirmou que sua filha gostava muito de brincar com o neto do réu e, considerando-o boa pessoa, não via mal algum, mas depois que sua filha começou a mudar de comportamento ficou desconfiada e, por isso, ao vê-la chegar em casa com um frasco de creme de cabelo, perguntou quem lhe tinha dado o presente. A menina, muito assustada, acabou contando que havia sido flagrada pela esposa do réu no interior da casa dele, que estava escura e, para disfarçar, ele pediu que dissesse que havia ido lá para pegar o creme e a mandou embora. O réu estava com o casamento em crise e comentava que a esposa dele tinha hemorroida, fedia e que não queria transar mais com ela, até porque ela teria forçado o casamento somente por interesse financeiro. Mais tarde ficou sabendo que ele fazia os mesmos comentários à sua filha, que contava meros 10 anos de idade e não deveria ser informada da intimidade dele. Um dia sua filha ficou brincando na casa do réu e a esposa dele reclamou que não estava gostando das brincadeiras dele com sua filha. Estranhou um dia ela apareceu com R$ 10,00, mas não contou o motivo. Encerrou o depoimento dizendo que sua filha nunca relatou qualquer ato sexual, mas dizia que ele se esfregava nela, beijou a boca dela e, "parece", que esfregou o pênis na boca dela. Ela contou, por fim que eles viam filmes pornográficos.

Acesso ao Sumário

Mais uma a defesa, ao invés de rebater o depoimento que, em sede recursal diz ter sido tendencioso, limitou- se a perguntar por quanto tempo os atos foram praticados, se a vítima estudava e em qual horário, e se os moradores da casa do réu trabalhavam, ao que a mãe da ofendida esclareceu que só E. ficava em casa, pois apenas fazia bicos.

Não reclamou a defesa, ainda, malgrado estivesse presente no ato, da oitiva da mãe da ofendida antes dela o que, de qualquer modo, não causou qualquer lesão ao acusado, sendo sabido que, para que uma nulidade fosse declarada, deveria ter indicado em que consistiu o prejuízo.

Ouvido apenas na Polícia, já que preferiu a revelia, o réu confirmou que D. frequentava sua casa para brincar com seu neto L., mas negou a prática de qualquer ato ilícito. Disse que a menina, certa vez, comentou ter espiado a prima assistindo filme pornográfico, negando ter alguma película deste gênero em sua casa. Afirmou, ainda, que no dia dos fatos D. comentou que estava com raiva de sua esposa e da mãe do L. que tinham proibido que ela brincasse com ele e, depois, pediu para brincar no balanço enquanto elas não estavam em casa e ele autorizou. A mãe da menina chegou e a chamou para ir embora, mas ela não quis e ficou na casa. Em dado momento pediu para ir ao banheiro, entrou e, ao sair, foi vista por sua esposa que não gostou de tê-la visto lá dentro e mandou que fosse embora. Acredita, por isso, que a mãe da menina esteja querendo tirar proveito da situação (fls. 17).

Sua pueril e escoteira negativa de autoria, contudo, não foi suficiente para macular a espessa prova acusatória, formada pelos seguros e firmes depoimentos da vítima, afinados com as declarações de sua mãe, no mesmo sentido.

Não há nos autos sequer indícios que pudessem justificar uma falsa inculpação, quer pela criança, quer pela mãe dela, muito menos indicação de qual proveito ambas iriam querer tirar da situação.

Na dosagem das reprimendas o culto magistrado de piso manteve as penas-base de ambos os crimes nos patamares rasos, ampliando o quantum do crime de estupro de vulnerável em 1/6 por conta da continuidade delitiva, já que os atos se repetiram diversas vezes, com aproveitamento das mesmas condições de tempo, lugar e modo de execução.

O regime prisional, em relação ao qual sequer há insurgência defensiva, foi fixado com acerto diante da gravidade e hediondez das condutas praticadas.

Nada, portanto, há para ser modificado.

Posto isto, **REJEITO** as questões preliminares e **NEGO PROVIMENTO** à apelação interposta.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0025113-88.2013.8.26.0037, da Comarca de Araraquara, em que é apelante MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, é apelado RITA DE CÁSSIA SAYÃO BERNARDES.

ACORDAM, em 6ª Câmara Criminal Extraordinária do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento, v.u. Sustentou oralmente o Doutor Ricardo Luiz de Toledo Santos Filho e usou da palavra o Excelentíssimo Doutor Procurador de Justiça Walter Tebet Filho.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 23.815)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores SOUZA NERY (Presidente sem voto), ROBERTO SOLIMENE e OTAVIO ROCHA.

São Paulo, 29 de abril de 2016.

ENCINAS MANFRÉ, Relator

Ementa: Receptação qualificada. Absolvição sumária. Inadmissibilidade. Indícios suficientes de autoria e prova material em relação às vítimas apontadas na denúncia. Ausência das hipóteses previstas no artigo 397 do Código de Processo Penal. Incidência do princípio "in dubio pro societate". Apuração necessária que se verificará no curso da instrução própria. Prosseguimento, portanto, da persecução penal, embora não se expresse juízo terminante sobre o mérito. Logo, recurso provido.

VOTO

Trata-se de apelação interposta pelo *Ministério Público* (folhas 1.776/1.783) à respeitável sentença (folhas 1.759/1.773) pela qual absolvida sumariamente *Rita de Cássia Sayão Bernardes* de imputadas infringências ao artigo 180, § 1º, do Código Penal em relação às indicadas vítimas Marcia Vieira da Silva Cesar, Marli Aparecida Cabrera, Delcisa Aparecida Bassi, Odilia Stephanie Bacari, Marta Azevedo do Carmo, Maria Lúcia Marcomini e Terezinha Aparecida de Jesus.

Esse apelante, com efeito, alegou, em suma, o seguinte: a) o artigo 397 do Código de Processo Penal somente deve ser aplicado em situações excepcionais; b) haver prova de caráter material e indícios de autoria; c) logo, ser caso de provimento deste recurso a fim de que tenha o processo seguimento próprio

Acesso ao Sumário

também em relação às supostas lesadas Marcia Vieira da Silva Cesar, Marli Aparecida Cabrera, Delcisa Aparecida Bassi, Odilia Stephanie Bacari, Marta Azevedo do Carmo e Maria Lúcia Marcomini.

Em decorrência de correção a erro material havido no *decisum* (folhas 1.785/1.787), fora essa ré absolvida sumariamente, ainda, no que tange à ofendida Terezinha Aparecida de Jesus.

Sobreviera interposição de recurso em sentido estrito (folhas 1.790/1.794) pelo Ministério Público.

Esse recorrente, com efeito, argumentara basicamente em conformidade às sobreditas razões de apelação. Acrescentou não ser caso de absolvição dessa acusada também em relação à vítima *Terezinha Aparecida* em virtude de atipicidade de conduta (inexistência de provas acerca de crime anterior à imputada receptação).

Dada a aplicação do princípio da fungibilidade, a MM. Juíza da causa recebeu este recurso como apelação (folhas 1.810).

A recorrida, por sua vez, respondeu (folhas 1.817/1.855) sustentando, em resumo, o seguinte: 1. o sucesso profissional dela provocara incomodo em comerciantes locais; 2. os produtos apontados na denúncia (supostamente provenientes de delitos anteriores) são produzidos em larga escala; 3. deverem ser avocados os autos que permanecem em primeiro grau de jurisdição para processamento conjunto com estes (houvera desmembramento do processo em relação a outras vítimas); 4. consideração à fundamentação dessa sentença; 5. ausência de prova material (boletim de ocorrência) em relação a alguns dos alegados delitos antecedentes à imputada receptação; 7. um dos objetos fora reconhecido pelas apontadas vítimas Delcisa Aparecida Bassi e Ademir Reis dos Santos; 8. nas notas fiscais apresentadas por *Odilia Stephanie* constam datas posteriores em relação ao alegado roubo (oportunidade em que foram subtraídas as joias dela); 9. portanto, dever ser mantida essa decisão *a quo.*

A douta Procuradoria de Justiça apresentou parecer (folhas 1.867/1.872) no sentido do provimento.

Sobreveio expediente da ilustre defesa (folhas 1.883 a 1.892) a fim de juntar-se aos autos *mídia digital* relativa à audiência de instrução.

Sustentou oralmente em Plenário o ilustre defensor da acusada, em suma, na seguinte conformidade: 1. orquestração verificada contra ela, recorrida; 2. em relação a essas pretensas vítimas, a MM. Juíza, após análise aprofundada, apontou se tivesse verificado receptação; 3. basicamente reiterar a supracitada argumentação; 4. cabimento dessa absolvição sumária, portanto.

É o **relatório,** preservado, no mais, o contido nessa decisão *a quo.*

Impõe-se dar provimento ao recurso.

Acesso ao Sumário

A propósito, sem desdouro ao posicionamento da douta juíza da causa, ao menos nesta feita não se reconhece hipótese de absolvição sumária.

É que, embora não se esteja a expressar entendimento terminante a respeito do mérito, ora não pesa essa argumentação da ilustre defesa acerca da inexistência de prova a respeito da autoria do apontado delito em relação às supostas vítimas Marcia Vieira da Silva Cesar, Marli Aparecida Cabrera, Delcisa Aparecida Bassi, Odilia Stephanie Bacari, Marta Azevedo do Carmo, Maria Lúcia Marcomini e Terezinha Aparecida de Jesus.

Por sinal, consta da denúncia descrição de condutas que, em princípio, se ajustem ao previsto no artigo 180, §1º, do Código Penal (extrai-se dessa peça inicial da acusação que a ré teria adquirido, recebido, ocultado, vendido e exposto à venda, em proveito próprio ou alheio, no exercício de atividade comercial, joias e semi-joias que sabia fossem produtos de crime).

Além disso, em princípio, estão presentes indícios suficientes da autoria, bem como prova material correspondente.

Com efeito, à primeira vista, são presentes as declarações das apontadas ofendidas que, conta ainda, teriam reconhecido delas os objetos eventualmente receptados (folhas 134/138, 157/161, 295/313 e 314/322).

Ademais, Delcisa Aparecida Bassi, Odilia Stephanie Bacari e Marta Azevedo do Carmo, sob o crivo do contraditório, terão oportunidade de efetivamente esclarecer a respeito dos reconhecimentos havidos na delegacia de Polícia (folhas 255/265, 275/285 e 286/294).

Logo, nesta feita não pode ter peso que, Delcisa Aparecida e Ademir Reis dos Santos reconheceram deles idêntico bem (corrente dourada, folhas 248 e 263/264), assim como que, em princípio, Marta reconhecesse pingente diferente do retratado com a fotografia por ela exibida.

Também em razão do "*in dubio pro societate*", de somenos, nesta feita que Odilia Stephanie apresentasse notas fiscais referentes a peças supostamente receptadas em datas posteriores ao alegado roubo.

Acesso ao Sumário

Aliás, mediante a juntada de *mídia eletrônica* (folhas 1.893) pela ilustre defesa, a qual contém declarações em Juízo de quatorze possíveis vítimas (Luzia Lupino Hervias, Maria Angélica Bombardini Zanin, Neide Camargo Vieira, Marli Aparecida Moreira Salado, Sonia Maria Rodrigues Turci, Maria de Lourdes dos Santos Machado, Ademir Reis dos Santos, Adriana Aparecida Tamião Mucci, Dirce de Carvalho Oliveira, Fábio José Oliveira da Silva, Fábio Eduardo Padovani, Darcy Camargo Junior, Rodrigo Fazan Ferreira e Osnil Sebastião Conti) e depoimentos de policiais civis, se extrai, ao menos por ora, como assinalado, indicadores acerca das imputadas autorias.

Por sinal, os lesados *Luzia Lupino, Maria Angélica, Marli Aparecida, Neide, Sônia Maria, Dirce, Darcy e Rodrigo* reconheceram deles os bens

apreendidos no comércio da ré, os quais eventualmente produtos de ilícito.

Ademais, o ofendido *Fábio Eduardo Padovani* declarou, entre o mais, ter reconhecido parte das mercadorias supostamente receptadas, pois estavam elas nos mostruários recentemente adquiridos e com etiquetas do estabelecimento comercial dele.

Outrossim, *Osnil Conti* reconhecera correntes dado apresentarem elas contraste com a respectiva marca "*OC*".

Por sua vez, Adriana Aparecida, representante exclusiva de "*Mussi semi-joias*", em Araraquara, reconhecera as mercadorias outrora subtraídas, as quais estariam comercializadas na loja da acusada por preço abaixo do mercado.

Também, *Fabio José* verificara produtos do comércio dele, pois em alguns desses bens havia timbre dado ser de fabricação própria.

Isso não bastasse, como assinalado, há prova material consubstanciada em boletins de ocorrência (folhas 30/34, 140/142, 148/151, 163/165, 170/173, 180/182, 204/212, 237/240, 256/262, 269/271, 276/279, 287/288, 324/329 e 337/343), autos de prisão em flagrante (folhas 2/28), de reconhecimento de objeto (folhas 35/36, 41, 49, 54, 135, 143, 152, 158, 166, 175, 183, 213, 241, 263, 272, 283, 289, 298, 304, 315, 330 e 344), de exibição, apreensão e entrega (folhas 39, 47, 52, 58, 60/65, 137, 146, 155, 177, 234, 292, 334 e 347) e de avaliação (folhas 40, 48, 53, 59, 138, 145, 156, 161, 168, 178, 202, 235, 254, 265, 274, 285, 294, 303, 313, 322, 333 e 346), bem como notas fiscais referentes aos bens reconhecidos (folhas 214/233, 280/282 e 331/332).

Além disso, como os documentos apresentados pela recorrida foram produzidos unilateralmente (folhas 537/1.773), deverão ser analisados em conjunto com o mais da prova a ser colhida em Juízo.

Logo, reitera-se, em princípio, não se verificar hipótese de absolvição sumária.

Também é de consideração a seguinte lição de Guilherme de Souza Nucci:

"*Se o fato exposto pela acusação não é crime e a situação é, por demais, evidente, o juiz já deveria ter rejeitado a denúncia ou queixa. (...) Há de existir um sólido argumento ou uma prova documental segura para convencer o magistrado a visualizar uma situação de atipicidade, antes não detectada*".[1]

Mais: "*Nesta fase do processo ainda vigora o princípio in dúbio pro societatis, e somente um juízo de certeza pode levar o magistrado a absolver o acusado sumariamente, reconhecendo a existência de uma manifestação evidente da excludente de ilicitude*".[2]

1 *Código de processo penal comentado*, 12ª edição, 2013, editora Revista dos Tribunais, página 785.

2 Apelação 990.09.300663-4, relator o desembargador Renê Ricupero, julgamento em 8 de abril de 2010. Nesse sentido, também: "*Receptação – Absolvição sumária – Artigo 397, inciso III, do Código de Processo Penal Material apreendido que possui relevância patrimonial – Réu deverá ser processado pelo*

Acesso ao Sumário

Portanto, malgrado não se esteja a expressar entendimento terminante sobre o mérito, ora se desacolhe a respeitável fundamentação considerada pela MM. Juíza em relação às supostas vítimas Marcia Vieira da Silva Cesar, Marli Aparecida Cabrera, Delcisa Aparecida Bassi, Odilia Stephanie Bacari, Marta Azevedo do Carmo, Maria Lúcia Marcomini e Terezinha Aparecida de Jesus, assim como o argumentado pela ilustre defesa.

Consequentemente, há justa causa. Assim, não é caso de absolvição sumária.

Por isso, e como ora se recebe a denúncia (folhas 411/412), sejam os autos encaminhados ao MM. Juízo a fim de que também tenha seguimento o processo em relação às supramencionadas ofendidas, consoante os artigos 399/405 do Código de Processo Penal.

À vista do exposto, dá-se provimento ao recurso e, assim, recebe-se a denúncia.

É como voto.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos nesses autos de Apelação nº 0002625-41.2011.8.26.0642, da Comarca de Ubatuba, em que é apelante MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, é apelado MILTON DA SILVA GOMES.

ACORDAM, em 4ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. Expeça-se mandado de prisão. V.U." de conformidade com o voto de Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 39.710)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores IVAN SARTORI (Presidente) e EUVALDO CHAIB.

São Paulo, 3 de maio de 2016.

LUIS SOARES DE MELLO, Relator

Ementa: Estupro majorado (art. 213, § 1.º, do Cód. Penal). Absolvição na origem. Provas seguras e firmes

Acesso ao Sumário

delito, cuja autoria lhe é imputada – Provimento ao recurso ministerial para receber a denúncia e determinar o prosseguimento do feito". - apelação 990.09.360686-0, relator o desembargador Pedro Menin, julgamento em 22 de junho de 2010.

"*Receptação. Insurgência do Ministério Público contra a absolvição sumária. Necessidade de afastamento do decreto absolutório. Nenhuma das hipótese previstas no art. 397, do CPP configurada. Prosseguimento da ação penal determinado. Recurso provido para esse fim.*" - apelação 3001269- 95.2013.8.26.0348, relator o desembargador Francisco Bruno, julgamento em 20 de agosto de 2015.

à condenação. Materialidade e autoria comprovadas. Palavras coerentes e incriminatórias da vítima e de testemunhas. Confissão judicial. Validade. Responsabilização inevitável. Condenação imperiosa. Apelo ministerial provido, com expedição de mandado de prisão.

VOTO

Visto.

Ao relatório da sentença douta, que se acolhe e adota, acrescenta-se que **Milton da Silva Gomes** saiu **absolvido** da imputação de prática da infração penal capitulada no art. 213, § 1.º, do Código Penal (*estupro majorado*), com fulcro no art. 386, III, do Código de Processo Penal.

O apelo ministerial – *f. 117/122* – busca a condenação do acusado, nos exatos termos da denúncia.

Anotam-se contrarrazões de defesa – *f. 126/130* – que defendem a mantença do decisório.

Autos distribuídos (*f. 133*), foram imediatamente encaminhados à douta Procuradoria de Justiça que, após vista regular, conclui, em parecer respeitável, pelo provimento do inconformismo ministerial – *f. 134/137* –, chegando o feito ao Gabinete do Relator, finalmente, aos ***8.mar.2016***, *f. 138.*

É o relatório.

Denunciado o acusado pela prática de estupro majorado (*art. 213, § 1.º, Código Penal*), saiu **absolvido**, por reputada atipicidade da conduta (*art. 386, III, do Código de Processo Penal*).

Vem o Ministério Público, por apelo, **em boa hora** - "*data venia*" *do entendimento esposado pela MM. Juíza sentenciante* -, buscando sua responsabilização.

Aos fatos.

Acusado, amásio da vítima - *então com 17 anos de idade* -, retorna à sua residência durante a madrugada com a intenção de com ela manter relações sexuais.

Após a vítima se recusar a consentir a prática da conjunção carnal, o acusado agarra-a pelos cabelos e a arrasta para a cama.

A vítima tenta então desvencilhar-se, mas o acusado bate a sua cabeça contra a cama, fazendo-a cair atordoada no chão, e desfere chutes contra as suas costas.

Na sequência, a vítima tenta correr, e o acusado a joga na cama, praticando então a conjunção carnal não consentida.

Acesso ao Sumário

Na manhã seguinte, familiares da vítima descobrem o ocorrido e acionam a Polícia Militar, que detém o acusado.

Condenação de rigor.

Elementos mais do que suficientes a garantir autoria e materialidade delitiva.

Esta restou demonstrada pelo ***(i)*** boletim de ocorrência, *f. 3/5*; e ***(ii)*** laudos de exames de corpo de delito, *f. 11/12 e 13.*

E a **autoria** também é certa.

A começar pelas ***importantíssimas palavras da vítima R.***, que narra os fatos em riqueza de detalhes e é firme em ***apontar o acusado como autor do crime sexual*** contra si praticado (*f. 7 e 79/81*).

A vítima informa que convivia maritalmente com o acusado e que já estava dormindo quando ele, após ingerir bebidas alcoólicas e fazer uso de entorpecentes, retornou à residência do casal demonstrando comportamento agressivo e xingando-a.

Relata que propôs terminar o relacionamento, mas o acusado não aceitou e começou a lhe agredir, puxando seu cabelo e batendo a sua cabeça na ponta da cama.

A vítima afirma que tentou se defender, mas o acusado a jogou no chão, bateu sua cabeça na porta do quarto e jogou óleo de cozinha no seu corpo, e na sequência arrancou-lhe a roupa e então manteve a conjunção carnal, penetrando-a duas vezes.

Narra ainda que o acusado lhe desferiu alguns chutes e a arrastou para o quarto, e que seus familiares perceberam o ocorrido, pois moravam próximos e escutaram seu choro e gritos.

Pois bem.

Relatos corajosos, firmes e convincentes.

E sabe-se que as palavras da vítima, para casos como o presente e especialmente nos crimes contra a dignidade sexual, tem preponderante importância, notadamente porque nada consta haver de sua parte contra o acusado.

Muito ao reverso, dês que o acusado e a vítima conviviam maritalmente, numa relação em que, desnecessário dizer, é imprescindível a existência de respeito, afeto e confiança mútua.

De forma que, não havendo porque duvidar das palavras da vítima, nestas hipóteses, o mínimo a ser feito é aceitá-las, como tem feito a doutrina e jurisprudência.

Não iria a vítima acusar um inocente sem mais nem menos.

É inconcebível a situação.

Acesso ao Sumário

Por isso a relevância dos relatos.

É neste sentido que tem entendido a doutrina ("*Código Penal Interpretado", Júlio Fabbrini Mirabete, Ed. Atlas, ed. 2003, p. 1550*).

E como tem há muito firmado a jurisprudência desta mesma C. Corte Máxima de Justiça Estadual:

> *"Nos crimes contra os costumes, de violência carnal, em que a prova de autoria fica reduzida, praticamente, às declarações das vítimas, não devem ser as mesmas infirmadas quando uníssonas e firmes. Têm valor preponderante, superior às do acusado." (RT 610/335, Rel. Des. Dante Busana).*

De sorte que inviável qualquer outra solução, que não a aceitação das palavras da vítima em casos como o presente.

Daí que, em assim se entendendo, forçoso reconhecer o cometimento do delito.

Mais aqui, onde aquela prova, consubstanciada pelas palavras da vítima, é reforçada pelo mais, como abaixo se coloca.

> *"Os crimes contra os costumes são dos que se procura cometer entre quatro paredes, às ocultas, horas mortas, sem vigília de ninguém. Bem por isso as vítimas são suas grandes testemunhas. Descrer delas, só quando se arregimentam elementos seguros de que têm imaginação doentia ou agem por vingança irracional" (TJSP, RT 455/332).*

O que não é nem pode ser, absolutamente, o caso, em conta a seriedade e tom de veracidade com que vêm as palavras da vítima.

Na espécie, a vítima apresenta versão coerente, firme e valiosa.

De sorte que a ***essência da prova*** está boa.

Ainda e porque, como se disse, mais há em desfavor do acusado.

Assim, a narrativa do competente e diligente Policial Militar ***Ricardo*** (*f. 10 e 83*).

Afirma que, no atendimento à ocorrência, constatou que a vítima tinha sido agredida fisicamente, e que ela informou que o acusado, seu companheiro, havia tentado fazer sexo a força com ela no interior da residência do casal, onde ele ainda se encontrava.

Finalmente, a confissão judicial do acusado, que, dizendo-se arrependido, admite que, após fazer uso de bebidas alcoólicas e de cocaína, agrediu fisicamente a sua companheira e a constrangeu, mediante violência e grave ameaça, à prática de conjunção carnal - *f. 85/87*.

Enfim.

Os fatos são incontroversos, se disse, e a autoria absolutamente indisputável.

Acesso ao Sumário

E, mais uma vez "*data venia*" do respeitável entendimento do MM. Juiz sentenciante, não é possível o reconhecimento, por esta Instância, da atipicidade da conduta, em que se arrima o édito absolutório.

Na verdade, a circunstância da vítima e do acusado manterem, ao tempo dos fatos, relacionamento marital, não pode, em hipótese alguma, ser considerada uma excludente de ilicitude para os abjetos fatos retratados nos autos.

Ao contrário, sendo o acusado companheiro da vítima, está caracterizada uma das hipóteses de aumento de pena, previstas pelo art. 226, II, do Código Penal.

Trata-se de fato típico, portanto, com materialidade e autoria devidamente comprovadas nos autos.

Condenação inevitável, nos exatos termos da denúncia e do apelo ministerial.

"*Quantum satis*".

Apenamento.

Pena-base fixada no ***mínimo legal*** (*art. 59, do Código Penal*), com posterior majoração em ***1/2***, considerando a incidência da agravante prevista pelo art. 226, II, do Código Penal.

Finalmente, em que pese o respeito que se presta ao d. Procurador de Justiça oficiante, a superveniente - *embora efêmera* - reconciliação entre a vítima e seu algoz não caracteriza hipótese atenuante prevista pela legislação.

E, ainda que se considere tal situação como uma circunstância judicial favorável, observa-se que a pena-base já se encontra fixada no mínimo legal.

Assim, as penas impostas ao acusado tornam-se definitivas em ***12 anos de reclusão.***

Quanto ao regime, outro não pode ser que não o **inicial fechado**, único compatível com hediondez do delito, consoante à legislação de regência (*Lei nº 8.072/90*) e suas recentes alterações (*Leis nº 11.464/07 e 12.015/09*).

POSTO, *dá-se provimento* ao apelo ministerial para **condenar Milton da Silva Gomes**, *RG (...),* à pena de ***12 anos de reclusão (regime inicial fechado),*** pela prática da infração penal capitulada no **art. 213, § 1º c.c. art. 226, II, do Código Penal.**

Expeça-se ***mandado de prisão.***

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0023383-

67.2008.8.26.0344, da Comarca de Marília, em que é apelante ANTÔNIO RODOLFO DEVITO, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 15ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento parcial ao recurso, nos termos que constarão do acórdão. V.U. Sustentou oralmente o Dr. Estevan Luis Bertacini Marino e fez uso da palavra o Exmo. Sr. Procurador de Justiça Dr. Paulo Juricic.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 13.358)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores WILLIAN CAMPOS (Presidente) e POÇAS LEITÃO.

São Paulo, 5 de maio de 2016.

CAMARGO ARANHA FILHO, Relator

Ementa: APELAÇÃO CRIMINAL. LICITAÇÃO. DISPENSA FORA DAS HIPÓTESES LEGAIS. Artigo 89, "caput", da lei n. 8.666/93. Sentença condenatória. Pleito recursal objetivando a absolvição por inexistência de crime e ausência de prova do prejuízo à Municipalidade. Irresignação não acolhida. Autoria e materialidade delitivas demonstradas. O crime licitatório independe, para sua configuração, da demonstração dos motivos que conduziram o agente a fraudar o certame licitatório sendo dispensável, ainda, prova de lesão ao erário público, uma vez que o bem jurídico tutelado é a moralidade administrativa. Condenação mantida. Dosimetria das penas que, no entanto, comportam pequeno reparo. Perda da função pública como efeito extrapenal da condenação que não é automático, exigindo fundamentação concreta. Inteligência dos artigos 83, da lei n. 8.666/93, c.c. o 92, inciso I, alínea "a", e parágrafo único, do Código Penal. Orientação jurisprudencial do Colendo Superior Tribunal de Justiça. Sentença reformada neste ponto. Regime prisional aberto e substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de recurso de apelação interposto por ANTÔNIO RODOLFO

DEVITO contra r. sentença (fls. 498/505) que, julgando procedente a ação penal ajuizada pelo MINISTÉRIO PÚBLICO, o condenou às penas de 4 (quatro) anos de detenção, em regime inicial aberto, e pagamento de multa equivalente a 3% (três por cento) dos valores dos contratos celebrados com dispensa de licitação, substituída a pena privativa de liberdade por restritivas de direitos na modalidade prestação de serviços à comunidade e prestação pecuniária a ser revertida em prol de entidade pública ou privada com destinação social, sem prejuízo da pena acessória de perda de função pública, em razão da prática do delito previsto no artigo 89, *caput*, da lei n. 8.666/93.

Inconformado, ANTÔNIO RODOLFO DEVITO interpôs recurso de apelação sustentando a inexistência do fato criminoso ante a situação de emergência vivenciada pelo Município de Vera Cruz e a ausência de prejuízo ao erário, na medida em que houve melhoria na qualidade da prestação dos serviços (fls. 533/543).

Apresentadas as contrarrazões (fls. 545/558), a douta Procuradoria Geral de Justiça opinou pela manutenção do julgado (fls. 566/571).

É o breve relatório.

Conheço do recurso, presentes as condições de procedibilidade, para, no mérito, dar-lhe parcial provimento.

A materialidade e a autoria do delito previsto no artigo 89, *caput*, da lei n. 8.666/93, restaram devidamente comprovadas nos autos, cujas provas mostram ter ANTÔNIO RODOLFO DEVITO, Prefeito Municipal de Vera Cruz, dispensado licitação fora das hipóteses legais.

Agindo em concurso com *Valter Pelegrine Júnior* cujo processo foi desmembrado, ANTÔNIO RODOLFO DEVITO, nos meses de abril e maio de 2004, utilizou de artifício para criar falsa situação de emergência no sistema de saúde do Município de Vera Cruz, para, assim, justificar a dispensa do procedimento licitatório e contratar diretamente a empresa "Ortomar – Comércio de Produtos Hospitalares e Prestação de Serviços Ltda." objetivando a realização de serviços na área da saúde pelo prazo de 90 (noventa) dias.

Foram celebrados dois contratos com essa mesma pessoa jurídica representada por *Valter Pelegrine Júnior,* cujo objeto consistia na prestação de pronto atendimento médico. O primeiro, no valor de R$ 215.000,00 (duzentos e quinze mil reais); e um segundo, que mais funcionou como aditamento do primeiro, no valor de R$ 165.000,00 (cento e sessenta e cinco mil reais).

Para viabilizar a contratação direta, o apelante elaborou minuta de comunicado (fls. 85 e 422/423), entregue à servidora *Maria Madalena Furtado Guerreiro*, para que o datilografasse em nome da "Associação São Francisco de Assis", simulando denúncia irrevogável dos contratos de prestação de serviços de saúde que essa entidade vinha regularmente executando em convênio com o

Município de Vera Cruz, gerando uma artificial situação de emergência naquele Município, cuja população seria privada dos serviços de pronto atendimento médico, permitindo-lhe, portanto, mediante dispensa de licitação, celebrar contrato de mesmo objeto com a empresa "Ortomar – Comércio de Produtos Hospitalares e Prestação de Serviços Ltda.".

Não bastasse, ANTÔNIO RODOLFO DEVITO ainda deixou de renovar os termos de convênio relativo a serviços de saúde que à época também mantinha com a "ASPE – Assistência e Prestação de Serviços de Enfermagem Ltda.".

Em juízo, o apelante confessou ter redigido a minuta do comunicado cujo teor denunciava de modo irrevogável o contrato de prestação de serviço médico então vigente (fls. 441/443), fato corroborado pelo testemunho da servidora *Maria Madalena Furtado Guerreiro*, que o datilografou na própria sede da Prefeitura de Vera Cruz, em nome da "Associação São Francisco de Assis" (fls. 377 e 381), sendo posteriormente subscrito por seu corpo diretivo, *Geni Alves de Oliveira Ramos*, vice-presidente; e *Maria Luíza de Mendonça Ottobani*, que deixou seu cargo de presidente logo após a assinatura do documento (fls. 91/93).

Não obstante tenham as diretoras confirmado a denúncia do convênio, a análise atenta do conjunto probatório revela terem sido induzidas a tanto por ANTÔNIO RODOLFO DEVITO, que pretendia simular situação de emergência e justificar a celebração de contratos com dispensa de licitação.

Basta assistir aos testemunhos da então presidente do Conselho Municipal de Saúde, *Vera Lúcia Fedeo de Oliveira* e da diretora de saúde, *Sidneia Ramos Tosoni*, gravados nas mídias digitais de fls. 381 e 484, para concluir que ANTÔNIO RODOLFO DEVITO agiu dolosamente na medida em que desde muito antes da denúncia do convênio pela "Associação São Francisco de Assis", já havia definido a contratação da empresa "Ortomar – Comércio de Produtos Hospitalares e Prestação de Serviços Ltda.", a despeito de não existirem irregularidades na execução dos serviços pela então conveniada.

Esclareceram as depoentes não haver nenhuma razão para que fosse rompido o convênio celebrado com a "Associação São Francisco de Assis", chegando ao conhecimento delas que o próprio apelante quem provocou o fim do contrato; e acrescentaram que outros integrantes do Conselho Municipal de Saúde deliberaram iniciar investigações em relação à empresa "Ortomar", então visada pelo Prefeito ANTÔNIO RODOLFO DEVITO, quando foram exonerados do cargo.

Anoto que os fatos aqui tratados já foram objeto de ação civil pública por ato de improbidade administrativa julgada procedente pelo MM. Juízo de Direito da 4ª Vara Cível da Comarca de Marília (Processo n. 1419/08), donde se extrai *dos autos e das provas recrutadas que o Requerido Antônio Devito forçou a Associação São Francisco denunciar o convênio anterior e, com isso,*

Acesso ao Sumário

ele pôde realizar outro contrato mais oneroso para a administração pública e com gastos mensais em média 43,48% superiores aos convênios anteriores (fls. 474).

E como destacou a douta Procuradoria Geral de Justiça, *verifica-se, assim, que, além de irregulares, por ser evidente a fraude para a dispensa de licitação, os contratos firmados trouxeram prejuízo ao erário, o que não escapou à observação do Tribunal de Contas do Estado* (fls. 570).

É sabido que a aprovação ou reprovação das contas pelo Tribunal de Contas não ilide ou impõe o reconhecimento de eventual prática delitiva.

Nesse sentido, a orientação do Colendo Superior Tribunal de Justiça:

> *O fato de o Tribunal de Contas da União ter aprovado as contas dos recorrentes não inibe a atuação do Poder Judiciário, visto que não se trata de rejulgamento pela Justiça Comum, porque o Tribunal de Contas é Órgão Administrativo e não judicante, e sua denominação de Tribunal e a expressão julgar, ambas são equívocas. É o TCU um conselho de contas sem julgá-las, sentenciando a respeito delas. Apura a veracidade delas para dar quitação ao interessado, entendo-as como prestadas, a promover a condenação criminal e civil dele, em verificando o alcance. Não há julgamento, cuja competência é do Poder Judiciário* (REsp 472.399/AL, Rel. Min. José Delgado, 1ª Turma, j. em 25/11/2002).

Entretanto, não se olvide que o tipo previsto no artigo 89, da lei n. 8.666/93, é, na esteira da orientação jurisprudencial, classificado como de *mera conduta,* não exigindo, portanto, o dolo específico, mas apenas o genérico, representado pela vontade de contratar sem licitação quando a lei expressamente prevê a realização do certame, de modo que o crime se consuma independentemente de qualquer resultado naturalístico, como o prejuízo ao erário, mormente se a objetividade jurídica é a tutela da moralidade administrativa.

Portanto, o delito tipificado no artigo 89, *caput,* da lei n. 8.666/93 está consumado e a autoria é induvidosa, de modo que diante do contexto fático-probatório, a procedência da ação nos termos da r. sentença impugnada era de rigor.

Passo à análise das penas que foram devidamente aplicadas, bem como o regime prisional, encontrando-se a r. sentença suficientemente fundamentada nesse ponto, comportando pequeno reparo no que tange à pena acessória de perda de função pública, em razão da prática do delito previsto no artigo 89, *caput*, da lei n. 8.666/93.

Atento às circunstâncias judiciais (artigo 59, do Código Penal), anoto que o prejuízo acarretado ao erário, embora não caracterize resultado exigido no tipo do artigo 89, *caput*, da lei n. 8.666/93, funciona como circunstância judicial que justifica o incremento da pena-base para além do mínimo legal.

Assim sendo, não se desconsidere a apuração contratual pelo Egrégio Tribunal de Contas do Estado que constatou violação à economicidade e eficiência da administração pública, na medida em que os novos contratos firmados sem licitação com a "Ortomar", provocaram aumento de gasto público na ordem de 43,48%, na comparação com as conveniadas anteriores, além de apontar outras irregularidades como a saída da quantia de R$ 32.200,00 dos cofres da Prefeitura de Vera Cruz da qual não se conhece o destino (fls. 389/401 do 2º apenso ao 1º volume).

Adequada, portanto, a fixação da pena-base em 4 (quatro) anos de detenção, e multa equivalente a 3% (três por cento) do valor dos contratos celebrados com dispensa de licitação, a ser revertida em prol da Fazenda Pública Municipal, assim mantida, nas etapas subsequentes, à míngua de outras modificadoras.

Presentes os requisitos do artigo 44, do Código Penal, mantenho a substituição da pena privativa de liberdade pelas restritivas de direitos, bem sopesadas as peculiaridades, com especial relevo às condições pessoais do sentenciado, assim como o regime aberto, fixado na hipótese de conversão, segundo as diretrizes do artigo 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal.

Por outro lado, a leitura do artigo 83, da lei n. 8.666/93, ao dispor que os autores dos crimes previstos nesta lei, mesmo que apenas na forma tentada, estão sujeitos, além das sanções penais, à perda do cargo público, emprego, função ou mandato eletivo, pode levar à açodada conclusão de que se cuida de efeito automático da condenação penal, a qual, portanto, não dependeria de qualquer consideração de ordem subjetiva relativa ao condenado ou à pena a ele aplicada.

Entretanto, a lei especial não dispõe sobre a aplicabilidade desse efeito, reclamando a adoção subsidiária da sistemática prevista no Código Penal em seu artigo 92, parágrafo único, que exige, para a conveniente adequação dos efeitos da condenação penal, seja a decisão revestida de motivação concreta para o afastamento do mandato eletivo, o que não ocorreu na espécie.

Conforme salienta a doutrina, não basta a ocorrência dos requisitos previstos na lei para que o servidor perca o cargo, emprego ou função pública, *dependem de o juiz declará-los motivadamente na sentença* (CAPEZ, Fernando. Curso de Direito Penal: volume 1 – parte geral. 12ª ed., São Paulo: Saraiva, 2008, p. 511).

Nessa linha de raciocínio, *mutatis mutandis*, a jurisprudência do Colendo Superior Tribunal de Justiça, sobre a possibilidade de afastamento do cargo, de forma cautelar, no caso de crimes de responsabilidade de prefeitos e de vereadores (Decreto-Lei n. 201/1967):

(...)

4. De acordo com os precedentes desta Corte, a determinação de

Acesso ao Sumário

afastamento do cargo deve estar motivada em ações específicas do denunciado que demonstrem a necessidade da medida, e não, apenas, em fundamentos genéricos, apoiados em fatos ocorridos há mais de dez anos, mormente porque, no caso dos autos, após o episódio, já foi o paciente reconduzido ao cargo mediante eleição popular.

*5. Ordem concedida em parte, para determinar o retorno do paciente ao cargo de prefeito, sem prejuízo de, motivada e concretamente, vir o Tribunal a afastá-lo em outra assentada; se o caso, nos termos dos arts. 1º e 2º do Decreto-Lei n. 201/1967. (*HC n. 219.656/CE, da minha relatoria, Sexta Turma, DJe 30/5/2012).

Em outro julgado envolvendo inobservância de formalidade pertinente à dispensa de licitação, por parte de prefeito municipal, o mesmo Colendo Superior Tribunal de Justiça decidiu:

HABEAS CORPUS. PREFEITO. CRIME PREVISTO NA LEI DE LICITAÇÕES. INOBSERVÂNCIA DE FORMALIDADE PERTINENTE À DISPENSA DE LICITAÇÃO. INÉPCIA DA DENÚNCIA. FALTA DE JUSTA CAUSA NÃO EVIDENCIADA DE PLANO. TRANCAMENTO. IMPOSSIBILIDADE. PRESCRIÇÃO ANTECIPADA. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL. AFASTAMENTO DO CARGO. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. ILEGALIDADE DEMONSTRADA.

(...)

4. A decisão que determina o afastamento do Prefeito de seu cargo deve ser concretamente fundamentada, a teor do art. 2º, II, do Decreto-Lei nº 201/67, já que não é conseqüência obrigatória do recebimento da denúncia.

5. No caso, não se justificou, com dados concretos do processo, a necessidade do afastamento do Paciente, até porque os fatos se passaram há quase dez anos e, após o episódio, o Paciente veio a ser reconduzido ao cargo mediante eleição popular, não havendo qualquer notícia de que outras condutas atentatórias à moralidade administrativa tenham se reproduzido no período, de modo a revelar um fato isolado, distanciado no tempo e, portanto, pouco apto a fazer presumir o comprometimento da regular atividade administrativa. (...) (HC n. 66.044/BA, Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, DJ 11/2/2008).

Entenda-se que, *motivadamente*, para efeito de reconhecimento do efeito específico da condenação, *não implica a exposição exauriente acerca do instituto, mas tão somente o registro dos elementos fáticos que autorizam a aplicação do instituto no caso em julgamento* (STJ, HC 74.104/RS, Rel. Min. Carlos Fernando Mathias, j. 11/9/2007).

Acesso ao Sumário

Ante o exposto, **DOU PARCIAL PROVIMENTO** ao recurso de ANTÔNIO RODOLFO DEVITO apenas para afastar a pena acessória de perda de função pública, mantidas, no mais, as disposições da r. sentença nos moldes em que lançadas.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0002169-61.2009.8.26.0028, da Comarca de Aparecida, em que é apelante M.V.R.R., 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: "prejudicadas as preliminares arguidas, deram provimento ao recurso interposto por M.V.R.R. para absolvê-lo da imputação do artigo 121, § 3º e 4º, do Código Penal, com fundamento no artigo 386, VII, do Código de Processo Penal. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 20.974)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ANGÉLICA DE ALMEIDA (Presidente sem voto), ÁLVARO CASTELLO e VICO MAÑAS.

São Paulo, 27 de abril de 2016.

PAULO ROSSI, Relator

Ementa: APELAÇÃO DEFENSIVA – HOMICÍDIO CULPOSO (ART. 121, § 3º e § 4º DO CP) – PRELIMINARES: Ausência de apreciação das provas produzidas pela defesa e violação ao princípio da correlação entre a imputação e a condenação – Prejudicadas.

MÉRITO: ABSOLVIÇÃO – inexistência de erro grosseiro – provas insuficientes da culpa do apelante – aplicação do princípio do *in dubio pro reo.*

Recurso provido.

VOTO

Vistos.

1 – Trata-se de apelação interposta em favor de M.V.R.R., contra a r. sentença datada de 14 de fevereiro de 2015, proferida pela MMª Juíza de Direito da 2ª Vara Judicial da Comarca de Aparecida, que o condenou a cumprir a

Acesso ao Sumário

pena de 01(um) ano, 06 (seis) meses e 20 (vinte) dias de detenção, em regime aberto, por incurso no artigo 121, §§ 3º e 4º, do Código Penal. A carcerária foi substituída por uma pena restritiva de direito, consistente em prestação de serviços à comunidade e multa de 10 (dez) diárias em valor correspondente a 1/10 dos rendimentos declarados pelo réu. O corréu L.E.M.J. restou absolvido da imputação do artigo 121, §§ 3º e 4º, do Código Penal, com fulcro no artigo 386, IV, do Código de Processo Penal (fls. 752/762).

Inconformada, reclama a d. Defesa, preliminarmente, a nulidade da sentença por falta de fundamentação, sustentando ausência de apreciação das provas produzidas pela defesa; e nulidade do feito, por violação ao princípio da correlação entre a imputação e a sentença, pois o réu foi condenado por fato diverso daquele imputado na inicial. No mérito, postula a absolvição por inexistência de erro grosseiro ou por insuficiência de provas (fls. 781/803).

Em contrarrazões, o Ministério Público sustentou o acerto da decisão e pugnou pelo improvimento do recurso (fls. 805/819).

A d. Procuradoria de Justiça opinou pelo desprovimento do apelo (fls. 821/826).

É o relatório.

2 – Consta da denúncia que, no dia 14 de março de 2009, por volta das 09hs35, na S. C.A., Rua (...), na Cidade de Aparecida, L.E.M.J. e M.V.R.R., culposamente, mataram T.M.S.S., conforme laudo de exame necroscópico (fls. 22/23).

Apurou-se que os réus são médicos e atuaram de forma negligente e imprudente no atendimento à gestante M.E.S.P., e, mediante condutas praticadas com inobservância de regras técnicas de profissão, deram causa à morte do neonato T.M.S.S.

Em 11 de março de 2009, L.E.M.J. atuou de forma negligente na interpretação do laudo de exame de ultrassonografia obstétrica (fls. 06) e na realização do teste ginecológico de M.E.

Na data e local do episódio, L.E. e M.V. negligenciaram a avaliação obstétrica de M.E., mormente ao não procederem aos exames necessários e hábeis a apurar sua real idade gestacional. Ademais, M.V. foi imprudente ao realizar a intervenção cesariana na parturiente, retirando prematuramente o nascituro de seu ventre.

Em 17 de março de 2012, T.M. faleceu no H.R.T., por insuficiência respiratória aguda, provocada por broncopneumonia e prematuridade.

A denúncia foi recebida em 05 de dezembro de 2012 (fls. 01-D/02-D) e recebida em 19 de dezembro de 2012 (fls. 361/363).

O apelante foi citado (fls. 371/v.) e apresentou defesa escrita (fls. 406/413).

Acesso ao Sumário

A r. sentença foi publicada em 16 de outubro de 2014 (fls. 763).

Em razão de decisão mais favorável ao réu, que se empreenderá em seguida, dou por superadas as questões preliminares suscitadas e passo, desde já, à análise do *meritum causae.*

A materialidade do fato está comprovada pelo exame necroscópico (fls. 22/23), certidão de óbito (fls. 07), boletim de ocorrência (fls. 03), exame de ultrassonografia obstétrica (fls. 06, 90 e 94), documentos relativos à gravidez, internação e cesária de M.E. e nascimento de T. (fls. 27/46, 165 e 166), laudo complementar anatomopatológico (fls. 57/58) e laudos complementares (fls. 62/63, 66/68 e 176), além da prova oral produzida nos autos.

A culpa do apelante, entretanto, não restou cristalina na prova produzida nos autos.

O apelante, sempre que interrogado, negou a culpa que lhe é atribuída. Disse que iniciou seu plantão médico na data citada. O Dr. E. havia feito a internação da paciente com diagnóstico de Bradicinesia (ausência de movimentação fetal), com gestação de 09 meses, ou seja, gestação de termo. Sucedeu o Dr. E. e dirigiu-se à enfermaria para avaliar a gestante. Examinou o prontuário e o cartão de pré-natal. O cartão do pré-natal é documento oficial e nele constam todas as informações médicas acerca da gestação. Havia 05 consultas no cartão de pré-natal, sendo possível constatar uma discrepância em relação ao crescimento do útero. No verso do cartão, constava o laudo de um único ultrassom, que apresentava a data da realização do ultrassom e a idade gestacional. Não havia menção à data da última menstruação. O parâmetro era a ultrassonografia. Fez os cálculos e o resultado coincidiu com a idade gestacional inscrita pelo Dr. E., no prontuário. Seria uma gestação pós-data, ou seja, já havia ultrapassado 40 semanas. Dirigiu-se até o quarto e realizou a avaliação clínica da gestante, que relatou que o bebê não estava se movimentando. Na avaliação clínica são utilizados alguns aspectos para examinar a vitalidade do bebê. A altura uterina tem uma regra de crescimento e quando essa altura foge do padrão é indício de que há uma patologia obstétrica. A altura do útero da paciente era de 31 cm, ou seja, abaixo do esperado para 40 semanas de gravidez. Essa altura era compatível com a restrição de crescimento do bebê. A altura uterina era compatível com as anotações do cartão pré-natal. Os dados do pré-natal e a análise clínica eram coincidentes. O bebê estava com 140 batimentos e, portanto, dentro da normalidade. Quando há queixa de ausência de movimentação do bebê, o procedimento de praxe é tentar movimentar o bebê e, com isso, o coração dispara. O bebê da M.E. não respondeu a esse estímulo mecânico, o que poderia significar uma baixa de oxigenação cerebral. O quadro, portanto, era de uma gestante de 40 semanas, com queixa de ausência de movimentação fetal, com altura uterina menor que a esperada e compatível com a altura medida pelo médico do pré-natal, e sem resposta cardíaca do bebê. O exame clínico permitiu

Acesso ao Sumário

o diagnóstico rápido de sofrimento fetal.

Explicou a situação para a paciente e indicou a cesariana. A paciente também tinha a convicção que já estava com 09 meses de gestação. Durante a cirurgia constatou que o bebê era pequeno, mas todo o procedimento ocorreu normalmente. Em momento algum, desde a internação da gestante, teve acesso ao exame ultrassonográfico. A enfermeira questionou a família sobre o exame e a família o entregou. Analisou o laudo ultrassonográfico, constatou que a gestante estava realmente com 40 semanas de gravidez e confirmou que o bebê apresentava restrição de crescimento. Não havia qualquer outro exame disponível na S.C. para confirmar a análise clínica. O exame de cardiotocografia (verificação do batimento cardíaco) só poderia ser realizado na segunda-feira e a internação se deu no sábado. Explicou que no caso de sofrimento fetal, a solução deve ser dada em até 24 horas, sob pena de o bebê falecer no interior do útero. Faz-se uma ponderação dos riscos e dos benefícios, sendo preferível realizar o parto e entregar o bebê aos cuidados do pediatra. A ultrassonografia só poderia ser realizada após 72 horas da internação, ou seja, sua realização seria disponibilizada somente na terça-feira, pois o hospital não possuía o aparelho à disposição. Disse que o útero da adolescente é menor e, por essa razão, passa menos oxigênio para o bebê, o que pode levar à restrição de seu crescimento. Contou que quando do estímulo mecânico ou sonoro é como se o bebê levasse um susto e o batimento cardíaco deve disparar, mas não disparou, o que, por si só, já caracterizava o sofrimento do feto. De acordo com a literatura, constatou que se tratava de feto hipoativo. A gestante não estava em trabalho de parto, o que caracteriza outro fator para a indicação da cesariana. Asseverou que a ultrassonografia de fls. 90 lhe foi apresentada, mas não estava no prontuário. Teve acesso ao referido documento após a realização do parto. Em momento algum a gestante apresentou dúvida quanto ao tempo gestacional. As cinco consultas realizadas durante o pré-natal confirmavam o período gestacional de 40 semanas. Disse que a avaliação clínica foi baseada na literatura, na escuta do batimento cardíaco fetal, no estímulo mecânico do bebê, na anamnese da mãe e no cartão do pré-natal (mídia digital de fls. 650).

Acesso ao Sumário

O corréu L.E. afirmou que iniciou seu plantão médico na S.C.A., no dia 13/03/2009 (sexta- feira) às 07hs, sendo que ele terminava no dia 14/03/2009 às 07hs. A paciente M.E. deu entrada, no Pronto-Atendimento da S.C. às 06hs50, no dia 14/03/2009. Internou a paciente às 07hs, do dia 14/03/2009, no término do seu plantão, por queixa de Bradicinesia Fetal (diminuição da movimentação fetal). A paciente estava com 40 semanas de gestação, ou seja, 09 meses completos, como atestava o ultrassom do I.S.R., apresentado pela gestante. Agiu de acordo com as normas padronizadas. Foi induzido pelo laudo do ultrassom, pois no mesmo constava a idade gestacional. Não é médico ultrassonografista e sim médico ginecologista/obstetra. O I.S.R. é referência em diagnóstico por

imagem na região. No momento da internação, a paciente apresentava bom estado geral, o feto estava vivo (BCF positivo batimentos cardíacos fetais positivos) e a paciente não tinha contrações uterinas (DU negativa dinâmica uterina negativa). A paciente não estava em trabalho de parto. Ao toque vaginal, o colo uterino estava impérvio (fechado). Baseado nesse exame clínico obstétrico admissional, não havia indicação de interrupção imediata da gestação. Havia a indicação de internação hospitalar, por cautela, para uma melhor investigação diagnóstica e posterior conduta obstétrica. Passou o plantão ao seu colega Dr. M.V., médico obstetra e as 09hs já estava em sua residência. Passou o caso clínico ao Dr. M., relatando que se tratava de gestante com queixa de Bradicinesia Fetal e com 40 semanas de gestação, segundo laudo do I.S.R., apresentado pela gestante. Relatou ao colega plantonista que internação da gestante era por cautela, para uma melhor investigação diagnóstica e posterior conduta obstétrica. No prontuário médico, não consta sua indicação para a realização de cesariana. O médico que lhe sucedeu no plantão tomou a conduta que entendeu mais adequada. Ressaltou que o quadro clínico da paciente não indicava trabalho de parto e não havia indicação imediata de cesárea. Disse não ser possível afirmar se no decorrer da internação houve a indicação para a cesariana, pois a obstetrícia é dinâmica. Asseverou que as 07hs, no momento da internação, não havia qualquer indicação de cesariana do ponto de vista clínico. Afirmou que internou a paciente e indicou o jejum, a tricotomia (raspagem dos pelos pubianos) e aplicação de soro glicosado, conforme fls. 117, apenas como medidas acautelatórias, caso o quadro clínico se alterasse, ela já estaria preparada para a cesariana de emergência. Teve acesso ao cartão de pré-natal e o mesmo apresentava rasuras e contradições clínicas obstétricas entre as consultas. Contou não ser comum a gestante ganhar peso e a altura da barriga diminuir, que foi o que ocorreu em uma das consultas, conforme cartão pré-natal. Na outra consulta, a gestante perdeu peso e a barriga aumentou. Esses dados não são coerentes, pois se a gestante ganhou peso, a barriga tem de aumentar, e se perdeu ela diminui. Não se recordou se no cartão de pré-natal havia anotações acerca do ultrassom obstétrico. O ultrassom assinado pelo Dr. M.G. lhe foi apresentado pela gestante. Na ultrassonografia, realizada em 13/01/09 constava a idade gestacional de 31 semanas e 04 dias. Pelos cálculos, no dia 14/03/09, a gestante estaria com 40 semanas de gestação. Não recebeu da paciente ou de sua família qualquer informação acerca do tempo de gestação (mídia digital de fls. 650).

A mãe da vítima, M.E.S.P., narrou que estava grávida e passou pelo plantão médico, oportunidade em que foi atendida pelo Dr. E., que a encaminhou ao Dr. M.V. O apelante fez exame de toque e disse que a operaria às 09hs30. Não realizou ultrassonografia antes do parto. Após o nascimento do bebê, descobriu-se que ele era prematuro. Não sabia o tempo de gestação. O médico disse que

Acesso ao Sumário

estava com 09 meses e 11 dias de gestação. Não disse ao médico que seu tempo de gestação era menor, pois se orientou pela ultrassonografia, que constatou que estava grávida de 09 meses. No dia dos fatos, não disse ao médico que seu bebê havia parado de se movimentar. Sabia que o tempo de sua gestação era inferior a 07 meses, mas a ultrassonografia atestou de forma diferente (mídia digital de fls. 561).

A testemunha de acusação B.H.S., tia de M.E., disse que a mãe de M.E. tem problemas de audição, por isso a acompanhava durante a gravidez. A ultrassonografia assustou a família, que atestou que M.E. estava com quase 08 meses de gestação, sendo que pelas contas de M.E., esta estava com 04 meses de gestação. No pronto-socorro, para onde foi por precaução, M.E. foi atendida pelo Dr. E.. O médico examinou o resultado da ultrassonografia e orientou M.E. a aguardar até o próximo sábado. O médico disse que, se até sábado, não iniciasse o trabalho de parto, realizaria uma cesariana. No sábado pela manhã, M.E. retornou ao hospital e o Dr. E. estava terminando seu plantão e a encaminhou para o Dr. M.V. O tempo todo, sua sobrinha exibiu a ultrassonografia para os médicos. A família confiou no exame. A ultrassonografia estava o tempo todo sob a posse do apelante. Na ultrassonografia, já deu para ver o sexo do bebê, por isso acreditou que M.E. houvesse se equivocado nas contas. O médico que realizou o atendimento pré-natal era do postinho da Vila Mariana. Não se recordou do nome de tal médico (mídia digital de fls. 561).

O médico perito A.P.C. narrou que emitiu parecer médico-legal por três ocasiões no caso dos autos. A ultrassonografia trouxe um dado equivocado, provavelmente erro de digitação. O laudo de ultrassonografia atestou tempo gestacional de 31 semanas, mas na realidade eram 21 semanas. O erro inicial foi de quem realizou o acompanhamento pré-natal, pois deveria ter constatado a discrepância de dados. O prazo gestacional normal é de 40 semanas. O médico que realizou o parto se baseou no resultado da ultrassonografia. Os demais dados constantes do laudo da ultrassonografia não eram compatíveis com o tempo gestacional de 31 semanas. Era possível constatar o erro através do laudo. Não conversou com M.E. Conversou com outros médicos especialistas. A análise foi realizada sobre a documentação recebida. Conhecia os réus. Não tinha nenhum problema com eles. No corpo do laudo ultrassonográfico, constam medidas que poderiam ter orientado o médico, como perímetro encefálico, perímetro torácico, tamanho do útero. O peso é um dado flagrante. No próprio filme da ultrassonografia, consta a idade gestacional de 21 semanas. O critério único que foi utilizado pelo médico era insuficiente para a realização da cesariana. Os exames médicos vêm para complementar o raciocínio clínico. Pelas normas médicas, o médico, ao analisar um exame, deve, primeiramente, observar o exame e tirar suas conclusões. Em seguida, deve confrontar o laudo com seu raciocínio inicial. Não deve ir diretamente ao laudo. Ao analisar o laudo,

Acesso ao Sumário

todos os seus dados devem ser examinados. A gestante era precoce e, por essa razão, era possível que houvesse alguma irregularidade menstrual. No laudo da ultrassonografia, os dados condizem com a idade gestacional de 31 semanas, mas os demais dados constantes não. O médico especialista não deve fazer a leitura do campo "impressão", sem antes analisar o campo "biometria fetal", constantes do laudo de ultrassonografia de fls. 310 dos autos. Se o médico tivesse atentado para os dados gerais da ultrassonografia, perceberia que a idade gestacional constante ao final divergia dos demais elementos do laudo. A discrepância do peso fetal constante no laudo, para um feto de 31 semanas, é de quase um quilo. Com os dados que o médico tinha em mãos, não poderia suspeitar de sofrimento fetal. A indicação do Dr. E. era de internação da paciente, apenas para observação (mídia digital de fls. 561).

A testemunha de acusação, o médico M.G. afirmou ter realizado ultrassonografia na gestante, dois meses antes dos fatos. No exame ultrassonográfico são colhidas medidas (diâmetro biparietal, circunferência cefálica, circunferência abdominal, comprimento femural e comprimento umeral), que são chamadas de biometria fetal. Para cada idade gestacional há um padrão das referidas medidas. Realizadas essas medições, o próprio aparelho, por meio de um software, calcula e emite a idade gestacional e o peso do feto. As medidas, o peso e a impressão do exame (idade gestacional provável) são anotados em uma folha. As anotações são repassadas para uma digitadora. O aparelho emite imagens da ultrassonografia, dentre elas, a imagem que contém as medidas (biometria fetal, peso fetal e idade gestacional). As fotografias são anexadas ao exame. As medidas obtidas foram compatíveis com 21 semanas e 04 dias de gestação. Confirmou que na impressão diagnóstica constou a informação de 31 semanas e 04 dias de gestação. Asseverou que as medidas constantes do laudo e nas fotografias do exame são compatíveis com um feto de 21 semanas e 04 dias, de acordo com a literatura. Afirmou que na ficha anotou a idade gestacional de 21 semanas e 04 dias, mas na impressão a idade constou de maneira equivocada. O laudo constando o erro de digitação foi entregue à gestante. Os dados constantes no exame, em especial, o peso do feto, eram capazes de indicar o erro na impressão do laudo. Um feto de 31 semanas pesaria, em média, 1,500Kg. O peso do bebê era de 400 gramas, aproximadamente. Constou em anexo ao laudo, a fotografia com a idade gestacional correta, somente o laudo foi impresso com a idade equivocada. Disse que seria aconselhável a realização de outros exames, pois a ultrassonografia realizada na 21ª semana de gestação não é determinante para uma atitude invasiva (cirurgia). O exame foi realizado dois meses antes da cirurgia. Além do quadro clínico, deveriam ser analisados os exames seriados e o acompanhamento pré-natal. Contou que o exame é realizado em um dia e é laudado e liberado em outra ocasião (mídia digital de fls. 696).

Acesso ao Sumário

A testemunha de defesa, o médico A.A.M., afirmou que teve contato apenas com o prontuário que lhe fora enviado. Não teve nenhum contato pessoal com o caso. O laudo do exame de ultrassonografia estimava a idade gestacional de 31 semanas. Durante o pré-natal foram feitas 05 consultas e, nessas consultas, a idade gestacional foi mantida. Todo o raciocínio médico se baseou nesse dado (31 semanas). No momento da internação da paciente, calculou-se a idade gestacional de 40 semanas e não de 31 semanas, uma vez que o cálculo de 31 semanas era do momento da realização do ultrassom. Havia uma incoerência entre a medida do bebê e o dado que o médico assinou. Afirmou que o melhor momento para se avaliar a idade gestacional não é o da internação (final da gravidez) e sim durante o pré-natal. O médico que atendeu a paciente no final da gestação foi induzido pelo relato clínico da paciente de que o bebê não se movimentava. Asseverou que nem todo obstetra deve conhecer as relações biométricas do feto, em todas as idades gestacionais. Disse que não se pode concluir a idade gestacional com base na biometria do feto, ao menos que se tenha uma tabela em mãos. As conclusões dependem de raciocínio clínico. Se o raciocínio partiu de que a gestante estava com 40 semanas de gestação e a paciente se queixa de diminuição de movimento fetal, a medida de 31 cm do útero poderia condizer com um feto pequeno. Disse que é possível que o médico que atendeu a gestante, foi induzido por um equívoco médico anterior. Afirmou que a conduta do réu não lhe pareceu inadequada, o que não quer dizer que agiria da mesma forma (mídia digital de fls. 578).

A testemunha de defesa, o médico G.L.A. afirmou que apenas teve acesso à cópia do processo. Tratava-se de uma paciente de 16 anos, que fez o acompanhamento pré-natal tardio e realizou uma ultrassonografia na 31ª semana de gestação. Nove semanas após a realização, a paciente deu entrada no hospital, queixando-se de diminuição de movimentação fetal. Realizou-se uma cesárea e no momento do nascimento, constatou-se que o tempo gestacional era inferior a 40 semanas. Disse que analisando o cartão de pré-natal e a avaliação clínica da paciente, concluiria que a gestação era de termo e o feto apresentava restrição de crescimento. Agiria da mesma forma, pois se havia uma gestação de termo e uma restrição de crescimento do feto, o bebê corria riscos. Procederia da mesma forma. O obstetra se baseia na conclusão do especialista e não nas fotos do exame. Disse que analisando os dados biométricos do laudo ultrassonográfico era possível concluir que a idade gestacional era menor (21 semanas) que a constante na conclusão (31 semanas). Em razão da divergência de dados do laudo, deveria ter sido refeito, no prazo máximo de 15 dias. A repetição do exame poderia confirmar se havia ou não uma restrição de crescimento. Disse que o acompanhamento pré-natal era o momento oportuno para solucionar a questão. Examinando a biometria, apenas, não seria possível a constatação, uma vez que nenhum obstetra sabe disso, utilizam-se tabelas próprias para os

Acesso ao Sumário

cálculos (mídia digital de fls. 578).

A testemunha de defesa, o médico X.P.R.M. afirmou que teve acesso ao prontuário. No prontuário constam dados inconsistentes, do ponto de vista do pré-natal. Pelos dados do prontuário, a conduta adequada seria, realmente, a interrupção da gravidez, tendo em vista o risco intrauterino para a criança. Teoricamente, quando realizada a ultrassonografia, já existia uma restrição de crescimento. A restrição do crescimento implicaria em uma altura uterina menor que a esperada para 40 semanas de gestação. Durante o pré-natal deveria ter sido realizado um novo exame, já que a gestação era de 31 semanas e o feto pesava apenas 400 gramas. No atendimento, identificou-se a idade gestacional de 40 semanas, restrição de crescimento e risco intrauterino. É protocolo. Não caberia, nesse momento, fazer uma nova ultrassonografia. Teria adotado a mesma solução (mídia digital de fls. 578)

É cediço, que a questão posta em julgamento revela-se deveras delicada, porquanto a imputação de responsabilidade penal, nos casos de prática médica, exige prova inabalável acerca da existência da culpa *stricto sensu* do profissional da medicina.

Em casos dessa natureza, para que o médico responda por homicídio culposo, além da comprovação da materialidade e da autoria do delito, é preciso que ele tenha praticado uma conduta (ação ou omissão) violando o seu dever de cuidado e que dessa violação tenha advindo à morte da vítima, ou seja, deve estar efetivamente demonstrado o nexo de causalidade entre o atendimento prestado pelo agente e o resultado fatal, não se admitindo presunções, por mais profundo que seja o pesar e a indignação que a morte possa causar.

E no caso em exame, bem analisado o conjunto probatório não se evidencia, com a certeza que uma condenação criminal exige, o nexo de causalidade entre o resultado morte e a negligência do apelante.

Pelo que se vê da prova, M.E. era uma gestante com 16 anos de idade, o que já evidencia uma possível gravidez de risco, que compareceu ao hospital queixando-se de que já estava com 09 meses de gestação e o bebê apresentava pouca movimentação intrauterina.

Apresentou no momento de seu atendimento o seu cartão de pré-natal, além de um ultrassom, cujo laudo, atestava que à época do exame a gestante estava com 31 semanas de gestação.

Também o seu cartão de pré-natal, embora apresentasse algumas incongruências, confirmava o período de gestação, tal qual apresentado no laudo.

Este era o quadro que se apresentava no momento em que o apelante iniciou seu atendimento à gestante.

A testemunha A., médico perito do IML, e o médico M., que realizou a

Acesso ao Sumário

ultrassonografia obstetrícia, confirmaram a ocorrência de um erro de digitação no laudo da USG obstétrica da gestante onde constou a informação equivocada sobre a idade gestacional do feto, indicando 31 (trinta e uma) semanas quando na realidade, teria apenas 21 (vinte e uma) semanas. Afirmaram, também, que pela análise dos demais dados constantes do exame (fotos, medidas e peso do feto), seria possível constatar o equívoco.

Por outro lado, têm-se os depoimentos das testemunhas de defesa, todos médicos obstetras, que foram unânimes em afirmar que as decisões médicas dependem de raciocínios clínicos e que o réu foi induzido a erro pela falha existente no laudo, aliada à suposta queixa da gestante sobre a diminuição de movimentação do feto, que levou à conclusão de que se tratava de uma gestação de termo com restrição de crescimento uterino, com riscos ao feto. A testemunha G. asseverou, ainda, que o médico obstetra tem que confiar nas informações constantes do laudo de ultrassonografia e no cartão de pré-natal. G. e X. relataram, também, que naquelas circunstâncias e com as informações que o apelante possuía o protocolo médico seria o de interrupção da gravidez.

Acrescente-se, que a própria gestante e sua tia, a testemunha B.H., disseram que acharam estranho o resultado do ultrassom, mas acreditaram que o tempo de gestação estivesse correto, tanto que nada mencionaram a respeito de tal dúvida, no ato da internação.

Assim, o que se vê dos autos é que não restou comprovada, repita-se, com a certeza que requer uma condenação criminal, que o recorrente tenha agido com culpa ou que tenha inobservado o dever de cuidado objetivo quando atendeu a gestante no hospital, o que seria imprescindível para a configuração do delito.

A prova testemunhal produzida em Juízo, onde se debateu questões técnicas e procedimentais da parte médica, não resolveu a questão de forma eficaz, de modo a concluir que o acusado agiu com negligência.

A propósito:

HOMICÍDIO CULPOSO - ERRO MÉDICO - INEXISTÊNCIA DE NEXO DE CAUSALIDADE E PREVISIBILIDADE OBJETIVA - ABSOLVIÇÃO MANTIDA. 1. A imputação de responsabilidade penal, nos casos de homicídio oriundo de erro médico, ou de prática médica imprudente ou negligente, desafia prova robusta, concreta na ciência da culpa stricto sensu do profissional da medicina, o que não se verifica no caso em apreço, restando incomprovado o nexo causal entre a conduta do agente e o evento lesivo, bem como a inobservância dos deveres objetivos de cuidado, razão porque deve-se manter a absolvição firmada. 2. Recurso desprovido. (TJMG, Apelação Criminal nº 1.0024.01.013155-5/001, Rel. Des. Antônio Armando dos Anjos, p. 27.10.2008).

PENAL - PROCESSO PENAL - ERRO MÉDICO - HOMICÍDIO CULPOSO - NEGLIGÊNCIA - CARÊNCIA DE PROVA - ABSOLVIÇÃO MANTIDA. Para a

Acesso ao Sumário

configuração da autoria de homicídio culposo, imputado a médico, no exercício da profissão, é necessária prova robusta da existência de culpa na causalidade do evento. (TJMG, Apelação Criminal nº 1.0452.01.002981-0/001, Rel. Des. Antônio Eli Lucas de Mendonça, p. 18.06.2008).

A acusação de homicídio, grave por si só, assume especial relevo quando, como no caso, dirigida a um médico, no exercício profissional da medicina. Daí a razão jurídica, e lógica, de se exigir a prova cabal, plena, segura e certa da existência da culpa na causalidade do evento, o que não se vislumbrou *in casu.*

Nestes termos, cabia ao Ministério Público comprovar que a morte da vítima decorreu de uma conduta culposa do acusado, ônus do qual não se desincumbiu. No máximo, permanece a dúvida e a sentença condenatória exige absoluta certeza, razão pela qual se impõe a absolvição.

Não se pode olvidar que a condenação penal deve estar embasada em provas que permitam ao julgador formar um juízo de convencimento certeiro, sendo que meros indícios cedem espaço ao princípio do *in dubio pro reo.*

Dessa forma, nos termos do artigo 386, VII, do Código de Processo Penal, impõe-se a absolvição do acusado em relação ao delito previsto no artigo 121, § 3º e 4º, do Código Penal, conquanto não demonstrada a conduta culposa necessária a embasar a condenação

3 – Ante o exposto, prejudicadas as preliminares arguidas, dá-se provimento ao recurso interposto por M.V.R.R. para absolvê-lo da imputação do artigo 121, § 3º e 4º, do Código Penal, com fundamento no artigo 386, VII, do Código de Processo Penal.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0091590-93.2009.8.26.0050, da Comarca de São Paulo, em que é apelante JOSÉ RAFAEL RODRIGUES DA SILVA, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 6ª Câmara Criminal Extraordinária do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 1.380)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores SOUZA NERY (Presidente) e EUVALDO CHAIB.

São Paulo, 29 de abril de 2016.

OTAVIO ROCHA, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: Posse de artefato explosivo ou incendiário, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar – Recurso defensivo – Absolvição por atipicidade da conduta – Artifícios pirotécnicos cuja utilização não está sujeita ao controle do Exército – Recurso provido.

VOTO

Inconformado com a decisão proferida pelo i. Juiz da 1ª Vara Criminal desta Capital às fls. 355/361, por meio da qual foi condenado pela prática do delito do artigo 16, parágrafo único, III, da Lei nº 10.826/03, ao cumprimento de 3 anos de reclusão e pagamento de 10 dias-multa, no patamar mínimo legal, contra ela se insurgiu o sentenciado supramencionado à fl. 366, arrazoando o apelo o i. Defensor Público que o assiste às fls. 372/373.

O i. Defensor Público pugna pela absolvição, argumentando que "*fogos de artifício indoor, acionados eletronicamente, sem espoleta*" (fl. 373), não podem ser inseridos na mesma categoria que "*artefatos explosivos ou incendiários*", o que torna atípica a conduta imputada ao sentenciado. Subsidiariamente, alega que "*houve erro sobre a ilicitude do fato, a isenta-lo de pena (erro inevitável)*" (fl. 374).

Contra-arrazoado o recurso (fls. 377/393), a E. Procuradoria de Justiça Criminal manifestou-se pelo desprovimento do apelo.

É o relatório.

O recurso comporta provimento.

Cumpre destacar, em primeiro lugar, que as normas penais incriminadoras previstas pela Lei nº 10.826/03, que instituiu o Estatuto do Desarmamento, são daquelas que a doutrina denomina de "normas penais em branco", porque contém "*preceitos indeterminados ou genéricos, que devem ser preenchidos ou completados*"[1] por outra norma jurídica, sem a qual sua eficácia resta prejudicada.

A técnica de criação de normas penais em branco é largamente aceita pela doutrina[2], enquanto necessária para evitar a permanente modificação do conteúdo das leis penais que afetam âmbitos da vida moderna sujeitos a contínua variação (atividade econômica, meio ambiente, consumo, urbanismo etc). Efetivamente, em determinadas situações em que a mutabilidade do fenômeno social gera

1 MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Manual de direito penal, volume 1: parte geral, arts. 1º a 120 do CP*. 31ª ed. São Paulo: Atlas, 2015, pág. 33.

2 Como assevera JESCHECK, Hans-Heinrich, *Tratado de Derecho Penal, Parte General* (tradução para o castelhano de José Luiz Manzanares Samaniego). Granada: Ed. Comares, 4ª ed., 1998, pág. 98, *"Las leyes penales en blanco no son inadmisibles, aunque en su contenido se remitan a otros preceptos que todavía pueden ser desconocidos, pues para ellos vale también la presunción de adecuación al Derecho"*.

novas formas de ataque ao bem jurídico protegido em velocidade que supera a dinâmica da atividade legislativa, torna-se indispensável recorrer a conceitos e definições técnicas voltados a dar concreção e efetividade à norma de proibição.

Nesse casos, "*parece mais recomendável que a lei penal seja somente o 'marco', e se delegue a autoridades ou instâncias inferiores a determinação do 'conteúdo' variável do mesmo*"[3], como solução para a manutenção de um nível de proteção adequado aos bens jurídicos que se pretende tutelar via do emprego do Direito Penal.

Porém, como adverte JESCHEC[4], embora o Direito Penal admita a formulação de leis penais em branco, "*o legislador deve estabelecer inequivocamente a cominação legal, assim como descrever com tal precisão e conteúdo a finalidade e o alcance da autorização (dada a instância que deve gerar a norma complementar - acrescentamos), que o destinatário da lei penal possa extrair dela mesma os pressupostos de punibilidade e a classe de pena correspondente, pois do contrário não se respeitaria o princípio de determinação 'legal' do delito e da pena"[5], que é um dos consectários do princípio de legalidade*[6].

Em se tratando do bem "segurança coletiva"[7], que o legislador penal busca proteger (entre outras formas) através do combate à comercialização clandestina e uso indiscriminado de *armas e artefatos explosivos* pelos cidadãos, a necessidade da correta definição do venha a ser "arma", "munição" e "artefato explosivo ou incendiário" não pode prescindir do conhecimento técnico dos especialistas que compõem os órgãos públicos legalmente responsáveis pelo seu controle.

Especificamente no que tange aos tipos penais disciplinados pelo Estatuto do Desarmamento, as definições dos elementos normativos "armas de fogo" (tanto as de uso permitido quanto as de uso restrito), "munições" e "artefatos explosivos ou incendiários", constam de norma complementar, no caso o Decreto

3 Cf. ANTONIO GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, *Derecho Penal - introducción*, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, 2000, pág. 257.

4 *Op. y pág. cit.*

5 No mesmo sentido, DAMÁSIO EVANGELISTA DE JESUS, *Direito Penal*, São Paulo: Ed. Saraiva, 1º Vol., Parte Geral, 1983, pág. 20, citando Soler, "segundo o qual a lei penal em branco... não é nunca uma carta branca outorgada a esse poder para que assuma funções repressivas, e sim, o reconhecimento de uma faculdade meramente regulamentar".

6 Para ANTONIO GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, op. cit., pág. 256, "o reenvio indiscriminado a normas de categoria inferior põe em perigo o princípio de legalidade (reserva de lei) e o de divisão de poderes pela ingerência da administração em competências próprias do Poder Legislativo". Esse autor acrescenta, ainda, que esse perigo é denunciado de forma unânime pela doutrina, citando, no âmbito do Direito Espanhol, os autores MUÑOZ CONDE, GARCÍA ARÁN, QUINTERO OLIVARES, COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, LUZÓN PEÑA e CEREZO MIR.

7 Vide a respeito TERRA DE OLIVEIRA, William & FLÁVIO GOMES, Luiz, *Lei das Armas de Fogo.* São Paulo: Ed. RT, São Paulo, 1998, pág. 49.

Acesso ao Sumário

nº 3.665/00, responsável por instituir o Regulamento para a Fiscalização de Produtos Controlados (R-105).

E, de acordo com o Anexo I do referido diploma legal, tanto os fogos de artifício comuns, quanto os "*indoor*" (classificados pelo Exército como "artifícios pirotécnicos"), estão enquadrados na categoria de controle nº 3, e são, portanto, sujeitos a controle do Exército apenas no que tange à sua fabricação, importação, exportação, desembaraço alfandegário e transporte em saída da fábrica, porto ou aeroporto, sendo as atividades de comércio, utilização e transporte comum, classificadas como "*Atividades não sujeitas a controle*" (art. 10 do Decreto nº 3.665/00).

Tal informação consta, inclusive, do Ofício nº 013-GT-SFPC/2, expedido pelo Chefe de Estado-Maior da 2ª Região Militar do Exército Brasileiro, acostado à fl. 162, que esclarece que a utilização de referidos produtos, *de per si*, não é sujeita a controle, exigindo-se apenas da empresa responsável pela realização de espetáculos pirotécnicos que possua Certificado de Registro no Exército.

De ser assim que, não estando os produtos apreendidos na posse do réu discriminados na norma complementar dentre aqueles que estão "*sujeitos a controle*", não há como concluir que o recorrente violou o tipo penal a ele imputado na denúncia, quer porque não houve posse de "*artefato explosivo ou incendiário*" (eis que os produtos são classificados pelo Exército como meros artifícios pirotécnicos), quer porque tal posse não se deu "*sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar*".

Entendimento contrário implicaria ofensa ao *princípio de legalidade*, baluarte da defesa dos cidadãos contra eventuais excessos do poder estatal em matéria Penal, que está expressamente estabelecido na Constituição Federal de 1988 (artigo 5º, inciso XXXIX) e em todos os instrumentos declaratórios dos direitos e garantias individuais de caráter internacional ratificados pelo Brasil[8].

Desse princípio deriva o conceito de *tipicidade penal* que, em seu sentido formal[9] (ou legal), corresponde a *exata adequação da conduta praticada pelo agente à descrição abstrata prevista na norma penal incriminadora e constitui um dos elementos do fato típico.*

Uma das mais importantes decorrências do *princípio de legalidade* é a necessidade de que a lei seja precisa (*lex stricta*) e imune à analogia (*in malam partem*...), "*dando lugar ao denominado 'mandato de determinação', que exige que a lei determine de forma suficientemente diferenciada as distintas condutas puníveis e as penas que podem acarretar*[10]".

Acesso ao Sumário

8 Da Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, a Convenção Americana de Direitos Humanos, de 1969 (derivada do "Pacto de San José da Costa Rica", de 1966).

9 Sobre a tipicidade em seu sentido material (ou "conglobante"), vide ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *Manual de Direito Penal Brasileiro*. "Parte Geral". 3ª ed.: São Paulo, Revista dos Tribunais, 2001, pág. 459.

10 Cf. SANTIAGO MIR PUIG, op. cit., pág. 78. Conforme ainda este autor, "*Referido 'mandato*

E, muito embora o Direito Penal tenha evoluído significativamente nos últimos dois séculos, as diferentes concepções[11] elaboradas acerca dos seus fundamentos e estrutura sempre mantiveram a tipicidade como elemento essencial do *fato típico* (assim como a "conduta", o "resultado" e o "nexo causal"), cuja ausência, assim, impede o reconhecimento da existência de *crime.*

Pode-se afirmar, então, que sempre que não é possível constatar, com a certeza necessária, que existe relação de plena conformidade entre a conduta imputada ao autor do fato e a norma contida no tipo penal, está o Estado impedido de empregar o Direito Penal para impor a ele qualquer espécie de sanção de natureza penal.

De todo o dito impende concluir que, em não havendo na norma complementar à norma penal em branco do artigo 16, parágrafo único, inciso III, da Lei nº 10.826/03, qualquer disposição de limite ou controle que tivesse sido violada pelo acusado, a conduta por ele praticada não pode subsumir-se à norma incriminadora para o fim de imposição de qualquer sanção penal, por absoluta atipicidade.

Ante o exposto, pelo meu voto, **DOU PROVIMENTO** ao recurso para, com fulcro no art. 386, III[12], do CPP, absolver o réu JOSÉ RAFAEL RODRIGUES DA SILVA da imputação pela prática do crime do artigo 16, parágrafo único, III, da Lei nº 10.826/03.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0000063-73.2014.8.26.0571, da Comarca de Itapetininga, em que é apelante IZILDA DE FÁTIMA CASTELLO, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 15ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram parcial provimento ao recurso defensivo, para condenar IZILDA DE FÁTIMA CASTELLO à pena definitiva de 3 anos e 4 meses de reclusão, no regime semiaberto, além de 333 dias-multa, no piso, por incursa no artigo 33, *caput*, c.c. o artigo 40, inciso III, ambos da

Acesso ao Sumário

de determinação' constitui um aspecto material do princípio de legalidade que trata de evitar a burla ao significado de segurança e garantia do princípio de legalidade, burla essa que teria lugar se a lei penal prévia se limitasse a utilizar 'cláusulas gerais" absolutamente indeterminadas".

11 Para resumi-lo em uma frase, as teorias clássica e neoclássica, definidoras do crime como "fato típico, antijurídico e culpável, assim como a teoria finalista e seus desdobramentos, definidoras do crime como "fato típico e antijurídico".

12 CPP - Art. 386: "O juiz absolverá o réu, mencionando a causa na parte dispositiva, desde que reconheça: (...) III - não constituir o fato infração penal".

Lei nº 11.343/2006. V.U. Sustentou oralmente Aluísio Iunes Monti Ruggeri Ré e fez uso da palavra o Exmo. Sr. Procurador de Justiça Dr. Paulo Juricic.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 37.005)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores WILLIAN CAMPOS (Presidente), ENCINAS MANFRÉ e RICARDO SALE JÚNIOR.

São Paulo, 12 de maio de 2016.

WILLIAN CAMPOS, Relator

Ementa: TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES – APREENSÃO DE 1 PORÇÃO DE MACONHA PESANDO 40,74 GRAMAS E UMA PORÇÃO DE COCAÍNA PESANDO 54,20 GRAMAS – CONDENAÇÃO LASTREADA EM PROVA FIRME DA AUTORIA E DA MATERIALIDADE – PENA AJUSTADA – PARCIAL PROVIMENTO DO RECURSO.

VOTO

Trata-se de recurso de apelação interposto contra a r. sentença de fls. 197/208, cujo relatório se adota, que julgou procedente a ação penal promovida pela **JUSTIÇA PÚBLICA** condenando **IZILDA DE FÁTIMA CASTELLO** à pena de **4 anos, 10 meses e 10 dias de reclusão, no regime inicial semiaberto, além do pagamento de 485 dias-multa, no piso, por incursa nos artigo 33, *caput*, c.c. o artigo 40, inciso III, ambos da Lei nº 11.343/2006.**

Inconformada, apela a ré, alegando que a prova foi obtida por meio ilícito, já que foi fruto de revista íntima, razão pela qual o processo é nulo; pede a concessão do redutor previsto no artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006, na proporção de 2/3; postula a fixação do regime aberto para o desconto corporal e a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. Requer o provimento do recurso (fls. 218/233).

O recurso foi processado com contrariedade oferecida pela acusação (fls. 236/240).

A Douta Procuradoria de Justiça manifestou-se pelo desprovimento do recurso (fls. 248/258).

É o Relatório.

A preliminar de nulidade arguida não merece acolhimento.

Isso porque, a revista pessoal é procedimento de rotina em estabelecimento prisional no país e visa justamente impedir a entrada de arma, drogas e outros itens que possam comprometer a segurança interna dos presídios.

Acesso ao Sumário

Saliente-se que a revista íntima não viola a Constituição Federal *"(...) Em outras palavras, é possível a mitigação do direito à intimidade da pessoa, como na espécie, em benefício da preservação de outros direitos constitucionais igualmente consagrados, uma vez que não há, no ordenamento jurídico-constitucional, direitos fundamentais de caráter absoluto"* (MS n. 23.452/RJ, Tribunal Pleno, Rel. Min. Celso de Mello, DJ de 12/5/2000).

Ademais, o direito à intimidade não pode servir de escudo protetivo para a prática de ilícitos penais, como o tráfico de entorpecentes no interior de estabelecimentos prisionais, especialmente no caso em que a revista foi realizada por agente do sexo feminino e sem qualquer procedimento invasivo (Nesse sentido: HABEAS CORPUS Nº 328.843/SP, Relator Ministro FELIX FISCHER, Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, J. 15.10.2015).

Assim, rejeita-se a preliminar arguida.

No mérito, consta na denúncia que no dia 27 de dezembro de 2014, por volta das 8h40min, na Rodovia Gladys Bernardes Minhoto, Km 63, Penitenciária II, Itapetininga/SP, **IZILDA DE FÁTIMA CASTELLO**, trazia consigo, para fins de tráfico, **1 porção de maconha pesando 40,74 gramas e 1 porção de cocaína pesando 54,20 gramas**, substâncias entorpecentes, que causam dependência física e psíquica, sem autorização e em desacordo com determinação legal e regulamentar.

Segundo foi apurado, Izilda compareceu à Penitenciária II com a finalidade de visitar o acusado Everton, seu companheiro. Durante a revista pessoal, as agentes penitenciárias Gislayne Cristina Campos Ferriello e Miriam Alessandra Kitt de Barros notaram que Izilda trazia algo introduzido em seu órgão genital.

A acusada, após ser instada a retirar o invólucro de seu órgão genital, não questionou o pedido e retirou de dentro de si um preservativo, no qual havia em seu interior uma porção de maconha e uma porção de cocaína.

Izilda em seu interrogatório declarou que a porções de droga eram para Everton, seu amásio (fl. 6).

Em juízo, a acusada tornou a confessar que levou para o interior do presídio, em seu genital, as porções de maconha e de cocaína; ressaltou a ré que no dia dos fatos foi abordada por agentes de segurança e confessou que trazia consigo as porções de entorpecentes e retirou as substâncias ilícitas do seu genital, entregando às funcionárias; asseverou a acusada que um indivíduo desconhecido lhe prometeu dinheiro para introduzir as substâncias ilícitas no interior do presídio (*interrogatório constante do CD - fl. 128*).

Corroborando com a confissão, as declarações das agentes de segurança Gislayne e Mirian que confirmaram que no dia dos fatos a ré ingressou no estabelecimento prisional trazendo consigo uma porção de maconha e outra de cocaína no interior do seu genital; asseveraram as depoentes que durante a

Acesso ao Sumário

revista pessoal viram as porções de droga e pediram à acusada que as retirasse; asseveraram as testemunhas que Izilda retirou o preservativo que continha as porções de maconha e cocaína do seu genital e lhes entregou (*depoimentos constantes do CD - fl. 128*).

Sabe-se que os depoimentos dos policiais valem como prova, inexistindo razão para desmerecê-los, pois na condição de servidores públicos, no exercício de suas funções, gozam de presunção *juris tantum* de que agem corretamente, sobretudo quando suas afirmações são compatíveis com o conjunto probatório. Além disso, "*A simples condição de policial não torna a testemunha impedida ou suspeita*" (STF, RTJ 68/54).

No caso em análise, não há motivos para se desconsiderar os depoimentos prestados pelas agentes de segurança, especialmente no caso em que estão em sintonia com a confissão.

Inviável, nesse contexto, o acolhimento da pretensão absolutória.

Da reprimenda:

A pena-base foi fixada no piso, ou seja, 5 anos de reclusão, além de 500 dias-multa, no piso.

Na segunda fase da dosimetria, não obstante a confissão espontânea, a reprimenda não foi reduzida, visto que nos termos da Súmula 231 do Superior Tribunal de Justiça a incidência de atenuante não pode reduzir a sanção aquém do mínimo.

Na terceira fase da dosimetria, considerando que o crime foi praticado no interior de *presídio* (*artigo 40, inciso III, da Lei nº 11.343/2006*), foi ponderada a majoração na proporção de 1/6, resultando 5 anos e 10 meses de reclusão, além de 583 dias-multa, no piso.

Depois, deve ser concedido à sentenciada o redutor previsto no artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006, para diminuir a sua reprimenda para **3 anos e 4 meses de reclusão, além de 333 dias-multa, no piso**, não se justificando diminuição em proporção maior, pois o juiz, analisando o caso concreto tem liberdade para, dentro dos limites estabelecidos pelo legislador, optar por uma redução mínima ou mesmo por um aumento máximo, diante da gravidade do crime.

Mesmo porque, cabe ao Poder Judiciário resguardar a ordem social e jurídica, dando a medida exata da reprimenda adequada a coibir estas condutas extremamente deletérias e, ao mesmo tempo, objetivando a reeducação do apenado, para que ele volte a viver em sociedade e, mais, trilhe o caminho do cumprimento de suas obrigações, deveres e restrições naturais.

Foi fixado o regime semiaberto para o desconto corporal, sem recurso do Ministério Público, motivo pelo qual deve ser mantido, sob pena de configurar *reformatio in pejus.*

Acesso ao Sumário

Inviável a fixação do regime aberto ou a substituição da privativa de liberdade por restritiva de direitos.

É certo que a decisão do colendo Supremo Tribunal Federal nos autos do HC 97.256/RS, consolidada pela Resolução nº 5 do Senado Federal, reconheceu ser possível a aplicação do artigo 44 do Código Penal para os delitos previstos na Lei de Drogas; todavia, não afastou do julgador natural o poder de efetuar tal conversão levando em conta as circunstâncias concretas de cada caso.

Não se pode perder de vista que a traficância é mola propulsora da criminalidade que assola o país, uma vez que o usuário, na ânsia de sustentar seu vício, pratica toda sorte de delitos, abalando consequentemente toda a sociedade.

Por isso, o legislador Constitucional estabeleceu tratamento severo para o crime de tráfico (*artigo 5º, inciso XLIII, LI e artigo 243, parágrafo único, ambos da CF*). No mesmo sentido se direcionou o legislador infraconstitucional, que equiparou a traficância a crime hediondo, subordinando os autores de delitos desse gênero às previsões específicas e mais rigorosas fixadas pela Lei nº 8.072/90.

Destarte, mostra-se incompatível com o sistema a fixação de regime diverso do fechado para o desconto corporal ou a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, uma vez que o objetivo da Lei foi desestimular a traficância, estabelecendo sanções rígidas àquele que dissemina o vício e no caso a sentenciada já foi beneficiada com a aplicação do regime intermediário, sem recurso da acusação.

Ademais, cabe ao Poder Judiciário resguardar a ordem social e jurídica, dando a medida exata da reprimenda e fixar o regime adequado a coibir estas condutas extremamente prejudiciais e, ao mesmo tempo, objetivando a reinserção social do apenado, para que ele volte a viver em sociedade e, mais, trilhe o caminho do cumprimento de suas obrigações, deveres e restrições naturais e no caso, repita-se, a sentenciada já foi bastante beneficiada com a fixação do regime semiaberto para o cumprimento da pena.

Nessas circunstâncias, dá-se parcial provimento ao recurso defensivo, para condenar IZILDA DE FÁTIMA CASTELLO à pena definitiva de 3 anos e 4 meses de reclusão, no regime semiaberto, além de 333 dias-multa, no piso, por incursa no artigo 33, *caput*, c.c. o artigo 40, inciso III, ambos da Lei nº 11.343/2006.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0000035-

Acesso ao Sumário

64.2014.8.26.0326, da Comarca de Lucélia, em que é apelante MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, é apelado A.S.

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 21.515)**

O julgamento teve a participação dos Exmo. Desembargadores NUEVO CAMPOS (Presidente) e RACHID VAZ DE ALMEIDA.

São Paulo, 19 de maio de 2016.

FRANCISCO BRUNO, Relator

Ementa: Apelação. Estupro de vulnerável. Sentença que defere o benefício da dúvida. Laudo de exame que não confirma, com certeza, a existência da relação sexual imputada na denúncia. Dúvida razoável. Absolvição correta. Recurso não provido.

VOTO

Ao relatório da r. sentença (fls. 155 e ss.), acrescento que A.S. foi absolvido, com fundamento no art. 386, VII, do Código de Processo Penal, da acusação de infringir o art. 217-A do Código Penal. Apelou o Ministério Público (fls. 162 e ss.), afirmando haver prova do crime, acima de dúvida razoável; respondido o recurso (fls. 182 e ss.), a douta Procuradoria Geral de Justiça manifestou-se pelo não provimento (fls. 195 e ss.).

É o relatório.

Embora seja de ressaltar a combatividade do Ministério Público, não merece reparo a excelente sentença do digno Magistrado Fábio Renato Mazzeo Reis. Nesse sentido, aliás, é também o excelente parecer da douta Promotora de Justiça designada em segunda instância, Carla Maria Altavista Mapelli.

É da denúncia que, no dia 13 de novembro de 2013, o apelado teria mantido relações sexuais com L. C., de treze anos de idade; mantinha com ela relacionamento sexual.

Desde logo, ressalto que, a meu ver, ainda que houvesse prova efetiva da materialidade (e bem se demonstrou na r. sentença, não há); ainda que houvesse essa prova, eu dizia, o crime não estaria caracterizado.

Com efeito, embora uma leitura superficial do art. 217-A do Código Penal possa levar à conclusão de que a mera prática de qualquer ato de natureza sexual com menor de catorze anos constitua crime, essa interpretação é incompatível não só com a realidade atual, mas com a legislação em seu todo. Num País onde,

Acesso ao Sumário

à tarde, se exibem novelas exaltando o sexo adolescente como algo normal e até saudável, como tratar crianças prestes a completar treze ou catorze anos como se fossem débeis mentais? E, pior, punindo, com penas de oito ou mais anos de reclusão, os idiotas que acreditam na sinceridade dos que criticam o "moralismo burguês"? A modernidade, é certo, parece cada vez mais esquizofrênica; isso não nos impede, porém, de lutar contra, pelo menos, os sintomas.

Tais considerações, pode-se dizer, seriam válidas somente **de lege ferenda**; porém, há também o segundo aspecto acima ressaltado, a afastar a interpretação literal: a compatibilidade da legislação brasileira como um todo. A meu ver, é inegável que o art. 217-A do Código Penal, se literalmente interpretado, estaria em flagrante contradição com o art. 2º, **caput**, do Estatuto da Criança e do Adolescente: "Considera-se criança, para os efeitos desta Lei, a pessoa até doze anos de idade incompletos, e adolescente aquela entre doze e dezoito anos de idade". Assim, a própria **legislação especial** que visa, especificamente, a proteger as vítimas potenciais do crime de que aqui se trata diferencia, claramente, entre criança (até doze anos incompletos) e adolescentes (doze anos ou mais).

De tal sorte, tendo em vista que um dos princípios fundamentais da hermenêutica é de que a interpretação não pode levar a resultados absurdos, parece claro, com todo o respeito pelo posicionamento divergente, que correta é a interpretação que integra os dois dispositivos: dos doze aos catorze anos, a vulnerabilidade da vítima – que, afinal, é juridicamente adolescente, tanto quanto a que tem quinze ou dezoito anos – é presumida; e, obviamente, presumida **juris tantum.**

Pois bem: neste caso, o próprio parecer psicológico (aliás citado nas razões de recurso, fls. 166) é claro ao afirmar que a análise levada a efeito revela "a precocidade da adolescente L. em relação ao início de sua vida sexual, considerada por ela como escolha atrelada a seu envolvimento afetivo" com o apelado; acrescente que a "precocidade se faz também presente no grau de discernimento demonstrado, o que indica uma maturidade relativa" (fls. 67/68). Ressalva, é certo, que "não se considera que ela poderia ter, com treze anos, a maturidade esperada para estabelecer relacionamentos afetivo-sexuais"; mas há, em seguida, uma – digamos assim – ressalva da ressalva: "(…) porém, subjetivamente, a conjunção carnal significou para L. uma escolha pessoal, ligada a seu envolvimento afetivo" (fls. 68).

Seria demais, portanto, exigir que o apelado – afinal, por igual recém saído da adolescência – soubesse que a apelante era considerada, pela lei, incapaz de saber o que estava fazendo.

Fica isso dito, porém, para evitar a necessidade de nova análise da prova, muito bem levada a efeito na r. sentença, sem que se fale em inexistência de fundamento. Pois, como bem salientou o digno Juiz de Direito, neste caso

Acesso ao Sumário

não há sequer prova segura da materialidade, "já que nem mesmo o exame de conjunção carnal a que L. foi submetida foi conclusivo a respeito" de sua existência (fls. 157). E, com efeito, o laudo de exame de corpo de delito é claro ao afirmar, em resposta à questão acerca da virgindade da vítima: "Hímen com características dubitativas" (fls. 7).

Ante tais evidências, parece claro que a melhor solução era mesma a adotada pelo digno e prudente Magistrado.

Ante o exposto, meu voto **nega provimento** ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0800185-72.2012.8.26.0361, da Comarca de Mogi das Cruzes, em que é apelante PAULO RODRIGUES DE SOUZA, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 10ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Rejeitaram a matéria preliminar e, quanto ao mérito, deram parcial provimento ao recurso de Paulo Rodrigues de Souza para, reconhecida a continuidade delitiva entre os dois crimes de calúnia e o crime de difamação, praticados nos autos do Proc. 6.313/09, e o crime de calúnia, praticado nos autos do Proc. 5.307/05, reduzir suas penas para 1 (um) ano, 1 (um) mês e 2 (dois) dias de detenção e 49 (quarenta e nove) dias-multa. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 34.173)**

O julgamento teve a participação dos Exmo. Desembargadores NUEVO CAMPOS (Presidente), RACHID VAZ DE ALMEIDA e CARLOS BUENO.

São Paulo, 19 de maio de 2016.

NUEVO CAMPOS, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: APELAÇÃO – CALÚNIA E DIFAMAÇÃO CONTRA FUNCIONÁRIO PÚBLICO, EM RAZÃO DE SUAS FUNÇÕES – MATÉRIA PRELIMINAR – AUSÊNCIA DE NULIDADES – INÉPCIA DA DENÚNCIA NÃO DEMONSTRADA – PRESENÇA DE JUSTA CAUSA PARA A PERSECUÇÃO PENAL – REPRESENTAÇÃO DEVIDAMENTE APRESENTADA – R. DECISÃO QUE RECEBEU A DENÚNCIA E R. SENTENÇA DEVIDAMENTE

MOTIVADAS – INOCORRÊNCIA DE CERCEAMENTO DE DEFESA – AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DE VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS, EM ESPECIAL, DO DEVIDO PROCESSO LEGAL, DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA – RECONHECIMENTO DE NOVA QUALIFICAÇÃO JURÍDICA – PRELIMINAR REJEITADA – MÉRITO – AUTORIA E MATERIALIDADE DEMONSTRADAS – TIPICIDADE DAS CONDUTAS DO ACUSADO – INAPLICABILIDADE DO ART. 142, I, DO CÓD. PENAL, BEM COMO DO ART. 7º, § 2º, LEI 8.906/94 – NÃO RESTOU CARACTERIZADA A HIPÓTESE DE RETRATAÇÃO – RECONHECIMENTO DE CONTINUIDADE DELITIVA – REDUÇÃO DAS PENAS – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

VOTO

Vistos.

Trata-se de recurso interpostos por Paulo Rodrigues de Souza contra a r. decisão monocrática de fls. 438/466, que julgou procedente a inicial e condenou-o, como incurso, em concurso formal, no art. 138*, caput*, combinado com o art. 141, II, por duas vezes, e no art. 139, *caput*, combinado com o art. 141, II, e, em concurso material, no art. 138, *caput*, combinado com o art. 141, II, todos do Cód. Penal, a 1 (um) ano, 8 (oito) meses e 16 (dezesseis) dias de detenção, em regime aberto, e a 56 (cinquenta e seis) dias-multa, à razão de 1/3 (um terço) do salário-mínimo, concedido o direito de recorrer em liberdade.

A pena privativa de liberdade foi substituída por restritivas de direitos, consistente em prestação de serviços à comunidade, pelo mesmo prazo da sanção corporal, e por 10 (dez) dias-multa, à razão de 1/3 (um terço) do salário-mínimo, sem prejuízo da já aplicada.

Pugna, preliminarmente, pelo que se infere das razões recursais, pelo pronunciamento de nulidade processual, por inépcia da denúncia e ausência de justa causa para a persecução penal; por ausência da necessária representação do ofendido para o oferecimento da denúncia; por ausência de fundamentação, tanto da r. decisão que recebeu a denúncia, quanto da r. sentença recorrida; por cerceamento de defesa e ofensa a princípios constitucionais, em especial, os do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, consistente em inobservância do procedimento sumaríssimo, pela não aplicação dos benefícios

Acesso ao Sumário

previstos na Lei 9.099/95 (fls. 487/534).

Quanto ao mérito, pleiteia, em suma, a absolvição, sob os fundamentos da insuficiência probatória e da atipicidade das condutas do acusado.

Pede, também, a aplicação do art. 142, I, do Cód. Penal, o reconhecimento da retratação do réu, ou, ainda, da continuidade delitiva, bem como a redução das penas.

Contra-arrazoado o recurso (fls. 557/571), manifestou-se o D. Representante do Ministério Público em segundo grau de jurisdição pelo não provimento do recurso (fls. 605/612).

É, em síntese, o relatório.

A matéria preliminar não comporta acolhimento.

Insta consignar, de início, que, a teor do art. 563, do Cód. de Proc. Penal, o pronunciamento de nulidade tem como pressuposto a demonstração de prejuízo para a parte, o que não se demonstrou e não se vislumbra no caso em tela.

Não há que se falar em inépcia da denúncia, pois foram preenchidos os requisitos do art. 41, do Cód. de Proc. Penal, e a descrição fática das práticas ilícitas imputadas ao réu apresenta-se como suficiente ao exercício da ampla defesa.

De qualquer forma, não se demonstrou a ausência de justa causa para a persecução penal.

Inviável, também, o acolhimento da tese defensiva no sentido de que não foi apresentada a devida representação do ofendido.

Não há exigência legal de forma especial para a representação na hipótese de ação penal pública condicionada.

Assim sendo, não há dúvida de que foi apresentada no caso em tela.

Pelo que se verifica dos autos, em particular do ofício de fls. 1/2, houve inequívoca manifestação do ofendido no sentido de ver o acusado processado pelos fatos tratados na denúncia, sendo desnecessária a equivalência entre a qualificação jurídica apresentada no mencionado ofício e na inicial acusatória.

Acesso ao Sumário

Não há que se falar, também, em ausência de fundamentação da r. decisão que recebeu a denúncia.

Importa considerar, em conformidade com os termos dos arts. 396 e 396-A, ambos do Cód. de Proc. Penal, que o recebimento da denúncia insere-se no âmbito do juízo de admissibilidade da imputação dirigida ao acusado, assim como a apreciação da resposta preliminar à acusação, razão pela qual não há que se falar em fundamentação aprofundada, sob pena de indevida antecipação do julgamento do feito.

Importa considerar, também, que a r. sentença condenatória está, devidamente, fundamentada.

Foram examinados os elementos de prova produzidos durante a persecução penal, com a conclusão de que o conjunto probatório indica a procedência da inicial.

Não há, à evidência, necessidade de análise específica de todas as teses ou argumentos defensivos, reputando-se afastados aqueles cujo acolhimento é incompatível com a solução dada ao feito.

O cerceamento de defesa, da mesma forma, não restou caracterizado.

Importa considerar, de início, que a Lei 9.055/95, em seu art. 60, determina que o Juizado Especial Criminal tem competência para o julgamento e a execução de infrações penais de menor potencial ofensivo.

Há que se considerar, ademais, que, nos termos do art. 61, do mesmo diploma normativo, "*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*".

Todavia, não há previsão legal específica sobre a situação analisada no caso em tela, ou seja, na hipótese de concurso de crimes, cuja somatória das penas em abstrato ultrapassa 2 (dois) anos.

Por outro lado, importa considerar que o entendimento predominante, tanto na doutrina, quanto na jurisprudência, é no sentido de que havendo concurso de crimes, em que a somatória das penas seja superior a 2 (dois) anos, afasta-se a competência do R. Juizado Especial Criminal, que passa a ser do R. Juízo Comum.

Importa anotar, neste sentido, que a adoção do procedimento sumário ou ordinário, em detrimento ao procedimento sumaríssimo, à evidência, não implica em prejuízo às partes, porém, ao contrário, privilegia os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, tendo em vista que propicia maior dilação probatória.

Da mesma forma, não há que se falar em nulidade pela não concessão dos benefícios previstos na Lei 9.099/95, questão esta que foi alcançada pela preclusão.

Importa considerar, de qualquer forma, que o acusado não faz jus a concessão dos benefícios previstos na Lei 9.099/95, devido ao mencionado concurso de crimes.

Há que se considerar, ainda, que a presente hipótese é de *emendatio libelli*, prevista no art. 383, do Cód. de Proc. Penal, ou seja, desde que a matéria fática esteja devidamente descrita na inicial, é possível o reconhecimento de nova qualificação jurídica, ainda que importe em aplicação de pena mais grave.

No caso em tela, a denúncia ofertada já descrevia, com suficiência, logo

Acesso ao Sumário

de início, as condutas delitivas consideradas na r. decisão condenatória.

A requalificação das condutas do apelante, com base no art. 383, do Cód. de Proc. Penal, não merece, desta forma, qualquer reparo.

Tal circunstância, importa considerar, foi objeto de consideração específica na r. sentença condenatória (fls. 462/464).

Desde modo, não se vislumbra, também, a ocorrência de ofensa ao princípio da correlação.

Quanto ao mais, a matéria preliminar confunde-se com o mérito e com este será analisada.

Importa considerar, ainda, quanto ao pleito defensivo de vistas dos autos, após a distribuição do feito, que, apesar de ter sido previamente indeferido, em face do momento do processamento (fls. 573), teve a defesa acesso aos autos em cartório, oportunidade em que pôde, devidamente, analisá-los (fl. 599).

Foi observada a necessária intimação do D. Representante da Ordem dos Advogados do Brasil atuante, no caso em tela, em favor das prerrogativas do advogado, ora acusado (fls. 274, 436 e 613).

Por outro lado, não há que se falar em intimação do próprio acusado, pois, à evidência, não se trata de atuação em causa própria.

Rejeita-se, assim, a matéria preliminar.

Quanto ao mérito, o apelo procede em parte.

Ficou demonstrado, estreme de dúvidas, que o acusado, nas condições de tempo e lugar descritas na inicial, caluniou a vítima B. M. M., Juiz de Direito, em razão de sua função, imputando-lhe falsamente fatos definidos como crime, ou seja, os delitos de ameaça, injúria e prevaricação.

Ficou demonstrado, ainda, estreme de dúvidas, que o acusado, nas condições de tempo e lugar descritas na inicial, difamou a vítima B. M. M., Juiz de Direito, em razão de sua função, imputando-lhe fato ofensivo à sua reputação.

O acusado, que atuou como advogado nos processos de execução fiscal nº 6.313/09 e 5.307/05, ambos em trâmite perante o R. Juízo da Vara da Fazenda Pública da Comarca de Mogi das Cruzes, manifestou-se nos autos da seguinte forma:

I) No Proc. nº 6.313/09: no sentido de que o ofendido "*vem ameaçando, ofendendo e agredindo peremptoriamente esta executada*"; que o ofendido "*continua a bajular o Estado, mesmo sendo detentores de um Poder absurdo dado exatamente para serem diferentes*", afirmando, também, que o ofendido "*pratica uma justiça ruim*"; aduziu o acusado, ainda, que o ofendido retardaria, indevidamente, atos de ofícios para satisfazer o sentimento pessoal, consistente em "*bajular os agentes da Fazenda Pública (...) e a Municipalidade*".

II) No Proc. 5.307/05: que o ofendido "*é novo na Comarca, Titular da*

Vara, mas com a devida vênia, já bajula a municipalidade, forma errada de agir, desatendendo o jurisdicionado comum".

Neste sentido, é a coesa e insuspeita prova oral da acusação, constituída pelas declarações do ofendido (fls. 324), corroboradas pelas cópias documentos juntadas às fls. 91/98 e 139/140.

Nada há nos autos a indicar que a vítima tivesse qualquer motivo para, indevidamente, prejudicar o apelante, ou a presença de qualquer elemento de prova ou circunstância a infirmar a prova da acusação.

Em juízo, o acusado permaneceu em silêncio (fls. 344/345)

A prova oral da defesa não se presta a alterar o panorama do conjunto probatório (fls. 325, 340, 341, 342 e 343).

No âmbito da materialidade delitiva, a prova é complementada pela cópia dos documentos de fls. 91/98 e 139/140.

Como se vê, a condenação do acusado era de rigor.

No tocante à qualificação jurídica da conduta do acusado, não há dúvidas de que se trata de três crimes de calúnia e um crime de difamação.

Importa anotar, a propósito, pelo que verte dos elementos probatórios, que o acusado agiu com o dolo específico dos crimes em tela, não havendo, portanto, que se falar em atipicidade das condutas.

Importa considerar, também, que dois crimes de calúnia e o crime de difamação foram praticados em concurso formal, ou seja, mediante uma só ação, consistente em manifestar-se nos autos do Proc. 6.313/09, o acusado praticou os três crimes.

Impõe-se, entretanto, o reconhecimento da continuidade delitiva entre os três delitos mencionados, praticados nos autos do Proc. 6.313/09, e o crime de calúnia praticado nos autos do Proc. 5.307/05, pois o acusado incidiu, de forma continuada, em crimes contra a honra, sendo que, no caso em tela, à evidência, os ilícitos guardam correlação temporal e espacial, bem como no que tange à maneira de execução.

Por outro lado, não há, também, que se falar na aplicação do art. 142, I, do Cód. Penal, ou no reconhecimento de qualquer excludente de ilicitude em favor do acusado, devido à sua atuação como advogado no momento das práticas delitivas, pois, à evidência, as condutas em questão não se inseriram no âmbito de razoável discussão relativa à causa, ultrapassando qualquer limite de manifestação no exercício regular da profissão.

Neste aspecto, inviável, também, o reconhecimento da imunidade profissional, prevista no art. 7º, § 2º, da Lei 8.906/94, em razão das circunstâncias específicas, já analisadas, em que foram praticados os delitos em questão.

A tese defensiva de reconhecimento de retratação do acusado não

Acesso ao Sumário

comporta acolhimento.

Há que se considerar, neste aspecto, que a retratação, nos termos do art. 143, do Cód. Penal, é aplicável tão somente em casos envolvendo ação penal de natureza privada, sendo que, no caso em tela, se trata de ação penal pública condicionada à representação, em conformidade com o art. 145, parágrafo único, combinado com o art. 141, II, ambos do Cód. Penal.

Assim, incabível o reconhecimento da extinção da punibilidade do acusado pela ocorrência da retratação (art. 107, VI, do CP).

De qualquer forma, os documentos juntados às fls. 393/396 não se prestam a caracterizar adequada retratação do apelante, pois buscam, na realidade, articular pueril versão exculpatória.

No que tange à dosimetria penal, em vista do reconhecimento da continuidade delitiva em questão, merece reparo.

As penas-base foram adequadamente majoradas em 1/6 (um sexto), em razão das circunstâncias diferenciada do caso em tela, que demonstram elevado grau de culpabilidade com que agiu o acusado.

Incidiu, a seguir, o adequado aumento de 1/3 (um terço), nos termos do art. 141, II, do Cód. Penal, que era de rigor.

Quanto ao índice de aumento relativo ao concurso formal de crimes, de 1/5 (um quinto), que incidiu na pena mais grave, considerada a quantidade de crimes praticados, ou seja, três, deve prevalecer.

Impõe-se, na sequência, em vista do reconhecimento da continuidade delitiva entre os delitos praticados nos dois processos de execução fiscal, a majoração de 1/6 (um sexto), no mínimo legal, índice compatível com o número de infrações.

As penas do acusado, portanto, passam a perfazer 1 (um) ano, 1 (um) mês e 2 (dois) dias de detenção e 49 (quarenta e nove) dias-multa.

Quanto ao valor unitário do dia-multa, fixado em 1/3 (um terço) do salário-mínimo, em razão da capacidade econômica diferenciada do acusado, apresenta-se como adequado e deve prevalecer.

Acesso ao Sumário

A substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, consistentes em prestação de serviços à comunidade, pelo mesmo prazo da sanção corporal, e por 10 (dez) dias-multa, à razão de 1/3 (um terço) do salário-mínimo, sem prejuízo da já aplicada, e o regime fixado para eventual execução da sanção corporal, o aberto, restaram incontroversos e devem prevalecer.

Face ao exposto, meu voto rejeita a matéria preliminar e, quanto ao mérito, dá parcial provimento ao recurso de Paulo Rodrigues de Souza para, reconhecida a continuidade delitiva entre os dois crimes de calúnia e o crime de difamação, praticados nos autos do Proc. 6.313/09, e o crime de calúnia,

praticado nos autos do Proc. 5.307/05, reduzir suas penas para 1 (um) ano, 1 (um) mês e 2 (dois) dias de detenção e 49 (quarenta e nove) dias-multa, mantida, quanto ao mais, a r. decisão recorrida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0001683-48.2014.8.26.0595, da Comarca de Serra Negra, em que é apelante/apelado MURILO VASCONCELOS ALVES, 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 ao recurso defensivo e deram provimento ao apelo ministerial para redimensionar a pena imposta a MURILO VASCONCELOS ALVES para 10 anos de reclusão e pagamento de 05 dias-multa, no mínimo legal e para fixar o regime inicial fechado para desconto da reprimenda. Expeça-se, incontinenti, mandado de prisão. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 17.078)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores IVAN SARTORI (Presidente sem voto), EDISON BRANDÃO e EUVALDO CHAIB.

São Paulo, 24 de maio de 2016.

CAMILO LÉLLIS, Relator

Ementa: APELAÇÃO CRIMINAL – LATROCÍNIO TENTADO – Recurso defensivo – Pretendida absolvição por insuficiência probatória – Impossibilidade – Materialidade e autoria delitivas suficientemente comprovadas no decorrer da instrução – Depoimento da vítima e dos policiais responsáveis pelas investigações que dão a certeza do cometimento do delito pelo acusado – Reconhecimento da motocicleta e dos capacetes utilizados pelo réu e por seu comparsa no momento da ação delitiva que parte importante do acervo probatório – Ausência de comprovação do alegado pelo réu e pela testemunha defensiva – Álibi que foi infirmado pela prova acusatória – Desclassificação da imputação para roubo simples tentado, ao argumento de ausência

Acesso ao Sumário

de dolo e do resultado morte – Desacolhimento – Conjunto probatório que demonstra o animus do agente e seu comparsa que, no mínimo, assumiram o risco de matar a vítima – Desnecessidade do resultado morte para a configuração do latrocínio – Condenação mantida. Abrandamento do regime prisional e substituição da reprimenda corporal por restritivas de direitos – Descabimento – Pleito prejudicado, em face do acolhimento do recurso ministerial – Crime grave, de natureza hedionda e 'quantum' infligido que demandam a fixação de regime mais gravoso, bem como desautorizam a concessão de quaisquer benesses legais – Inteligência dos arts. 33, §2º, 'a' e 44, I, ambos do Código Penal – Recurso desprovido.

Recurso ministerial – Pretendido afastamento da redução de pena relativa à participação de menor importância – Cabimento – Conduta do apelado que se revelou essencial para o sucesso da empreitada criminosa – Acusado que deu suporte ao coacusado, bem como participou efetivamente da abordagem à vítima, visando subtrair-lhe a motocicleta – Prevalência do concurso de agentes, conforme delineado na denúncia – Penas redimensionadas – Recrudescimento do regime prisional – Necessidade – Hediondez do delito e montante de pena infligida que determinam a fixação do regime inicial fechado, conforme disposto no art. 2º, §1º, da Lei nº 8.072/90 – À luz da novel orientação do Pretório Excelso (HC nº 126292), a execução da pena será imediata, com a segregação do réu, sem que haja ofensa ao princípio constitucional da presunção da inocência. Recurso provido, expedindo-se, incontinenti, mandado de prisão.

Acesso ao Sumário

VOTO

Vistos.

Pela r. sentença a fls. 226/234, **Murilo Vasconcelos Alves** foi condenado à pena de 07 anos e 06 meses de reclusão, em regime inicial semiaberto, e ao pagamento de 03 dias-multa, no piso legal, como incurso no art. 157, §3º, parte final, c.c. o art. 14, II, ambos do Código Penal.

Inconformadas, apelam as partes.

O **Ministério Público** busca o afastamento da redução de pena decorrente do reconhecimento da participação de menor importância, ou que seja aplicada no mínimo legal (1/6). Requer, ainda, a fixação do regime inicial fechado para desconto da reprimenda privativa de liberdade (fls. 244/258).

E **Murilo**, por seu turno, pretende ser absolvido, ao argumento de insuficiência probatória. Subsidiariamente, almeja a desclassificação do delito para roubo tentado, haja vista ausência de *animus necandi* do agente. Por fim, pugna pela fixação do regime aberto e a substituição da reprimenda corporal por restritivas de direitos (fls. 267/285).

Contrariados os recursos (fls. 286/293 e 297/302), subiram os autos, tendo a douta Procuradoria Geral de Justiça opinado pelo desprovimento do apelo defensivo e provimento do reclamo ministerial (fls. 307/317).

É o relatório.

A imputação é a de que, no dia 17 de abril de 2014, por volta das 21h20, na Rua João B. Bueno, Bairro Parque Fonte São Luiz, em Serra Negra, Felipe Batista Vasconcellos e **Murilo Vasconcelos Alves**, previamente ajustados e com identidade de desígnios, após reduzirem a vítima Aparecido Ferreira de Brito à impossibilidade de resistência mediante grave ameaça e violência consistente em tentar matá-la, que não faleceu por circunstâncias alheias à vontade dos roubadores, subtraíram para proveito deles, 01 motocicleta da marca *Honda CG 150* de cor cinza, ano de fabricação 2012, avaliada em R$ 7.000,00, pertencente à citada vítima.

Segundo narra a denúncia, os acusados concertados em praticar o crime de roubo, muniram-se de arma de fogo, bem como de uma motocicleta de cor preta para o sucesso da empreitada criminosa.

Ato contínuo, **Murilo** passou a pilotar uma motocicleta de cor preta pelas ruas daquela urbe, levando como garupa seu comparsa Felipe, que portava uma arma de fogo.

Assim, os denunciados visualizaram a vítima com sua motocicleta no local dos fatos e resolveram abordá-la. Os acusados abruptamente se aproximaram da vítima, momento em que Felipe sacou a arma de fogo que trazia consigo e anunciou o assalto. Nesse interim, Murilo permaneceu na condução da motocicleta dando guarida e apoio ao assalto.

A vítima, pensando tratar-se de uma brincadeira, hesitou em entregar a moto, momento em que Felipe fez um disparo de arma de fogo em direção a sua perna. A vítima ferida desceu de sua motocicleta quando foi novamente alvejada a tiros.

Subjugada em razão das ameaças e lesões sofridas, a vítima entregou aos denunciados a motocicleta de sua propriedade.

Acesso ao Sumário

Consumada a rapina, Felipe saiu empurrando a motocicleta de propriedade da vítima e posteriormente acionou seu motor, ocasião em que foi seguido pelo comparsa **Murilo.**

A vítima foi, logo depois, socorrida e levada ao hospital. O latrocínio não se consumou por circunstâncias alheias à vontade dos agentes, sendo certo, ainda, que a vítima não foi alvejada em áreas nobres do corpo por erro de pontaria.

Registre-se, por proêmio, que a questão de intempestividade do recurso ministerial suscitada pela defesa em contrarrazões foi aclarada em primeiro grau (fls. 295/296 e 303), encontrando-se superada, portanto.

No mais, a materialidade delitiva restou comprovada pelo boletim de ocorrência (fls. 03/04), termo de declarações do ofendido (fls. 10/11), auto de avaliação indireta (fls. 26), laudo pericial (fls. 219/220), tudo em consonância com o demais coligido durante a instrução.

Da prova oral emerge, ainda, a certeza quanto à autoria, haja vista que a conduta do acusado se amolda perfeitamente ao tipo penal previsto no art. 157, §3º, 2ª parte, do Código Penal, na modalidade tentada, não havendo que se falar em absolvição ou desclassificação, em que pesem os argumentos despendidos pela combativa defesa.

Vejamos.

Em solo policial, o acusado negou genericamente os fatos, alegando desconhecê-los (fls. 57).

E, sob o crivo do contraditório, novamente apresentou negativa de autoria, aduzindo, desta vez, que conhece o corréu Felipe (autos desmembrados), mas que, por ocasião dos fatos, estava trabalhando. Asseverou ter sido preso na cidade de Amparo também por roubo de moto, mas foi absolvido (fls. 170/172v).

Tais assertivas, no entanto, não encontram respaldo no conjunto probatório amealhado e, por isso, não merecem maior crédito.

Ao revés, a prova acusatória é segura e o incrimina sobremaneira.

Destarte, o ofendido Aparecido Ferreira de Brito, nas duas oportunidades em que foi ouvido, narrou, com riqueza de detalhes, a prática delitiva e não titubeou em reconhecer o acusado como um dos autores do delito. Esclareceu que parou sua moto nas proximidades da residência de sua namorada e, no mesmo instante, outra motocicleta com dois ocupantes se aproximou e um deles anunciou o assalto. O ofendido, inicialmente, acreditou tratar-se de uma brincadeira e hesitou em entregar a moto. No entanto, um dos acusados desferiu um tiro, que o acertou na "batata da perna". Em seguida, quando retirava o capacete, houve um segundo disparo, que acertou de raspão, no joelho. Reconheceu, com absoluta segurança, a motocicleta e os capacetes utilizados pelos roubadores no assalto. Acrescentou, ainda, que reconheceu o apelante

Acesso ao Sumário

e seu comparsa fotograficamente no distrito policial. E, em relação a **Murilo**, ainda o reconheceu pela compleição física (fls. 159/162).

Nesse passo, a palavra da vítima, em sede de crime patrimonial, é de vital importância e só pode ser desprestigiada com a produção de provas cabais a demonstrar falácia da mesma nas declarações prestadas.

Neste sentido, já se pronunciou esta Egrégia Corte:

"PALAVRA DA VÍTIMA – RELEVÂNCIA – No campo probatório, a palavra da vítima de uma extorsão mediante sequestro é sumamente valiosa, pois, incidindo sobre proceder de desconhecidos, seu único interesse é apontar os verdadeiros culpados e narrar suas atuações e não acusar inocentes" (Ap. Crim. nº 0004.623-41.2007.8.2.0268, Rel. Des. Amado de Faria, 8ª Câmara, j. 24/11/2011).

"PROCESSO PENAL – DECLARAÇÕES DA VÍTIMA – PROVA VÁLIDA – RECONHECIMENTO – As declarações das vítimas são suficientes para a configuração do crime contra o patrimônio, previsto no artigo 157 do Código Penal, quando em sintonia com os demais elementos probatórios" (Ap. Crim. n.º 993.04.028265- 9, Rel. Des. William Campos, 4.ª Câmara, j. 14.10.2008).

Efetivamente, tratando-se de crime quase sempre cometido na clandestinidade, os relatos do ofendido ganham relevo maior e devem ser admitidos como verdadeiros, em especial se desconhecia ele, até então, o agente, não tendo razão para imputar-lhe a prática de tão grave infração.

Ademais, o estado emocional da vítima atingida por delitos deste jaez, aguçado ao extremo, possibilita a ela gravar os dados fisionômicos do agente de forma marcante, com reprodução certa e clara perante a Autoridade Policial, com quem por primeiro manteve contato após o término da empreitada criminosa.

Assim*, in casu*, é suficiente para a condenação do réu o reconhecimento feito pela vítima, na fase policial e corroborada em juízo.

Sobre o tema, consoante doutrina de Frederico Marques:

... não nos parece muito acertado rejeitar-se de plano, como elemento de prova, o reconhecimento feito diante de fotografias. Tudo depende, em cada caso, das circunstâncias que rodearam o reconhecimento e dos dados que forem fornecidos pela vítima ou testemunha, para fundamentar suas afirmativas (Elementos de Direito Processual Penal, 1997, vol. 2, p. 308).

O Pretório Excelso, em precedentes, proclamou:

"A validade do reconhecimento fotográfico, como meio de prova no processo penal condenatório, é inquestionável, e reveste-se de eficácia jurídica suficiente para legitimar, especialmente quando apoiado em

Acesso ao Sumário

outros elementos de convicção, como, no caso, a prolação de um decreto condenatório" (RT 677/422).

"PROVA - RECONHECIMENTO FOTOGRÁFICO - MEIO PROBANTE REFORÇADO PELOS INDÍCIOS DECORRENTES DAS CIRCUNSTÂNCIAS - ELEMENTO PROBATÓRIO SUFICIENTE PARA ENSEJAR UMA CONDENAÇÃO. Em revisão criminal, o acórdão atacado perante o STJ considerou, em última análise, que, no caso, o reconhecimento fotográfico para a condenação é reforçado pelos indícios decorrentes das circunstâncias, o que a jurisprudência desta Corte em entendido como elemento probatório suficiente" (RT 817/505).

O E. Superior Tribunal de Justiça também já se pronunciou neste sentido:

"É firme o entendimento jurisprudencial no sentido de que o reconhecimento fotográfico, como meio de prova, é plenamente apto para identificação do réu e fixação da autoria delituosa, desde que corroborado por outros elementos idôneos de convicção" (HC 22.907, 5ª Turma, rel. Min. Félix Fischer).

Na mesma esteira é o posicionamento desta Colenda Câmara:

"ROUBO – AUTORIA DELITIVA PROVADA – RECURSO PROVIDO. Suficientes os elementos probatórios a demonstrar a autoria de agente que subtraiu, mediante grave ameaça exercida com emprego de arma de fogo, coisa alheia móvel, de rigor o decreto condenatório pelo roubo. ROUBO – RECONHECIMENTO FOTOGRÁFICO – VALIDADE. Reconhecimento fotográfico realizado com segurança pela vítima, afirmando lembrar-se com exatidão e detalhes das características físicas do roubador, confirmado em juízo. Prova apta a embasar o decreto condenatório" (Ap 5294854220108260000 SP 0529485-42.2010.8.26.0000, Relator, Des. Willian Campos, Data de Julgamento: 25/09/2012, 4ª Câmara de Direito Criminal, Data de Publicação: 28/09/2012).

Ademais, registre-se, por oportuno, que a r. sentença condenatória não está fundamentada, basicamente no reconhecimento fotográfico do réu na fase inquisitorial, mas também no depoimento da vítima e na oitiva da testemunha arrolada pela acusação.

Assim, inexistindo provas contundentes para infirmar as declarações do ofendido, meros argumentos de autoridade não bastam para tanto, razão pela qual os seus esclarecimentos devem ser tidos como válidos e aptos ao suporte da condenação editada.

Isso não bastasse, cabe consignar que não prospera a eiva apontada pela defesa, no sentido de que o reconhecimento feito pela vítima não obedeceu ao rito do art. 226 do Código de Processo Penal.

Isto porque o citado dispositivo determina expressamente que aquelas

Acesso ao Sumário

solenidades deverão ser observadas "*se possível*", tratando-se, pois, de recomendação.

Portanto, o descumprimento de formalidade não tem o condão de anular a prova realizada que, *in casu*, é amplamente desfavorável ao apelante.

Nesse sentido:

"PROVA - Reconhecimento pessoal - Ato levado a efeito em inquérito policial - Eficácia ainda que o indiciado não tenha sido colocado ao lado de outras pessoas, visto tratar-se tão-somente de uma recomendação prevista no art. 226, II, do CPP (TJMS) RT 777/660".

"PROVA - Reconhecimento pessoal - Inobservância do art. 226 do CPP - Nulidade - Inocorrência - Motivação da decisão condenatória que se mantém com base em indícios suficientes mesmo abstraindo-se tal meio probante (TACrimSP) RT 780/607".

A par disso, a realização do reconhecimento, em eventual desconformidade com o artigo 226 do CPP, ensejaria nulidade relativa, sendo necessária a demonstração de efetivo prejuízo sofrido, nos termos do art.563, daquele diploma legal.

Mas não é só.

Em total harmonia com as declarações da vítima, robustecendo o arcabouço probatório já amplamente desfavorável ao réu, relatou a investigadora de polícia Vera Lúcia Marco de Oliveira que a vítima reconhecera, com certeza, os capacetes e a motocicleta que foram aprendidos em poder do acusado e de seu comparsa na cidade de Amparo, onde foram presos pelo mesmo delito (roubo de moto). Destarte, após a prisão dos roubadores, acionaram o ofendido, que prontamente reconheceu aqueles objetos, dentre vários outros que estavam no pátio da delegacia (fls. 162v/163).

Vê-se, portanto, que as falaciosas negativas do réu não encontram qualquer indício de credibilidade, mormente por terem sido plenamente rechaçadas pelas declarações do ofendido e pelo firme depoimento da investigadora de polícia que acompanhou o reconhecimento dos objetos apreendidos em poder dele e de seu comparsa.

Outrossim, os depoimentos das testemunhas de defesa não tiveram o condão de infirmar a prova acusatória, já que prestados com a nítida intenção de eximir o acusado de responsabilidade penal.

Nessa toada, oportuno registrar que Márcio Barbosa Ramos, empregador do acusado, embora tenha afirmado que o réu estava trabalhando com ele no momento do crime (fls. 164/168), não trouxe aos autos qualquer comprovação do ventilado álibi. Da mesma forma, José Fernandes Alves, tio do apelante, nada soube esclarecer sobre os fatos ou ainda sobre os motivos de sua prisão (fls. 168v/169).

Acesso ao Sumário

Nesse panorama, verifica-se que as provas coligidas são mais do que suficientes para embasar o édito condenatório, razão pela qual a procedência da pretensão punitiva estatal era mesmo medida de rigor.

Condenação, portanto, incensurável.

Melhor sorte não assiste à defesa quanto ao pleito de desclassificação.

Extrai-se do quadro probatório coligido, que a vítima foi abordada por Felipe que, de posse de uma arma de fogo, disparou contra ela, enquanto **Murilo** permaneceu na condução da motocicleta, resguardando a empreitada criminosa do comparsa.

Evidente, nesse contexto, que, assim agindo, os agentes objetivavam, ou pelo menos assumiram o risco, de produzir o resultado morte, o que afasta a desclassificação para o crime de roubo tentado.

Ademais, diversamente do que assevera a combativa defesa do acusado, o resultado morte não é imprescindível à configuração do roubo qualificado previsto no art. 157, §3.º, segunda parte, do Código Penal.

Nos termos da Súmula n.º 610 do Supremo Tribunal Federal, "*Há crime de latrocínio, quando o homicídio se consuma, ainda que não realize o agente a subtração dos bens da vítima*".

Partindo dessa premissa, qual seja, que o crime de latrocínio, crime complexo, se consuma com o resultado morte, independentemente do êxito na subtração, pode-se concluir, com tranquilidade, que se o agente logra subtrair o bem, porém, mesmo direcionando sua conduta à morte do ofendido, não obtém êxito em ceifar a vítima, configurada estará a figura do latrocínio em sua forma tentada.

Nesse sentido, já decidiu o Superior Tribunal de Justiça:

"*Penal. Latrocínio. Subtração consumada e morte tentada. Definição jurídica. Latrocínio tentado. CR, art. 157, §3º, in fine; art. 14, II. [...]. Sendo o latrocínio um crime complexo, composto de duas condutas delituosas, a unidade jurídica do tipo não impede que, ocorrendo a tentativa de um e a consumação do outro, se configure o crime em sua forma tentada. Se o latrocínio se consuma com a morte da vítima, não ocorrendo esta por circunstância alheia à vontade do agente, consumando-se apenas a subtração, o tipo complexo do delito situa-se na sua forma tentada, combinando-se a regra do art. 157, §3º in fine, com o art. 14, II, ambos do Código Penal, pois a violência susceptível de provocar a morte é começo de execução do tipo"* (RSTJ 112/298).

Vencidas tais teses, verifica-se que a condenação não comporta os reparos buscados pelo acusado.

Por outro lado, merece acolhimento o reclamo da acusação, ao insurgir-se

Acesso ao Sumário

contra o reconhecimento da participação de menor importância.

De fato, extrai-se do caderno processual que a conduta do acusado constituiu parte essencial de uma cadeia de atos finalisticamente direcionados à prática do roubo.

Ora, **Murilo** dolosamente auxiliou o comparsa, permanecendo como 'vigia' para que aquele pudesse subtrair a res. Portanto, deu cobertura à execução do crime, além de ter auxiliado na fuga do assecla, possibilitando o exaurimento do delito.

Nesse sentido, tendo o apelado prestado assistência ao seu cúmplice e, estando tal auxílio na esfera de conhecimento dele, nos termos do art. 29 do Código Penal, deve responder também pelo crime de latrocínio tentado, sendo incabível o reconhecimento de participação de menor importância, que ora se afasta.

Em consequência, de rigor o redimensionamento da pena.

Na primeira fase da dosimetria, a pena-base foi corretamente fixada no mínimo legal (20 anos de reclusão e pagamento de 10 dias-multa), pois ausentes circunstâncias judiciais desfavoráveis ao agente.

Na segunda etapa do cálculo, a reprimenda se manteve inalterada, a despeito da menoridade relativa do acusado à época dos fatos que, *in casu*, não tem o condão de reduzir a pena aquém do mínimo legal, nos termos da Súmula 231, do Superior Tribunal de Justiça.

Por derradeiro, pelo reconhecimento da tentativa, a sanção foi reduzida de metade, perfazendo 10 anos de reclusão e pagamento de 05 dias-multa, sendo novamente mitigada em 1/4 em razão da incidência da participação de menor importância, que restou afastada na presente decisão.

Assim sendo, fica o acusado definitivamente condenado à pena de **10 anos de reclusão e pagamento de 05 dias-multa, no mínimo legal.**

O regime inicial eleito na r. sentença (semiaberto) também merece modificação, nos moldes suscitados pelo *parquet.*

Primeiro porque o *quantum* de pena, superior a 08 anos, não autoriza fixação de regime diverso do fechado, nos termos do art. 33, §2º, *a*, do Código Penal.

Não bastasse, o crime praticado pelo acusado é gravíssimo, cometido contra o ofendido que, subjugado por dois agentes mediante emprego de arma de fogo, não teve qualquer possibilidade de resistência. Ademais, a frieza de comportamento do acusado e seu comparsa que, além de ameaçar a vítima, desferiram dois disparos de arma de fogo contra ela, que somente não provocaram sua morte por tê-la atingido em regiões não vitais do corpo, demonstram personalidade desviada, periculosidade exacerbada e total inaptidão ao convívio

Acesso ao Sumário

social.

Oportuno registrar, ainda, que o acusado fora preso em flagrante delito dois dias após o cometimento dos fatos sob análise, na cidade de Amparo, em decorrência de outro roubo em concurso com o coacusado Felipe, o que revela a necessidade de seu encarceramento também para a garantia da ordem pública.

Ademais, a hediondez do delito, a insuficiência da medida e a ausência dos requisitos legais exigidos no art. 44, do Código Penal, impedem a pretendida substituição da reprimenda corporal por restritivas de direitos.

Em arremate, com supedâneo na recente alteração no entendimento do Plenário do Supremo Tribunal Federal que, em boa hora, analisando questão derivada da Apelação n.º 0009715-92.2010.8.26.0268, Rel. Luis Soares de Mello, desta Colenda 4.º Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (em que foi determinada a expedição de mandado de prisão em desfavor de réu cuja condenação foi mantida e que havia apelado em liberdade), decidiu pela possibilidade do início imediato do cumprimento da pena com a confirmação da condenação em segundo grau, sem que haja ofensa ao princípio da não-culpabilidade, já que exaurida a discussão judicial acerca dos fatos, expeça-se, *incontinenti*, mandado de prisão, mesmo porque o recorrido foi condenado a cumprir a reprimenda privativa de liberdade em regime fechado.

Ante o exposto, pelo meu voto, **nego provimento ao recurso defensivo e dou provimento ao apelo ministerial para redimensionar a pena imposta a MURILO VASCONCELOS ALVES para 10 anos de reclusão e pagamento de 05 dias-multa, no mínimo legal e para fixar o regime inicial fechado para desconto da reprimenda. Expeça-se, incontinenti, mandado de prisão.**

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 9000039-63.2011.8.26.0451, da Comarca de Piracicaba, em que é apelante SEVERINO EMILIANO PEREIRA, 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 28.886)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores IVAN SARTORI (Presidente), CAMILO LÉLLIS e EDISON BRANDÃO.

São Paulo, 24 de maio de 2016.

Acesso ao Sumário

IVAN SARTORI, Relator

Ementa: Apelação. Preliminares afastadas – Ofensa ao art. 7º, III, da Lei 8.906/94 (Estatuto da Advocacia) não configurado – Possibilidade do uso de algemas – Súmula vinculante 11 que prevê excepcionalidades – Prejuízo não demonstrado, ademais. Homicídio simples – Decisão dos jurados em consonância com as provas produzidas – Penas bem delineadas – Condenação que se sustenta – Recurso desprovido.

VOTO

Ação penal em que incurso o réu no art. 121, § 2º, I e IV, do CP.

A r. sentença é de parcial procedência, desclassificada a conduta para a forma simples, imposta a pena de 08 anos e 02 meses de reclusão, regime inicial fechado (fls. 410/2).

Recorre a defesa, arguindo nulidade processual, porquanto violado o disposto no art. 7º, III, da Lei 8.906/94 (Estatuto da Advocacia). Argumenta que não foi assegurada entrevista reservada com o cliente, uma vez que um policial militar permaneceu no recinto a cerca de dois metros, impedindo a privacidade da conversa. Ainda, em preliminar, pretende a nulidade do julgado pelo uso indiscriminado de algemas. No mérito, quer a anulação do julgamento ao argumento de que a decisão do júri foi manifestamente contrária à prova dos autos (fls. 427/31).

Contrariedade a fls. 433/40.

A douta Procuradoria de Justiça é pelo desprovimento (fls. 457/61).

Recurso bem processado.

Sentença de pronúncia às fls. 262/4 e manutenção, em grau de recurso, às fls. 310/7.

É o relatório, adotado, no mais, o de primeiro grau. Afasta-se a matéria preliminar.

Não houve violação ao art. 7º, III, da Lei 8.906/94.

A presença de policial militar durante a entrevista do réu com seu advogado não violou o dispositivo acima mencionado.

Realmente, como bem exposto pelo magistrado: "*Não cabe a ele (juiz) intervir nessa questão, de caráter administrativo, uma vez que o réu está sob custódia do Estado, bem como não há informação de que o acesso ao réu pelo defensor tenha sido impedido, sendo também esclarecido que, uma vez que se trata de réu preso e não sendo os policiais parte no processo, se faz necessário*

Acesso ao Sumário

para a própria segurança do advogado" (fl. 404).

Ademais, não demonstrou o causídico qual o prejuízo irreparável ou de difícil reparação à plenitude da defesa, mesmo porque o policial ficou numa distância razoável, como consta do próprio reclamo.

Também não procede a alegação de que a manutenção das algemas tenha prejudicado o réu.

É que, dadas as circunstâncias do fato, como se verá mais a frente, tem-se por presente a periculosidade do agente.

E o uso das algemas se mostrou necessário para a segurança de todas as pessoas que pelo fórum circulam, incluídos os funcionários e os envolvidos na realização do ato.

Nesse contexto, ausente, inclusive, o prejuízo exigido no art. 563 do CPP.

Passa-se ao cerne.

A materialidade delitiva resulta da portaria inicial (fl. 02), do b.o. de fls. 03/4, auto de exibição/ apreensão de fl. 05, laudo pericial do local do delito de fls. 42/52 e exame necroscópico de fls. 57/9, emergindo a autoria da prova oral colhida em solo policial e em plenário.

Segundo apurado, o réu havia se estranhado com a vítima e, por isso, resolveu se vingar. Então, ao encontrá-la, sacou de uma arma e efetuou um disparo. Em seguida, fugiu.

O crime foi praticado por motivo torpe, consistente em matar o ofendido em decorrência de uma briga havida anteriormente.

E o denunciado se valeu de recurso que dificultou a defesa da vítima, eis que efetuou o disparo de inopino, sem que ela pudesse esboçar reação (cf. denúncia).

Na delegacia, Severino, ora apelante, negou tudo. Disse que tomou conhecimento do crime através de noticiário de jornal. No dia dos fatos estava num bar no bairro "Jardim Gilda", acompanhado de seu companheiro de trabalho de nome "Adelson", além do dono do mencionado bar, chamado "Edilson". Não possui arma de fogo, desconhecendo a autoria e as circunstâncias da morte de Cleiton. Conheceu o ofendido fazia pouco mais de um ano, quando o interrogando era proprietário de um bar, recordando-se que, ao recusar a venda de bebida alcoólica a ele, se desentenderam, quando Cleiton, a vítima, o insultou com palavras de baixo calão.

Acesso ao Sumário

Não o agrediu com taco de bilhar. Passado algum tempo, fechou o estabelecimento, não tendo mais contato com a vítima. Apenas o via passar na rua. Continuava a manter amizade com o genitor e o irmão dele, o último conhecido por "Buiú". Jamais proferiu ameaça de morte a Cleiton, assim como ele não contraiu dívida de droga com o declarante e Denilce. Também não tem

conhecimento do envolvimento da última com entorpecente (fls. 64/5).

Na fase de pronúncia, manteve a negativa. Afirmou que na época dos fatos morava no "Novo Horizonte". Estava num churrasco no momento do crime. Fazia uns dois meses que tinha saído da casa de Denilce, onde alugava um cômodo. No dia do crime, estava no "Jardim Gilda". Depois de uns vinte dias, foi abordado na rua e comunicado de que era acusado de matar a vítima. Fazia um ano e três meses que tinha tido uma discussão com ela. Cleiton foi ao bar do interrogando e o xingou, mas ficou só nas palavras, não havendo briga. Tem o apelido de "Bil". Não conhecia a vítima antes de ela aparecer no bar. Não tinha arma de fogo (fl. 227v).

E, em plenário, continuou negando, mas com algumas divergências. Contou que, no dia dos fatos, estava numa festa junina no "Jardim Gilda", com alguns colegas de trabalho. Teve um bar no bairro "Monte Líbano". Conhecia o irmão de Cleiton, mas não ele. Certo dia, Cleiton chegou no bar e falou palavras de baixo calão, pedindo bebida fiado. Clientes o tiraram do bar e nunca mais o viu. Conhece Denilce e morou na casa dela por três meses. Essa casa ficava perto da residência da vítima. Conheceu o irmão de Cleiton na rua. Não sabe o nome dele, apenas que o apelido é "Buiú". Já ficou preso no mesmo pavilhão que "Buiú", isso depois da morte de Cleiton. Mudou do bairro "Monte Líbano" porque fechou o bar logo após acontecer o problema com Cleiton e porque a Denilce levava usuários de drogas para lá. Não tinha arma de fogo na época, mas já teve antes. Confirmou que foi preso em flagrante por porte de arma depois do crime apurado neste processo. No dia em que Cleiton pediu bebida fiado, não houve agressão física. Ele ofendeu o interrogando e ficou com raiva. Era inquilino de Denilce e João Batista. Eles eram usuários de drogas. Não teve desavenças com eles no período que morou lá (fls. 409/v).

Mas suas versões, ainda que todas negando a autoria, ficaram isoladas nos autos.

A testemunha de acusação Glaucia de Jesus da Silva, irmã da vítima, afirmou ter chegado ao local quando já ferido o ofendido. Disse que seu outro irmão Wellington teria lhe contado sobre anterior ameaça de morte proferida pelo réu contra Cleiton, tudo por um desentendimento ocorrido há mais de ano. Acrescentou ter ouvido comentários de pessoas que teriam presenciado o crime, no sentido de que estaria a vítima em casa, quando foi chamada pelo acusado, o qual teria nela atirado assim que saiu (fls. 31/2 e 204).

O depoimento da testemunha Maria das Graças Ferreira Santos, genitora do falecido, é na mesma linha, discorrendo ela igualmente sobre anterior briga ocorrida no bar do acusado, um ano antes do delito (fls. 33/4 e 205).

Já Denilce Manoel dos Santos, vizinha do falecido, afirmou, na fase inquisitiva, ter presenciado os fatos. Disse ela que, naquela noite, ouviu um

Acesso ao Sumário

barulho no portão de sua residência. Levantou-se e, em companhia de seu esposo João Batista, foi ver o que ocorria, quando se depararam com o acusado sacando uma arma de fogo e atirando contra a vítima. Contou, inclusive, sobre anteriores desavenças entre ambos e que, no dia seguinte, teria sido procurada pelo réu, que lhe pediu que nada fosse falado à polícia (fls. 80/1).

João Batista Rodrigues, por sua vez, confirmou a versão narrada por sua esposa Denilce, falando, ainda, sobre a ameaça de morte proferida pelo réu contra ambos, caso o delatassem à polícia (fls. 82/3).

É certo que Denilce e João Batista, em juízo, se retrataram, dizendo que não presenciaram o crime e nada sabiam sobre o ocorrido. O último ainda acrescentou que foi pressionado, na polícia, a falar o que lá constou (fls. 225 e 226).

Contudo, ainda que tenha havido retratação, a versão apresentada na delegacia deve prevalecer.

Primeiro, porque não há qualquer indicativo de que, na fase extrajudicial, tenham sido esses depoentes pressionados a relatar que presenciaram o acusado atirando na vítima.

E, segundo, porque, naquela fase, Denilce foi assistida por advogado (fl. 81), circunstância que afasta a alegada coação e reforça, ainda mais, a versão acusatória, de que as testemunhas foram ameaçadas para mudar a versão.

Terceiro, porque as circunstância decorrentes da prova judicial (desavença e ameaça) apontam justamente para o ora apelante.

Gláucia, irmã da vítima, falou, inclusive, que várias pessoas presenciaram o crime, mas não teriam coragem de depor. Elas falaram que o ofendido estava em casa e foi chamado por uma pessoa. Quando ele saiu, "Bil" apareceu e deu o primeiro tiro na nuca. Segundo uma vizinha, Cleiton implorou, mas "Bil" deu outros tiros nele. Acrescentou que familiares de "Bil" ameaçaram as testemunhas de morte. João Batista e Denilce, inclusive, falaram que não iriam à audiência.

Nesse contexto, não se sustenta a negativa de autoria apregoada pela defesa, porquanto, como visto, nem mesmo ele conseguiu provar que não estava no local dos fatos no momento do crime.

Argumentou, de início, que estava em um bar, depois num churrasco e, por derradeiro, numa festa junina, sempre com os amigos de trabalho.

Mas, diante de tão grave delito, sequer arrolou como testemunha os tais colegas, de modo a confirmar sua versão.

Então, com esse conjunto probatório, adveio a condenação popular, veredito que guarda absoluta consonância com o apurado e com a tese exposta em plenário pela acusação.

Nem era caso de proceder-se ao minucioso exame acima, bastando dizer

Acesso ao Sumário

que há prova mais do que suficiente para a condenação, descabendo a este Tribunal, assim, interferir no julgamento, dada a soberania do júri.

Isso somente deve se verificar, se o édito é manifestamente contrário ao conjunto probatório, do que não se cogita aqui.

Nessa linha:

"HOMICÍDIO SIMPLES - DECISÃO DO CONSELHO DE SENTENÇA CONTRÁRIA À EVIDÊNCIA DOS AUTOS - Impossibilidade - I - Não deve ser provido o apelo que se insurge contra a condenação do acusado, quando há nos autos prova segura, que indique a participação do mesmo no crime em comento. II - diante do princípio constitucional da soberania dos veredictos, previsto no art. 5º, inciso XXXVIII, alínea "c", da Constituição Federal, para que seja acolhido recurso apelatório com base em decisão manifestamente contrária à prova dos autos, é necessário que o decisum proferido pelo Conselho de Sentença se apresente absolutamente divorciado do contexto probatório, o que não ocorre na espécie, devendo, portanto, ser mantida a sentença condenatória" (Apelação nº 9000069-37.2010.8.26.0224, 12ª Câmara, Rel. Paulo Rossi, j. 26/03/2014);

"TENTATIVA DE HOMICÍDIO. TRIBUNAL DO JÚRI. VEREDICTO DISSOCIADO DAS PROVAS DOS AUTOS. INOCORRÊNCIA. VALORAÇÃO DAS PROVAS APRESENTADAS. JURADOS QUE DECIDIRAM POR UMA DAS VERSÕES APRESENTADAS NOS AUTOS. POSSIBILIDADE. Proferido o veredicto do Júri com base nas provas dos autos, de forma não arbitrária, descabe a realização de novo julgamento. RECURSO NÃO PROVIDO" (Apelação nº 9000002-72.2010.8.26.0515, 4ª Câmara, Rel. Willian Campos, j. 25/03/2014).

E adequada a reprimenda.

A base veio fixada acima do mínimo, em 07 anos de reclusão, sopesada a conduta antissocial e personalidade voltada ao crime.

Ao depois, presente a agravante da reincidência (fls. 352/3 e 354), deu-se nova exasperação, no importe de 1/6, chegando-se à definitiva de 08 anos e 02 meses de reclusão, ausentes outras circunstâncias modificadoras, fixado o regime inicial fechado, como de rigor.

Destarte, nega-se provimento ao recurso.

Acesso ao Sumário

Desaforamentos de Julgamento

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Desaforamento de Julgamento nº 0010927-69.2016.8.26.0000, da Comarca de Guarujá, em que é requerente o MM. JUÍZO DE DIREITO DA TERCEIRA VARA CRIMINAL DA COMARCA DE GUARUJÁ-SP e interessado A.W.S.

ACORDAM, em 5ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "1) DETERMINARAM O LEVANTAMENTO DA CLÁUSULA DE SIGILO. 2) DEFERIRAM A REPRESENTAÇÃO DE DESAFORAMENTO para determinar que o julgamento de A.W.S. se realize na comarca de SÃO PAULO, perante o E. 1º Tribunal do Júri. Vara especializada mais antiga, estendendo-se, *ex officio*, a determinação aos coacusados, se o caso, nos termos do artigo 580, do CPP. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 23.993)**

O julgamento teve a participação dos Exmo. Desembargadores PINHEIRO FRANCO (Presidente) e JOSÉ DAMIÃO PINHEIRO MACHADO COGAN.

São Paulo, 12 de maio de 2016.

JUVENAL DUARTE, Relator

Ementa: Desaforamento. Homicídios, consumado e tentado. Comarca de Guarujá. Representação deduzida pelo magistrado. Dúvida razoável quanto à imparcialidade do júri. Repercussão dos fatos na população e mídia. Influência dos protagonistas. Divulgação de informações pela imprensa. Presença dos requisitos estabelecidos no art. 427, do CPP. Desaforamento, determinado, inclusive com relação aos coacusados, se forem pronunciados, *ex vi* do disposto no art. 580, do CPP.

VOTO

Trata-se de representação deduzida pelo MM. Juiz de Direito da Terceira Vara Criminal da Comarca de Guarujá, SP, com fulcro nos artigos 427 e 428, do Código de Processo Penal, objetivando o desaforamento do julgamento de A.W.S., pronunciado como incurso no artigo 121, § 2º, I e IV, e no artigo 121, *caput*, combinado com o artigo 14, II, do Código Penal, diante de evidente

Acesso ao Sumário

notoriedade do caso entre a comunidade local pela peculiaridade gravíssima dos fatos - que envolvem personagens com destaque no cenário econômico, político e da Administração Pública desta região (sic), bem assim porque expressiva parcela dos Jurados é composta de funcionários do serviço público do Município, pessoas que eventualmente trabalhavam sob o comando hierárquico da vítima, o que pode influenciar indevidamente no estado de espírito e na formação da compreensão dos jurados (sic), a emergir fundada dúvida quanto à imparcialidade do júri.

Alega, ainda, o e. magistrado que as limitadas instalações do prédio no qual está instalado o fórum não comportam a realização de julgamento deste porte, *mais prolongado e concorrido pelo público de numerosos interessados em assistir aos trabalhos, podendo haver riscos de tumultos* (sic), comprometendo, inclusive, a segurança pessoal do acusado.

Ressalta, por fim, a sobrecarga de processos nas Varas Criminais da Comarca de Guarujá, os quais assoberbam a pauta do júri, certo que a Terceira Vara Criminal possui *competência criminal cumulativa, recebendo diariamente a distribuição da terça-parte de todos os inquéritos, flagrantes e demais processos criminais do rito ordinário* (fl. 4292, sic), de modo que não será possível a apreciação da matéria pelo Tribunal do Popular no prazo de seis meses desde a data do trânsito em julgado da decisão de pronúncia.

A d. defesa, o i. assistente de acusação e o e. representante do *parquet* manifestaram-se pelo indeferimento do desaforamento.

Regularmente processado o incidente, também opina a d. Procuradoria Geral de Justiça pelo respectivo indeferimento.

É, em síntese, o relatório.

De início, cumpre consignar que o artigo 427, *caput*, do Código de Processo Penal, com a redação dada pela Lei nº 11.689/08, dispõe:

> *Art. 427. Se o interesse da ordem pública o reclamar ou houver dúvida sobre a imparcialidade do júri ou a segurança pessoal do acusado, o Tribunal, a requerimento do Ministério Público, do assistente, do querelante ou do acusado ou mediante representação do juiz competente, poderá determinar o desaforamento do julgamento para outra comarca da mesma região, onde não existam aqueles motivos, preferindo-se as mais próximas.*

E, *in casu*, respeitado entendimento esposado em sentido contrário, emerge evidente a presença dos pressupostos necessários à concessão do desaforamento, os quais foram exaustivamente externados pelo e. magistrado EDMILSON ROSA DOS SANTOS na presente representação, cujos fundamentos merecem destaque e se acolhem como razão de decidir, porquanto esclareceu, com convicção, *verbis*:

> *(...) cumpre informar a esse Egrégio Tribunal de Justiça que*

Acesso ao Sumário

o evento criminal apurado nestes autos 649/15 ostenta contornos e repercussões bastante peculiares e diferenciados, visto que a forma chocante, violenta e extremamente ***ousada*** *com que se deram os fatos de 08/03/2012, quando o secretário de governo da Prefeitura Municipal de Guarujá foi morte a tiros na presença de algumas DEZENAS de comarcanos durante uma reunião partidária em local de acesso público; - foi um episódio marcante e que ganhou grande notoriedade em Guarujá, afligindo de forma intensa a mídia e a opinião pública nesta Ilha de Santo Amaro.* Tal caso versado nestes autos ganhou destaque diferenciado, por vários meses tornando-se tema apaixonado dos jornais e foco destacado do debate político regional, mobilizando os melhores esforções do aparato de Polícia Judiciária, e sendo necessário até mesmo intervenção ostensiva de uma Promotoria externa e especializada em combate ao "crime organizado" (no caso, o GAECO de Santos); - e por certo que todo 'escândalo' de corrupção e violência associados aos episódios criminosos (não só a morte do Secretário Municipal R.J.; como depois os indiciamentos no caso de homicídio de um 'caseiro' do Bairro JARDIM VIRGÍNIA) repercutiram de forma bastante intensa nesta Urbe Santamaraense.

A imprensa logo tratou de 'vazar' ou 'informar' à Sociedade da Baixada Santista relatos de conteúdos de interceptações telefônicas autorizadas judicialmente durante a fase de inquérito, e nesse contexto, de forma escandalosa vieram a lume na opinião pública alegações de expedientes de supostas fraudes e negociatas na gestão tributária da Prefeitura local, associadas a ***disputas violentas de milícias privadas pelo controle de amplas áreas de terras urbanas nesta Cidade, em áreas de mais de um milhão de metros quadrados, e onde residem algumas milhares de pessoas (bairros do JARDIM VIRGINIA, glebas 1, 2, 3; favela do Cantagalo, etc.),*** *fomentadas pela especulação imobiliária ou expectativa de futuros desvios de verbas públicas de orçamentos milionários de projetos governamentais, que se esperava que fosse ser investidos no Programa Federal de Aceleração do Crescimento ("PAC II").*

Ademais, tais fatos de corrupção política, cupidez econômica de grupos de interesse empresarial, e suposta atuação violenta de policiais ou ex-policiais que fariam 'segurança armada' nos territórios visados pelos réus, ***- tais imputações estão sobejamente narrados no seio da própria DENÚNCIA que o MPESP imputa aos coacusados, tanto neste processo 649/15 quando no caso dos autos 190/11 da 1ª Vara local (fls. 4243-4248).*** (Consta inclusive que até um DELEGADO DE POLÍCIA CIVIL, bastante conhecido em Guarujá por ter atuado na DELPOL local por cerca de nove anos, Dr. L.E.S.M., possa estar envolvido criminosamente com o grupo de agentes acusados de orquestrar os homicídios tratados nos casos dos processos-crime 350/12 (Segunda Vara) e 190/11 (Primeira Vara); - isso segundo o **"Relatório" do IP**

Acesso ao Sumário

029/2013 transcrito de fls. 4250-4273, de lavra da 6ª Corregedoria Auxiliar da Polícia Civil em Santos).

A gravidade do caso concreto, alcançando de algum modo direto ou indireto vários elementos da elite social desta Região da Baixada Santista, ficou evidenciada não apenas pela condição de relevância política e alta hierarquia administrativa ostentada pela vítima R.J.A.O. (que ao longo de alguns anos foi o Secretário mais influente e empoderado dentro do Executivo Municipal de Guarujá); *como pelo fato de que* ***também a própria Exma. Senhora Prefeita Municipal M.A.B., e outros de seus Secretários (as) Municipais, foram chamados a depor no curso destes autos*** *(veja-se o rol de testemunhas da denúncia).*

Por outro lado, o receio ou atemorização instigados pela natureza violenta e peculiar do caso concreto, e sua repercussão no meio social, foram de tal monta, que ***pelo menos três (3) testemunhas presenciais preferiram solicitar o anonimato de condição de "TESTEMUNHA PROTEGIDA",*** *rogando que não tivessem suas identidades reveladas (****veja-se o rol da denúncia; e o rol do MO de fls. 4215-6 para o plenário****), possivelmente por medo de represálias. Aliás, o sentimento de "medo" das testigos é bem referido no contexto do quanto relatados pelo dedicado Delegado Luis Ricardo Lara Dias Jr., que presidiu as principais e primeiras investigações do caso, denotando a dificuldade que as testigos transpareciam, relutando em vir relatar todos os fatos em tela.*

Nesse contexto, por se tratar de um caso criminal gravíssimo e complexo, envolvendo pessoas com poderia econômico de político, dado o 'status social' e profissional das vítimas, testemunhas e acusados; - surge fundada preocupação deste Magistrado, sobre como tal contexto pode repercutir no estado de ânimo e na própria tranquilidade dos Senhores JURADOS – cidadãos leigos em matéria jurídica, e eventualmente suscetíveis a sugestionamentos ideológicos e políticos.

Embora fique esporadicamente movimentada e "inchada" pelo afluxo sazonal de turistas nos curtos períodos de "temporadas de veraneio", a realidade é que a Comarca de Guarujá possui uma população permanente de apenas cerca de ***310 mil habitantes*** *– portanto, trata-se de uma cidade de porte médio; e de costumes políticos ainda provincianos; e que os moradores residentes e familiares nos Bairros costumam ser conhecidos (não se podendo comparar sequer com a realidade mais estruturada de cidades mais desenvolvidas e mais ricas como SANTOS, ou São Bernardo do Campo, por exemplo).*

Nesse passo, é importante salientar que na 'lista geral de Jurados' já aleatoriamente arrolados para compor a "Urna Geral" dos Juris da Comarca de Guarujá no próximo ano de 2016 (listagem publicada no DJE do dia 9/11/2015; Edição 2003, fls. 560/570) – de um total de 479 (quatrocentos e setenta e nove) jurados, *consta que* ***241 deles atuam***

Acesso ao Sumário

no Serviço Público *(a maioria nos setores da Educação Pública Fundamental). E desse universo de jurados,* ***pelo menos 169 (cento e sessenta e nove) pessoas pertencem aos quadros do Serviço Público Municipal de Guarujá*** (seriam 11 servidores da Comarca de Vereadores; 70 servidores da Prefeitura local; e 88 servidores das várias Escolas Municipais). *Ou seja, é possível que mais de 35% (trinta e cinco por cento) ou quiçá até quase a metade dos jurados aleatoriamente escolhidos, seja formada por cidadãos que ou trabalham para os órgãos públicos locais, ou que possuem vinculações familiares com pessoas que trabalham no Serviço Público local*.

Daí que é previsível o "desconforto" ou mesmo eventual falta de liberdade ou sentimentos de receio e constrangimento social de alguns jurados, se porventura tiverem que analisar fatos que dizem respeitos às circunstâncias da ***morte brutal do antigo "chefe administrativo" da Secretaria de governo da Prefeitura local****, por hipotético envolvimento do ex-chefe da Casa Civil do Município em "dívidas" por suposta corrupção ou tráfico de influência política; - ou ainda, os Jurados precisarão realizar um verdadeiro "****juízo de valor" quanto alegações de corrupção administrativa e desvios de finalidades na gestão*** *do patrimônio e administração municipal (*a vítima R.J.A.O., por um certo tempo, teve fama de ser "braço direito" da Senhora Prefeita*); visto todo o contexto da motivação criminosa indicada na denúncia e pronuncia dos processos 350/12; 649/15; 190/11, que entrelaçam os co-denunciados em suposta organização criminosa que supostamente se articulava para fraudar o Município em busca de vantagens financeiras ilícitas, ao mesmo tempo em que (segundo a Acusação) empregavam de coerções e ameaças contra diversos morados do bairro JARDIM VIRGINIA, nesta Ilha de Santo Amaro.*

Enfim, não é desarrazoada a preocupação em que percentual expressivo do corpo de jurados possa ter posicionamento pré-concebido, por razões ideológicas, por ligações familia, ou até de partidarismo na política municipal; - enfim, a nosso sentir, estes autos ostentam circunstâncias peculiares que possam eventualmente influenciar de modo inadequado no convencimento dos jurados acerca das teses a serem enfrentadas e decididas no plenário destes autos, visto o teor dos fatos em testilha.

Assim, entendemos ser necessário que o Egrégio TJSP avaliasse a possibilidade real de existir ***dúvidas quanto à imparcialidade dos jurados*** *– leigos e moradores desta mesma comunidade que ainda está chocada com tal episódio, - na dicção legal do artigo 427 do CPP. Uma vez que os jurados não gozam de todas as prerrogativas de independência e estabilidade próprias da Magistratura togada, não se pode olvidar o risco real de que sofram pressões ou influências no âmbito social e profissional, que lhes tolhesse porventura a imparcialidade para decidir quanto à ocorrência ou não dos fatos de ilicitude político-governamental*

Acesso ao Sumário

que o MP afirma que estão na base da motivação dos crimes aqui 'sub judice' (fls. 4288/4291, sic).

(...)

Nesse contexto, infere-se evidente a existência de fundada dúvida acerca da imparcialidade do júri da Comarca de Guarujá, SP, mormente diante dos contornos do caso concreto, porquanto, ao reverso do que se sustenta, os motivos que culminaram com a morte da vítima fatal, ex-Secretário de Governo do Município de Guarujá, serão sim examinados pelos jurados, sobretudo quando forem instados a responder quesitos pertinentes à caracterização de qualificadoras (na hipótese, motivo torpe).

É que, consoante se extrai da denúncia, os motivos que ensejaram à prática do homicídio consumado em comento dizem respeito a suposto crime de responsabilidade cometido pelo ofendido, porquanto, em tese, não teria honrado acordo que realizara com o proprietário da empresa (...), o acusado F.T.B., e seu parceiro comercial e procurador dos interesses da empresa (sic), o corréu E.C.V. - acusados de serem, em tese, os mandantes do homicídio em tela -, relacionado à exclusão ilegal de tributos milionários de IPTU da dívida ativa do município, pendência que estaria a impedir a regularização da aquisição dos direitos possessórios da área do *JARDIM VIRGÍNIA I, II* e *III*, de grande interesse para a empresa (...), em razão de previsão de investimentos federais pelo Programa de Aceleração de Crescimento – *PAC*, da ordem de milhões de reais.

Nesse passo, não há como desconsiderar que se trata de episódio de extrema notoriedade na comarca e região, sobretudo diante do cargo político que ocupava o ofendido e da influência que exercia na administração pública – considerado e tido como o *prefeito de fato* (sic), consoante relatos do delegado de polícia Luís Ricardo Lara Dias Junior -, sem olvidar o *status social* (sic) dos supostos mandantes e controle que desempenhavam na região, tanto que a eles - assim como a A. - também é imputada a prática de homicídio cometido contra *L.L.E.* (Ação Penal nº 0004005-95.2011.8.26.0223, da 1ª Vara Criminal do Guarujá, SP) - um dos posseiros do imóvel referido alhures e que fora adquirido pela empresa (...) -, com o intuito de constranger os demais ocupantes *a abandonarem a área ou, ao menos, celebrar acordo com advogados que representavam os interesses* (fl. 4245, sic) da empresa - outra pendência que deveria ser sanada para a regularização da aquisição da área do *JARDIM VIRGÍNIA I, II* e *III* -, tudo a indicar a extensão da influência de tais agentes, os quais, ao que se extrai das declarações das testemunhas, não medem esforços para se eximir de responsabilidade criminal, alcançar vultosos lucros financeiros ou evitar prejuízos dessa natureza, mesmo porque frequentavam referido imóvel e contrataram seguranças armados - entre eles o réu A. - para acompanhá-los ao local e ameaçar os posseiros.

Por tais razões, acrescente-se, o tema foi objeto de interesse e extensa

Acesso ao Sumário

especulação pela mídia local, que passou a veicular notícias e divulgar informações de autenticidade duvidosa, diante da proximidade do pleito eleitoral (cf. fl. 1867), cujo teor certamente poderá influenciar na decisão dos jurados, seja por motivos de cunho político, por já terem realizado juízo de valor quanto ao episódio, por temor ao réu e coacusados, ou, ainda, por mera antipatia à vítima, sem olvidar as particulares considerações tecidas pelo e. juízo *a quo* no que tange à população do município de Guarujá (pouco mais de 290.000 habitantes, segundo informações obtidas no sítio eletrônico do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE) e à composição da lista geral de jurados (quase trinta por cento pertencem *aos quadros do Serviço Público Municipal de Guarujá*), a emergir imperioso o desaforamento do julgamento em tela, mesmo porque, na espécie, não se exige a certeza a respeito da imparcialidade, mas, tão-somente, fundada dúvida, a qual, como se viu, ficou evidenciada diante das circunstâncias do caso concreto.

Ademais, o e. magistrado trouxe à colação informações referentes às dimensões e estrutura do prédio no qual está instalado o fórum e ao excesso de serviço na vara (fl. 4295), circunstâncias que também não podem ser desmerecidas, conquanto não se trate da causa primordial do desaforamento, ressaltando-se que a medida exige apenas que um dos requisitos previstos nos artigos 427 e 428, do Código de Processo Penal, esteja preenchido, de somenos, portanto, considerações quanto à possibilidade de *requisição de mais policiais para a data do julgamento* (fl. 4333, sic).

Sobre o tema, aliás, lecionava HERMÍNIO ALBERTO PORTO que *o desaforamento é um ato excepcional da Instância Superior, modificador da regra de competência territorial e com restrita aplicação ao procedimento do Júri. Porque o crime deve ser julgado na comarca em que foi praticado (art. 70 do C.P.P.), firmada a competência do Tribunal do Júri pela decisão de pronúncia transitada em julgado, terá caráter excepcional a mudança de foro para julgamento (art. 424 do C.P.P.), determinada pela decisão que impõe o desaforamento, que derroga regra de competência territorial, por satisfeitos requisitos de lei e que também é excepcional por afastar o julgamento da causa pelos cidadãos do local do crime. Assim, os pressupostos do desaforamento devem estar seguramente definidos, não devendo ser esquecido que a medida enseja reflexo na defesa técnica e na assistência da Acusação, representados pela necessária locomoção para a nova comarca, bem assim reflexos em relação ao acusado* (*Júri – Procedimento e Aspectos de Julgamento*, 7ª edição, São Paulo, Malheiros, p. 109).

No mesmo diapasão é a doutrina de GUILHERME DE SOUZA NUCCI:

> *Não há possibilidade de haver um julgamento justo com um corpo de jurados parcial. Tal situação pode dar-se quando a cidade for muito pequena e o crime tenha sido gravíssimo, levando à comoção geral, de*

Acesso ao Sumário

modo que o caso vem sendo discutido em todos os setores da sociedade muito antes do julgamento ocorrer. Dificilmente, nessa hipótese, haveria um Conselho de Sentença imparcial, seja para condenar, seja para absolver, visto que a tendência a uma postura ou outra já estará consolidada há muito tempo (Código de Processo Penal Comentado, 8ª edição, RT, p. 760).

Nesse sentido são os seguintes precedentes do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça:

EMENTA: HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO. DESAFORAMENTO. COMARCA DA CAPITAL. PRETERIÇÃO DE COMARCAS MAIS PRÓXIMAS. FUNDAMENTAÇÃO. IDONEIDADE. ORDEM DENEGADA. 1. O desaforamento do julgamento para a comarca da capital, em detrimento de outras comarcas mais próximas, deu-se com base em fundamentação idônea, indicando a possível parcialidade do julgamento popular em comarcas próximas à de origem, pelo temor de represálias imposto pelo grupo ligado ao paciente. 2. A constatação do juízo, no sentido da possível parcialidade do julgamento em outras comarcas mais próximas, goza de fé-pública e só pode ser contrastada por meio da análise aprofundada de fatos e provas, inviável em habeas corpus. 3. Ordem denegada. (STF – HC 97547, Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA, Segunda Turma, j. em 19/10/2010)

HABEAS CORPUS. PROCESSO PENAL. JÚRI. DESAFORAMENTO. PREFEITO MUNICIPAL. INFLUÊNCIA SOBRE OS JURADOS. 1. Pedido de desaforamento fundado na possibilidade de o paciente, ex-prefeito municipal, influenciar jurados admitidos em caráter efetivo na gestão de um dos acusados. Influência não restrita aos jurados, alcançando, também, toda a sociedade da Comarca de Serra/ES. 2. Não é necessária, ao desaforamento, a afirmação da certeza da imparcialidade dos jurados, bastando o fundado receio de que reste comprometida. Precedente. Ordem denegada (STF – HC 96785/ES, Rel. Min. EROS GRAU, j. 25.11.2008, DJe 21.05.2009).

HABEAS CORPUS. TENTATIVA DE HOMICÍDIO QUALIFICADO. PRONÚNCIA. DESAFORAMENTO. INDEFERIMENTO PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. CONCRETA INDICAÇÃO DE DÚVIDA SOBRE A IMPARCIALIDADE DOS JURADOS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. MANUTENÇÃO DA PRISÃO CAUTELAR. CONCESSÃO PARCIAL DA ORDEM. 1. Para se deferir o desaforamento, exige-se indicação concreta da presença de um dos requisitos do art. 427 do Código de Processo Penal, quais sejam: interesse da ordem pública, dúvida sobre a imparcialidade do júri ou dúvida acerca da segurança pessoal do acusado. Conforme já decidido pelo Supremo Tribunal Federal, é relevante considerar as circunstâncias apontadas pelo Juiz Presidente do Tribunal do Júri da Comarca. 2. Hipótese em que tanto o Juiz a quo quanto o parquet estadual concluíram que pode estar comprometida a

Acesso ao Sumário

isenção dos jurados. Ficaram devidamente demonstradas a repercussão ainda atual do delito na mídia local e a posição influente dos pais da vítima, antigo Juiz Presidente do Tribunal do Júri e Oficiala de Justiça da Comarca, o que inclusive levou a sucessivas declarações de suspeição pelos magistrados da cidade. 3. Não há razões para se revogar a prisão cautelar do paciente. A necessidade da medida extrema já foi amplamente debatida por esta Corte superior (HC nº 103.555) e pelo Supremo Tribunal Federal (HC nº 105.067). E não se verifica a existência de excesso de prazo para a conclusão do feito. Embora a custódia perdure por pouco mais de dois anos, é sabido que somente se efetivou após complexo trabalho policial, estando o feito concluso para julgamento. 4. Habeas corpus parcialmente concedido para determinar o desaforamento para comarca próxima. (STJ – HC 250.939/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, j. 06/09/2012, DJe 17/09/2012)

HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO QUALIFICADO. TRIBUNAL DO JÚRI. DESAFORAMENTO. SUSPEITAS DE PARCIALIDADE DOS JURADOS. EXISTÊNCIA DE EVIDÊNCIAS CONCRETAS. RELEVÂNCIA DA OPINIÃO DO JUÍZO SINGULAR QUE PRESIDE A CAUSA. COMARCA DA CAPITAL. PROVIDÊNCIA NECESSÁRIA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. 1. A fixação da competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida, em regra, se dá no local onde se consumou a infração penal, de acordo com o disposto no artigo 70, primeira parte, do Código de Processo Penal. 2. Admite-se, contudo, de forma excepcional, a modificação desta competência em razão da verificação de eventos específicos elencados no artigo 427 do Código de Processo Penal. 3. Nos pedidos de desaforamento, por ser medida de exceção, há enorme relevância da opinião do magistrado que preside a causa sobre a possível parcialidade do júri, porquanto é quem detém a relação direta com a sociedade de onde será formado o corpo de jurados, sendo apto a informar a realidade concreta da repercussão do delito na comarca. 4. No caso em apreço, o Magistrado Singular consignou que se o paciente for levado à Júri no distrito da culpa, seu julgamento estará comprometido, pois, além da forte influência que ele exerce na região - e que, inclusive, ultrapassa as fronteiras da comarca de Brejo Santo/CE -, há indícios de que o delito teria sido motivado por vingança, envolvendo disputas entre famílias diversas, evidenciando que o convencimento dos jurados não se formaria de modo livre e consciente. 5. Assim, havendo a demonstração de elementos concretos e específicos passíveis de interferir na imparcialidade dos jurados e aptos a justificar o deslocamento da competência para o Tribunal do Júri da comarca da capital, não se vislumbra o alegado constrangimento ilegal suportado. 6. Ordem denegada. (STJ – HC 111.495/CE, Rel. Min. JORGE MUSSI, 5ª Turma, j. 16.9.2010, DJe 16.11.2010).

Acesso ao Sumário

Portanto, emerge imperativa a alteração da competência territorial do julgamento em estudo, pois presentes os pressupostos legais, estendendo-se os

efeitos da representação e do desaforamento aos corréus G.A.A., E.C.V. e F.T.B., cujos autos foram desmembrados (Processo nº 0006180-28.2012.8.26.0223), nos termos do artigo 580, do Código de Processo Penal, se, porventura, vierem a ser pronunciados, mormente porque as circunstâncias que justificaram a medida não são de caráter exclusivamente pessoal.

Acrescente-se, porém, que o desaforamento se dará para a Comarca de SÃO PAULO, SP (1ª VARA DO TRIBUNAL DO JÚRI DA CAPITAL, por ser a mais antiga) e não para a Comarca de Santos, SP, como sugeriu o e. magistrado, dada a proximidade da última com o local dos fatos, cuja extensão territorial é contígua, a revelar pertinente que se considere que os mesmos motivos e fundamentos que embasaram esta decisão também se aplicam à Comarca vizinha, tudo a fim de propiciar tranquilidade e serenidade aos julgadores leigos e assegurar a sua imparcialidade.

Em arremate, por não mais persistirem os razões que a justificaram, determina-se, ainda, o levantamento da cláusula de sigilo.

Por tais razões, levantada a cláusula de sigilo, DEFERE-SE A REPRESENTAÇÃO DE DESAFORAMENTO para determinar que o julgamento de A.W.S. se concretize na comarca de SÃO PAULO, SP (1ª VARA DO TRIBUNAL DO JÚRI DA CAPITAL), estendendo-se, *ex officio*, o desaforamento com relação aos coacusados, se forem pronunciados, *ex vi* do disposto no artigo 580, do CPP.

Habeas Corpus

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Habeas Corpus nº 2010588-76.2016.8.26.0000, da Comarca de Pontal, em que é paciente DEIVID CASSIANO HONÓRIO FERREIRA e Impetrante ANDRÉA VALDEVITE.

ACORDAM, em 12ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Denegaram a ordem. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 1.082)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ANGÉLICA DE ALMEIDA (Presidente sem voto), VICO MAÑAS e JOÃO MORENGHI.

São Paulo, 6 de abril de 2016

Acesso ao Sumário

ÁLVARO CASTELLO, Relator

Ementa: HABEAS CORPUS – TRÁFICO DE ENTORPECENTES E ASSOCIAÇÃO AO TRÁFICO – REVOGAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA – INOCORRÊNCIA – HIPÓTESE: Presentes os requisitos da prisão preventiva, bem fundamentada a decisão que a decretou e mostrando-se inadequadas e insuficientes as medidas alternativas à prisão, impossível conceder a liberdade provisória.

VOTO

A advogada Andrea Valdevite impetra ordem de *habeas corpus*, com pedido liminar, em favor de **DEIVID CASSIANO HONÓRIO FERREIRA**, alegando constrangimento ilegal em sua liberdade de ir e vir por ato praticado pelo MM. Juízo de Direito da 1ª Vara da Comarca de Pontal.

O paciente foi preso e denunciado por suposta violação aos artigos 33, *caput*, e 35, *caput*, c.c. o art. 40, incisos III e VI, ambos da Lei nº 11.343/06, c.c. o art. 14, inciso II, do Código Penal.

Reclama a impetrante, em síntese, sofrer a paciente constrangimento ilegal em razão de estarem presentes os requisitos legais para a concessão da liberdade provisória, eis que ausentes indícios suficientes de autoria, não podendo ser desprezada a presunção de inocência. Aduz, ainda, que a custódia cautelar está prejudicando o paciente, impedindo que ele obtenha benefícios no cumprimento de outra pena que cumpre (fls. 01/11).

A liminar restou indeferida por esta relatoria (fls. 99/100), juntando-se aos autos as informações prestadas pela apontada autoridade coatora (fls.103/112).

O parecer da Douta Procuradoria Geral da Justiça é pela denegação da ordem (fls. 114/116).

É O RELATÓRIO.

Consta dos autos que na data dos fatos o ora paciente tentou receber da menor J.S.R., que se dirigiu ao CDP onde ele estava preso, para fins de tráfico de drogas, 01 (um) invólucro plástico com 27,190g de cocaína e 01 (um) invólucro contendo 60,150g de maconha, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar, (fls. 105/107).

Além da prova de materialidade, a culta Magistrada monocrática considerou os sérios indícios de autoria para em fundamentada decisão (fls. 108/109) decretar a prisão preventiva do ora paciente.

Não nos devemos esquecer que o crime de tráfico de entorpecentes é

Acesso ao Sumário

gravíssimo, pois que traz grande preocupação e prejuízo à sociedade, destruindo lares e subjugando a juventude, motivo pelo qual é equiparado a hediondo e apesar de atualmente ser permitida a liberdade provisória, em casos excepcionais, mediante a análise de cada caso concreto, entendo que neste não estão presentes os requisitos para tal.

Percebe-se, portanto, que a gravidade da conduta não reside unicamente no tipo penal, mas também nas circunstâncias específicas do caso, cometido dentro no interior de estabelecimento prisional.

A custódia cautelar, assim, está justificada não somente pela gravidade dos fatos, mas também pela provável continuidade do exercício da traficância, servindo como garantia da ordem pública, para conveniência da instrução criminal e aplicação da lei penal.

Também não há que se falar em ofensa ao princípio da presunção de inocência em razão da não concessão da liberdade provisória, quando a necessidade da custódia cautelar está demonstrada pelos fatos e pressupostos contidos no artigo 312 do Código de Processo Penal.

Acrescente-se, também, que eventuais circunstâncias pessoais da paciente acabam por se tornar insignificantes em face da gravidade do delito e suas consequências, sendo de rigor a manutenção de sua prisão.

Aliás, esse é o entendimento majoritário do E. Superior Tribunal de Justiça:

> *"HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PRISÃO EM FLAGRANTE. NULIDADE. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. LIBERDADE PROVISÓRIA NEGADA. DECISÃO FUNDAMENTADA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. GRANDE QUANTIDADE DE DROGA. WRIT PARCIALMENTE CONHECIDO E DENEGADO.*
>
> *1..*
>
> *2..*
>
> *3. As condições pessoais favoráveis do paciente não têm o condão de, por si sós, inviabilizar a decretação da segregação antecipada, existindo nos autos outros elementos capazes de autorizar a adoção da providência extrema"*
>
> (HC nº 81178/SP, Rel. Min. Paulo Gallotti, 6ª T, j. 01/04/2008).

Registre-se que, sem adentrar no mérito da ação, estão presentes os elementos indicativos da existência do crime e indícios de autoria, não se discutindo neste momento e por esta via, prova de mérito.

Portanto, em face da presença dos requisitos autorizadores da prisão preventiva, inexiste constrangimento ilegal a ser sanado pela estreita via do *mandamus.*

Acesso ao Sumário

Diante do exposto, **DENEGA-SE A ORDEM.**

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Habeas Corpus nº 2033719-80.2016.8.26.0000, da Comarca de Jaguariúna, em que é paciente JÉSSICA FERNANDA DE OLIVEIRA PEREIRA e Impetrante RAFAEL GODOY D'ÁVILA.

ACORDAM, em 4ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Denegaram a ordem. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 35.445)**

O julgamento teve a participação dos Exmo. Desembargadores IVAN SARTORI (Presidente) e CAMILO LÉLLIS.

São Paulo, 19 de abril de 2016.

EUVALDO CHAIB, Relator

Ementa: HABEAS CORPUS – PRISÃO PREVENTIVA – ESTELIONATO TENTADO – HISTÓRICO DESABONADOR, MARCADO PELO DESCUMPRIMENTO DE MEDIDAS CAUTELARES NÃO SEGREGATIVAS – RECENTE CONDENAÇÃO CRIMINAL – IMPOSSIBILIDADE DE ANÁLISE DO PREJUÍZO ATUAL – INSUFICIÊNCIA DE PROVIDÊNCIAS ALTERNATIVAS – ORDEM DENEGADA.

VOTO

O advogado Rafael Godoy D'ávila impetra *habeas corpus* em favor de JÉSSICA FERNANDA DE OLIVEIRA PEREIRA, sob a alegação de que a paciente estaria sofrendo constrangimento ilegal por parte do r. Juízo da 2ª Vara Judicial da Comarca de JAGUARIÚNA, nos autos do Processo nº 440-25/2016, em que foi decretada a prisão preventiva.

Pleiteia a revogação da prisão preventiva, ainda que cumulada com a fixação de fiança. Sustenta ausentes os pressupostos autorizadores da medida extrema, defendendo ser incabível a consideração de condenação pretérita da paciente pelo mesmo crime porque sequer foi iniciado prazo para a interposição de recurso. Traça notas sobre os fatos que conduziram à prisão flagrancial e aduz que à paciente seria fixada pena branda em caso de condenação, viabilizando,

Acesso ao Sumário

inclusive, regime prisional aberto e substituição penal. Remata argumentando que o ilícito penal não envolve violência ou grave ameaça contra a pessoa.

A liminar foi indeferida (fls. 36).

Prestadas as informações pelo r. Juízo apontado como autoridade coatora (fls. 39/40), o douto Procurador de Justiça Dr. João Bosco da Encarnação, opina pela concessão da ordem (fls. 45/47).

É o relatório.

A ordem deve ser denegada.

A paciente é acusada da prática do delito de estelionato, por duas vezes, na forma do art. 14, inciso II, do Código Penal, eis que teria tentado depositar dois cheques clonados.

Verificando os elementos que motivaram a segregação cautelar, não se coteja a gritante mácula noticiada.

Conforme inicialmente apurada, a suplicante tentou depositar os referidos cheques na conta de seu cunhado. Porém, o funcionário do estabelecimento bancário desconfiou da autenticidade das cártulas, dando ensejo à persecução penal.

Neste cenário fático, o pedido de revogação da prisão cautelar foi negado, ao argumento de que a soltura da paciente representa risco à ordem pública, notadamente pela existência de recente condenação por idêntico delito.

Vale lembrar que a suplicante foi beneficiada com a liberdade provisória cumulada com medidas cautelares não segregativas, mas veio tão logo a ser presa em flagrante pelo mesmo *modus operandi.*

O descaso com a confiança depositada pela outorga de medidas alternativas induz o fundado receio de reiterações desta mesma seara, justificando a cautela adotada para a proteção da ordem pública.

Ademais, o risco de reiteração de delitos revelado por recente condenação é o fator concreto que demanda ainda maior cautela e recomenda a manutenção do ato impugnado para a salvaguarda da ordem pública.

Em contemporâneo julgado, já consignou o Superior Tribunal de Justiça: "*é* ***válida a prisão preventiva para a garantia da ordem pública****, de modo a* ***evitar a prática de novos crimes*** *pelo acusado, à vista de sua* ***periculosidade****, manifestada na forma de execução do crime e no seu comportamento anterior à prática ilícita. Consoante entendimento desta Corte Superior, o risco de reiteração delitiva pode ser evidenciado, diante das especificidades de cada caso concreto, pela existência de* ***inquéritos policias e ações penais em curso****. Precedentes do STJ e do STF"* – STJ, HC 307921/DF, 16/04/2015.

Desta feita, em virtude da necessidade de segregação cautelar, dispensa-se a análise pormenorizada da inviabilidade de substituição do cárcere por

Acesso ao Sumário

qualquer outra medida cautelar alternativa (STJ, HC 299410/SP, 25/09/2014).

Por fim, é temerário ponderar a pena que poderá ser imposta à segregada, máxime considerando o passado desabonador.

Em arremate, não se vislumbra direito líquido e certo a demandar o acolhimento da pretensão.

Diante do exposto, pelo meu voto, denega-se a ordem.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Habeas Corpus nº 2038693-63.2016.8.26.0000, da Comarca de Tatuí, em que é paciente WILIAN APARECIDO DE ARRUDA OLIVEIRA e Impetrante MARLENE MARIA GARCIA.

ACORDAM, em 8ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Denegaram a ordem. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 10.217)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ALCIDES MALOSSI JUNIOR (Presidente) e MARCO ANTÔNIO COGAN.

São Paulo, 14 de abril de 2016.

GRASSI NETO, Relator

Ementa: *Habeas Corpus* – Prisão preventiva suficientemente fundamentada – Constrangimento ilegal inexistente.

Não consubstancia constrangimento ilegal, passível de reparação por via de *habeas corpus*, a ordem de custódia preventiva, cujo teor contenha fundamentos suficientes, demonstrativos da presença de uma das circunstâncias inscritas no art. 312 do CPP. Ao analisa-los, deve o Magistrado considerar não apenas a natureza da infração, mas as circunstâncias e as condições pessoais do paciente.

Acesso ao Sumário

VOTO

Vistos,

A advogada Marlene Maria Garcia impetra o presente pedido de *habeas corpus*, com pedido liminar, em favor de WILIAN APARECIDO DE ARRUDA

OLIVEIRA, alegando que este estaria sofrendo constrangimento ilegal por parte do MM. Juízo da 2ª Vara Criminal da Comarca de Tatuí, que não teria analisado seu pedido de revogação de prisão preventiva, ofertado em 17 de fevereiro de 2016.

Busca-se, assim, a revogação da custódia cautelarmente decretada, pelas razões expostas na inicial, com a expedição do competente alvará de soltura. Sustenta-se que o acusado preenche os requisitos exigidos por lei

Indeferida a liminar (fls. 61) e prestadas as informações pela autoridade apontada como coatora, que vieram devidamente acompanhadas de documentos (fls. 64/76), a Douta Procuradoria Geral de Justiça manifestou-se pela denegação da ordem.

É o Relatório.

O presente *writ* não comporta concessão.

Ao contrário do asseverado na impetração, inexiste qualquer constrangimento ilegal em manter-se o ora paciente cautelarmente recolhido ao cárcere, uma vez que, analisados os fatores motivadores da decretação da prisão preventiva, vê-se deverem estes ser confirmados por esta Corte.

Willian está preso preventivamente desde 14 de fevereiro de 2016, pela suposta prática do crime previsto nos arts. 157, *caput*, do CP, 244-B da Lei n. 8.069, e no art. 311, *caput* , c.c. os arts. 29 e 69, todos do CP.

Reza a denúncia, que o ora paciente juntamente com o corréu Leonardo Paes dos Reis, teria corrompido o adolescente G.G.C. (à época com 15 anos de idade), pessoa menor de 18 anos, com ele praticando infração penal.

Da exordial consta, ainda, que, o ora paciente, teria subtraído o veículo automotor VW/Gol, de placas ARR-0795- Cesário Lages, de propriedade de José Fábio Pereira.

Da vestibular consta, outrossim, que o ora acusado e o corréu Leonardo adulteraram as placas de identificação do referido automóvel, de registro ARR-0795, no intuito de furtarem-se de eventual fiscalização policial, "raspando" (sic) a primeira letra "R" , que teria passado a ter aparência de "P" (APR-0795).

Existem prova da materialidade dos fatos e indícios suficientes quanto a ser o ora paciente o seu autor. Tanto é assim, que a vítima, em solo policial, teria reconhecido o ora paciente como sendo a pessoa a quem teria dado carona e, que, posteriormente, teria roubado seu veículo automotor (fls. 13).

Deve-se ponderar, ainda, que o paciente responde por crimes graves (roubo, corrupção de menores e adulteração de sinal identificador de veículo automotor), que provocam pânico e temeridade social; a correta apuração do ocorrido exige, também, que todas as testemunhas estejam suficientemente protegidas, de modo a poderem prestar seus esclarecimentos de modo livre e

Acesso ao Sumário

desimpedido.

Tudo isso recomenda sejam observadas medidas assecuratórias da ordem pública, do bom andamento da instrução criminal, bem como da aplicação da lei penal, razão pela qual, acaba sendo forçoso reconhecer não ser recomendável que o paciente responda ao processo em liberdade.

Importa consignar, igualmente, que, apesar de o ora paciente não ostentar antecedentes, consoante aferição junto ao sítio da VEC, a dinâmica dos fatos, revela ousadia e a particular periculosidade do agente em sua prática, o que enseja a necessidade de que o caso ora em apreço seja submetido a uma análise mais criteriosa.

Não se cogita, assim, de decorrer a manutenção da custódia cautelar exclusivamente da gravidade abstrata da conduta, eis que vem ela escorada tanto no exame dos pressupostos legais como na situação inerente ao caso concreto.

Ressalte-se que, mesmo que o pedido viesse acompanhado de documentação comprobatória de ocupação lícita e de residência fixa o que não foi o caso dos autos ainda assim, não haveria como conceder-se a liberdade, eis que existem fortes indícios de que, uma vez solto, o agente irá persistir em sua conduta, prejudicar a instrução criminal ou frustrar a aplicação da lei penal.

Estando efetivamente presentes, no caso concreto, os motivos autorizadores da prisão preventiva, deve prevalecer a necessidade de ser garantida a correta instrução criminal, a efetiva aplicação da lei penal, bem como a tranquilidade e a segurança do corpo social.

Observe-se igualmente a esse respeito, já ter restado assentado que a prisão provisória não atenta contra o princípio da presunção de inocência.

> Já se firmou a jurisprudência desta Corte no sentido de que a prisão cautelar não viola o princípio constitucional da presunção de inocência, conclusão essa que decorre da conjugação dos incisos LVII, LXI e LXVI, do art. 5º, da CF/88.[1]

A aplicação das medidas cautelares, sequer requeridas, enumeradas pelo legislador na atual redação do art. 319 do CPP é, de outra parte, descabida, eis que presentes os motivos que autorizam a decretação da prisão preventiva (art. 312).

No mais, informou a autoridade tida como coatora, que a denúncia já foi oferecida, sendo que, no presente momento, os autos aguardam o seu recebimento.

Não tendo sido detectada, portanto, qualquer ilegalidade na permanência

Acesso ao Sumário

1 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº 71169. Impetrante: Renato Alcaide. Paciente: Carlos Adalberto Queiroz e Marcelino Aparecido da Silva. Coator: Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo. Relator: Ministro Moreira Alves. 1ª Turma. Votação unânime. Brasília, 26 de abril de 1994. **Diário da Justiça**. 16 Set. 1994, p. 24.267. Disponível em: (endereço eletrônico constante do texto original).

da custódia cautelar do paciente, não se pode deferir a ordem impetrada.

Ante o exposto, denega-se o *writ.*

Inquéritos Policiais

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Inquérito Policial nº 0071921-34.2014.8.26.0000, da Comarca de (...), em que, são investigados (...). (PREFEITO DO MUNICÍPIO DE (...)) e (...).

ACORDAM, em 9ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Remeteram os autos do Inquérito Policial nº 0071921-34.2014.8.26.0000 e, em razão da conexão, do Inquérito Policial nº (...) (em apenso) para o Egrégio Tribunal Regional Federal da 3ª Região. V.U." de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 38.028)**

O julgamento teve a participação dos Exmo. Desembargadores SÉRGIO COELHO (Presidente), ROBERTO SOLIMENE, AMARO THOMÉ e LAURO MENS DE MELLO.

São Paulo, 28 de abril de 2016.

SOUZA NERY, Relator

Ementa: Processo penal. Inquérito policial instaurado para apuração de crimes supostamente cometidos por Prefeito Municipal. Questão preliminar envolvendo a competência do C. Órgão Especial superada pelo entendimento da maioria, que reconhece a competência da Câmara Criminal. No mérito, acolhendo manifestação da douta Procuradoria Geral de Justiça, determino a remessa dos autos dos inquéritos policiais ao Egrégio Tribunal Regional Federal da 3ª Região.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de inquérito policial instaurado para apuração de eventual prática de crime de fraude à licitação e contratos, em tese, previsto na Lei nº 8.666/93, em face de (...) e (...), Prefeito Municipal de (...).

Segundo consta, pais de alunos da rede pública municipal de ensino de (...) observaram a má qualidade e a inexistência da merenda nas unidades escolares. A partir do fato, observaram que o procedimento de licitação realizado para aquisição dos elementos da merenda teria sido anulado por suposta fraude. Aduziram, ainda que, devido ao caráter emergencial, mediante dispensa de licitação e ocorrência de vantagem indevida, teria sido contratada a empresa "(...) – ME". Noticiaram, ainda, que foi utilizado um veículo da Prefeitura Municipal e motorista, em notório desvio de função, uma vez que o contratado deve fazer a entrega dos materiais contratados e que entrega do leite foi substituída por composto lácteo, constatada algumas irregularidades na entrega de alimentos perecíveis.

Encaminhado requerimento para obtenção de informações relacionadas aos fatos não foram atendidas pelo Poder Executivo.

Aduzem que os produtos fornecidos não atenderiam à Nota Técnica n. 02/2014, do FNDE. Asseguram ainda que, (...), representante da empresa contratada, é cunhado de (...), assessor jurídico da Prefeitura Municipal, autor do parecer conclusivo da ilegalidade do pregão presencial.

Distribuído o feito, veio-mo.

É o relatório.

Sobre a questão da competência, sempre entendi – e continuo ainda entendendo – que o processamento e julgamento dos feitos que envolvem Prefeitos Municipais acusados ou suspeitos da prática de crimes comuns e/ou de responsabilidade próprios compete ao C. Órgão Especial do Tribunal de Justiça.

Ocorre que, por decisão da maioria, esta C. Câmara Criminal, vencido este relator, firmou entendimento no sentido de manter a delegação da competência para o exame de feitos como o presente, como decidido nos autos de Inquérito Policial nº 23369-09.2012.8.26.0000, julgado em 10-5-2012, a seguir transcrito:

> Sobre a questão da competência, reitero meu entendimento inúmeras vezes manifestado:
>
> É do C. Órgão Especial deste E. Tribunal de Justiça a competência para julgar os feitos que envolvem Prefeitos Municipais acusados da prática de crimes comuns e/ou de responsabilidade próprios, como os apurados neste procedimento.
>
> Nesse sentido voto prolatado pelo eminente Desembargador Junqueira Sangirardi - quando ainda se encontrava vigente o assento nº 143 abaixo referido; atual Resolução nº 548/11 desta Eg. Corte -, cujas palavras, que

Acesso ao Sumário

adoto como razão de decidir, tomo a liberdade de transcrever:

O julgamento dos crimes comuns e dos delitos de responsabilidade próprios praticados por Prefeitos compete, segundo leitura conjugada dos artigos 29, inciso X, e 31, da Constituição Federal, aos Tribunais de Justiça dos Estados.

Dispõe o artigo 29, inciso X, da Lei Maior pátria, que um dos preceitos que norteiam os Municípios integrantes dos Estados da Federação é, precisamente, o "julgamento do Prefeito perante o Tribunal de Justiça".

Além dos Prefeitos Municipais, também gozam de foro especial por prerrogativa de função os juízes estaduais e do Distrito Federal e Territórios, bem como os membros do Ministério Público, nos crimes comuns e de responsabilidade, que são julgados pelos Tribunais de Justiça, ressalvada a competência da Justiça Eleitoral (artigo 96, III, CF).

A Constituição do Estado de São Paulo, por sua feita, definiu, em seu artigo 74, incisos I e II, *verbis*: "Compete ao Tribunal de Justiça, além das atribuições previstas nesta Constituição, processar e julgar originariamente: I – Nas infrações penais comuns, o Vice-Governador, os Secretários de Estado, os Deputados Estaduais, o Procurador-Geral de Justiça, o Procurador-Geral do Estado, o Defensor Público Geral e os Prefeitos Municipais; II – Nas infrações penais comuns e nos crimes de responsabilidade, os juízes dos Tribunais de Alçada e do Tribunal de Justiça Militar, os juízes de Direito e os juízes auditores da Justiça Militar, os membros do Ministério Público, exceto o Procurador-Geral de Justiça, o Delegado Geral da Polícia Civil e o Comandante-Geral da Polícia Militar".

No Estado de São Paulo, o julgamento dos Prefeitos Municipais, como é sabido, vem sendo feito, em flagrante violação aos textos das Constituições Federal e Estadual, por órgãos fracionários do Tribunal de Justiça, em virtude do determinado no assento nº 143, expedido em 10 de maio de 1989 pelo Órgão Especial deste Tribunal. Mediante referido assento, o Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo delegou a competência de julgar Prefeitos Municipais nas infrações comuns e de responsabilidade (art. 1º, do Decreto-Lei nº 201/67), atribuindo-a indevidamente às Câmaras Criminais.

Ora, se a Constituição Federal atribui ao Tribunal de Justiça a competência para julgar os Prefeitos Municipais nos crimes comuns e de responsabilidade próprios (artigos 29, X e 31), sendo seguida tal disposição pela Constituição Estadual (artigo 74, I e II), e considerando-se que o Órgão Especial deste Tribunal foi constituído para o exercício das atribuições administrativas e jurisdicionais de competência do Tribunal Pleno (art. 16, parágrafo único, LC 35/79; artigo 60, da Constituição Estadual de São Paulo), a outra conclusão não se pode chegar senão à de que incumbe ao Órgão Especial o julgamento de Prefeitos Municipais pela prática dos delitos acima referidos.

Acesso ao Sumário

A Constituição Federal permite que o Tribunal Pleno, se composto por mais de 25 desembargadores, delegue ao Órgão Especial o exercício de parte de suas atribuições administrativas e jurisdicionais (artigo 93, XI), mas não autoriza que este último delegue referidas competências às Câmaras Criminais, o que evidencia que o Assento nº 143, de 10 de maio de 1989, não encontra eco nas disposições da Lei Maior pátria.

É mister mencionar, ainda, que a indevida delegação, pelo Órgão Especial, da atribuição de julgar os Prefeitos Municipais, vulnera alguns direitos constitucionais fundamentais, tais como a garantia do juiz natural, da igualdade e da ampla defesa.

A garantia do juiz natural apresenta-se, no ordenamento jurídico brasileiro, sob duas vertentes:

(a) proibição dos tribunais de exceção *ex post facto* (CF, art. 5º, XXXVII); (b) garantia do juiz competente (CF, art. 5º, LIII). É especificamente este segundo o aspecto maculado pelo Assento nº 143, ora em debate. A todo e qualquer cidadão a Carta Magna assegura o direito de ser julgado pela autoridade competente, isto é, pelo órgão judiciário cujo poder de julgar derive de fontes constitucionais. A norma constitucional (arts. 29, X e 96, III, c.c 93, XI), estabelecendo regra de competência de prerrogativa de função, estatui que os Prefeitos Municipais devem ser julgados pelos Tribunais de Justiça, não se podendo admitir que a "Tribunais de Justiça" o intérprete equipare as "Turmas Julgadoras das Câmaras Criminais", porquanto tal postura interpretativa não apenas restringiria o direito de ampla defesa dos Prefeitos Municipais acusados em processo penal, como também conduziria à desigualdade entre os Alcaides e as demais pessoas elencadas pelo legislador constituinte federal no artigo 96, III e pelo legislador constituinte estadual no art. 74, I e II.

Com a indevida delegação da função jurisdicional do Órgão Especial para as Turmas Julgadoras das Câmaras Criminais, os Prefeitos Municipais ficam limitados ao voto de apenas três Desembargadores, o que restringe sobremaneira as possibilidades de desfecho da ação penal em que figuram como acusados. Ora, se fossem julgados pelo Órgão Especial, como determinam as Constituições Federal e Estadual, os Alcaides poderiam influenciar o convencimento de 25 Desembargadores, dentre os quais figuram os membros mais antigos e experientes do Tribunal de Justiça do Estado.

Sem embargo, não se olvide que os juízes estaduais, membros do Ministério Público, o Vice-Governador, os Secretários de Estado, os Deputados Estaduais, o Procurador-Geral de Justiça, o Procurador-Geral do Estado, elencados ao lado dos Prefeitos Municipais nos dispositivos supramencionados, são todos julgados pelo Órgão Especial, não havendo qualquer razão plausível para que se exclua desse rol os Alcaides. O estabelecimento dessa distinção em decorrência do disposto no Assento nº 143, de 10 de maio de 1989, conduz a uma desigualdade

Acesso ao Sumário

> inadmissível no âmbito de um Estado Democrático de Direito.
>
> Por todas essas razões, impende concluir que falta às Câmaras Criminais, através de suas Turmas Julgadoras, competência constitucional para julgar os delitos comuns e de responsabilidade próprios atribuídos a Prefeitos.[1]
>
> No mesmo sentido decidiu esta E. Corte, nos autos da ação penal pública originária nº 495.064-3/9, relator o insigne Desembargador Alberto Mariz de Oliveira, na ação penal pública originária nº 165.114-3/6, relator o ilustre Desembargador Luiz Pantaleão, e da Denúncia nº 479.781-3/3, relator o igualmente eminente Desembargador Figueiredo Gonçalves.
>
> Em tais circunstâncias, e adotando como fundamento de decidir os argumentos acima transcritos, do já referido e não menos eminente Desembargador Junqueira Sangirardi, pelo meu voto propunha à E. Turma Julgadora o reconhecimento da incompetência desta C. Câmara para conhecer e processar o presente feito.
>
> Não é esse, no entanto, o entendimento da douta maioria da Turma Julgadora, que aceita a delegação de competência pelo Eg. Órgão Especial.
>
> No mérito, (...)

Ressalvado, portanto, o meu entendimento sobre a questão da competência, passo a, ingressando já no mérito, decidir da forma que segue:

Em razão da fiscalização realizada pelo E. Tribunal de Contas do Estado constatou-se que a origem dos recursos está subordinada, em sua maior parte, ao salário educação (contribuição social – Lei nº 4.440/64), contribuição parafiscal arrecadada pela União.

Com efeito, os doutos representantes ministeriais salientaram que a aplicação da receita do salário-educação é vinculada. Assim, consoante a Lei nº 9.766/98, compete, em qualquer caso, ao Fundo Nacional de Desenvolvimento Educacional (FNDE) a fiscalização. Verifica-se, ainda, através das diligências postuladas pela Procuradoria que as notas de empenho foram expedidas constando a origem dos recursos como transferências federais vinculadas ao salário educação (fls. 859).

Estas as circunstâncias por que meu voto, na esteira do douto parecer ministerial, orienta-se no sentido da remessa dos autos do Inquérito Policial nº 0071921-34.2014.8.26.0000 e, em razão da conexão, do Inquérito Policial nº (...) (em apenso) para o Egrégio Tribunal Regional Federal da 3ª Região, o que proponho à E. Turma Julgadora.

Acesso ao Sumário

1 Inquérito nº 424.786-3/0, j. em 23-5-2006, declaração de voto de terceiro juiz.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Mandado de Segurança nº 2272507-19.2015.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é impetrante MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, é impetrado MM. JUIZ (A) DE DIREITO DA 2ª VARA DO JÚRI FORO REGIONAL SANTANA.

ACORDAM, em 8ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Denegaram a segurança. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 1.421)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ALCIDES MALOSSI JUNIOR (Presidente sem voto), MARCO ANTÔNIO COGAN e LOURI BARBIERO.

São Paulo, 28 de abril de 2016.

CARLOS MONNERAT, Relator

Ementa: Mandado de Segurança. Objetiva a Justiça Pública a concessão de efeito suspensivo ao recurso em sentido estrito interposto contra a decisão de pronúncia que deferiu a liberdade provisória ao réu e lhe concedeu o direito de recorrer em liberdade. Impossibilidade. O "writ" não se presta a sucedâneo do recurso cabível, já interposto. Não há ilegalidade manifesta ou abuso de poder a ser aqui reparado. Ausência de causa a justificar a excepcional medida. "Decisum" que não se encontra totalmente despropositado. Segurança denegada.

Acesso ao Sumário

VOTO

O Ministério Público impetra o presente Mandado de Segurança, com pedido de liminar, objetivando dar efeito suspensivo ao Recurso em Sentido Estrito interposto contra a decisão do Magistrado da 2ª Vara do Júri do Foro Regional de Santana da Comarca da Capital (Processo nº 0000020-13.2008.8.26.0001), que pronunciou o réu RENATO DA SILVA AGUILAR DE LIMA, afastou a qualificadora a ele imputada na inicial e lhe deferiu a liberdade provisória, condicionada a medidas cautelares, podendo recorrer da decisão em liberdade.

Indeferida a liminar, acompanhado das informações, opinou a douta Procuradoria Geral de Justiça pela concessão da segurança.

RELATADOS, passo a decidir.

Trata-se de réu denunciado pela suposta prática de homicídio qualificado, em razão de motivo fútil, pois teria efetuado disparos de arma de fogo contra a vítima Jonas da Silva, ocasionando sua morte (fls. 20/21).

Conforme informações prestadas pelo Juízo *a quo*, a denúncia foi recebida em 07 de dezembro de 2010 e, em 29 de julho do ano seguinte, foi decretada a revelia do réu e suspensão do processo.

Em 27 de novembro de 2014 foi decretada a prisão preventiva do réu, sendo este preso em 06 de agosto de 2015. No dia 25 desse mesmo mês, foi indeferido pedido de liberdade provisória.

Em audiência de instrução e julgamento, realizada em 16 de dezembro de 2015, após encerrada a instrução processual, o Magistrado *a quo* decidiu pela substituição da prisão preventiva por outras medidas cautelares, bem como pronunciou o réu como incurso no crime de homicídio simples, deferindo-lhe o direito de recorrer em liberdade.

Inconformado com tal decisão, o Ministério Público interpôs Recurso em Sentido Estrito, para integrar à pronúncia a qualificadora subjetiva do motivo fútil e manter a prisão cautelar do réu, sendo cassado seu direito de recorrer em liberdade, bem como impetrou o presente *writ* requerendo a concessão de efeito suspensivo ao referido recurso.

Entende ser necessária a custódia cautelar do réu, diante da fundamentação genérica da decisão recorrida, além da necessidade de garantia da ordem pública e aplicação da lei penal, pela existência de risco de fuga, periculosidade do réu e gravidade do crime a ele imputado.

Em que pesem as razões invocadas, secundadas pelo parecer da douta Procuradoria, não há como acolher o pedido ofertado pelo ilustre representante da Justiça Pública.

O Mandado de Segurança é remédio de âmbito constitucional, eleito para resguardar direito líquido e certo contra ato de autoridade, praticado com **ilegalidade** ou **abuso de poder**, que cause ao impetrante violação de direito ou justo receio de vir a sofrê-la.

No entanto, como já abordado pelo despacho que indeferiu o pedido de liminar, a decisão guerreada não se mostra teratológica, viciada de flagrante ilegalidade ou com evidente violação de direito líquido e certo do impetrante, a recomendar que, aqui e agora, seja prontamente corrigida por meio do presente remédio constitucional.

Tal decisão é objeto do Recurso em Sentido Estrito, já interposto pela

Acesso ao Sumário

Justiça Pública, ainda pendente de julgamento, seara adequada e apropriada à discussão da matéria em toda sua amplitude, o que não pode, nem se recomenda, ser feito nesta via excepcional.

Ademais, não há que se falar em falta de fundamentação, porque o benefício foi fundamentado nos elementos de convicção colhidos nos autos, bem como não restaram comprovadas as alegações da periculosidade do réu e de que ele, em liberdade, poderia se furtar da aplicação da lei penal, o que indica tratar-se de meras conjecturas, o que não se pode admitir.

Tão somente revelia anteriormente ocorrida não gera, *ipso factum*, presunção de no futuro furtar-se à aplicação da lei penal.

Anoto, por oportuno, que o pronunciado está em liberdade provisória com medidas cautelares fixadas, e seu descumprimento pode acarretar revogação.

Como se sabe, não se presta o *mandamus* como sucedâneo do recurso cabível (SÚMULA n. 267 do Colendo Supremo Tribunal Federal: "*Não cabe mandado de segurança contra ato judicial passível de recurso ou correição*").

Também, não deve ser o presente remédio empregado para a concessão de efeito não previsto em lei, salvo em decisões teratológicas, o que não é o caso.

Sendo assim, não se vislumbra no ato praticado pelo Magistrado *a quo* ilegalidade manifesta ou abuso de poder a ensejar esta via extrema.

Ante o exposto, denega-se a segurança.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Mandado de Segurança nº 2035721-23.2016.8.26.0000, da Comarca de Rosana, em que são impetrantes ALAN PATRICK RIBEIRO CORREA e JOSÉ FRANCISCO DOS SANTOS.

ACORDAM, em 5ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Denegaram a segurança. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 26.747)**

O julgamento teve a participação dos Exmo. Desembargadores PINHEIRO FRANCO (Presidente sem voto), JUVENAL DUARTE e JOSÉ DAMIÃO PINHEIRO MACHADO COGAN.

São Paulo, 12 de maio de 2016.

TRISTÃO RIBEIRO, Relator

Ementa: MANDADO DE SEGURANÇA. Peculato, prevaricação e associação criminosa (artigos 312, 319 e

Acesso ao Sumário

288, do Código Penal). Impetração contra decisão que determinou a suspensão cautelar dos ora impetrantes, servidores da Câmara Municipal de Rosana, do exercício da função pública, com fundamento no artigo 319, inciso VI, do Código de Processo Penal. Decisão suficientemente fundamentada e na qual não se vislumbra ilegalidade manifesta ou abuso de poder a justificar a via extrema. Utilização pelos impetrantes dos cargos para a prática reiterada dos crimes que lhes são imputados. Medida cautelar prevista em lei, como alternativa à prisão, adequada e necessária, diante da fundada suspeita de reiteração criminosa e de interferência na colheita da prova. Inexistência de ofensa a direito líquido e certo. Segurança denegada.

VOTO

Vistos.

Trata-se de MANDADO DE SEGURANÇA impetrado por JOSÉ FRANCISCO DOS SANTOS e ALAN PATRICK RIBEIRO CORREA contra ato do MM. JUÍZO DE DIREITO DA VARA ÚNICA DA COMARCA DE ROSANA que, nos autos da ação penal nº 0002179-89.2015.8.26.0515, impôs a ambos a medida cautelar de suspensão do exercício da função pública na Câmara Municipal de Rosana, da qual são servidores, com fundamento no artigo 319, inciso VI, do Código de Processo Penal,

A medida liminar foi indeferida (fls. 195/196) e a digna autoridade impetrada prestou informações (fls. 199/204).

A douta Procuradoria Geral de Justiça opinou pela denegação da segurança (fls. 206/217).

É o relatório.

Busca-se, com o presente *writ*, a cassação de decisão que impôs aos ora impetrantes, servidores da Câmara Municipal de Rosana, a medida cautelar de suspensão do exercício da função pública, com esteio no artigo 386, inciso VI, do Código de Processo Penal, sob o fundamento de que ambos ostentam antecedentes criminais, que existem processos em trâmite contra Alan Patrick e de que há possibilidade de interferirem na instrução do processo mediante a destruição e/ou forja de provas ou coação a testemunhas.

Afirmam os impetrantes que a medida imposta é ilegal, desnecessária e infundada.

Sustentam ambos que foram alvos de persecuções penais abusivas e ilegais, iniciadas pelo Inquérito Civil nº 14.0411.0000452/2015-7, o qual

Acesso ao Sumário

desembocou na operação efetuada pela Polícia Civil cognominada "OPERAÇÃO DEVASSA", na qual lhes foram assacados crimes de peculato, participação em associação criminosa e prevaricação, em continuidade delitiva (José Francisco) e peculato e participação em associação criminosa, também em continuidade delitiva (Alan Patrick).

Asseveram, ainda, que os requisitos autorizadores do afastamento cautelar dos respectivos cargos estão ausentes, pois não há condenação com trânsito em julgado com relação a qualquer deles e nem prova de sujeição funcional às ordens exclusivas do Presidente da Câmara Municipal, além do que inexiste indício de que a destruição, ocultação ou forja de provas pudesse acontecer, estando a decisão fundamentada em verbos de condicional futuro ("teriam", "poderiam", "estariam"," fariam"), o que não é suficiente para medida de tal gravidade, resultando, portanto, em ato ilegal e abusivo, que redundou em ofensa a direito líquido e certo, como o da presunção de inocência, do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório. Aduzem, por fim, que não restaram demonstradas a necessidade, a conveniência e a adequação da medida adotada.

A segurança deve ser denegada.

Com efeito, pelo que se infere dos documentos acostados nos autos e das informações prestadas pela autoridade apontada como coatora, os impetrantes e outras pessoas, vereadores e funcionários da Câmara Municipal de Rosana, foram denunciados pelos crimes de peculato (art. 312, do CP), prevaricação (art. 319, do CP) e associação criminosa (art. 288, do CP).

ALAN PATRICK RIBEIRO CORREA, ora impetrante, foi denunciado, especificamente, pelos crimes previstos no artigo 312, do Código Penal, por vinte e uma vezes, na forma do artigo 71, também do Código Penal, em concurso material com a infração definida no artigo 288, do mesmo texto legal, e **JOSÉ FRANCISCO DOS SANTOS**, também impetrante, pelos delitos tipificados nos artigos 312, por oito vezes, e 319, por vinte e cinco vezes, ambos do Código Penal, na forma do artigo 71, do estatuto repressivo, em concurso material entre si e com a infração descrita no artigo 288, também do Código Penal.

Acesso ao Sumário

Esclareceu a autoridade impetrada nas suas informações que tais imputações resultaram de investigação realizada no Inquérito Civil nº 14.0411.0000452/2015-7, no qual se apurou que estariam ocorrendo enormes gastos dos vereadores e servidores da Câmara Municipal de Rosana com diárias para viagens. As investigações levantaram indícios de que, além de condutas ímprobas, existiria uma associação criminosa dentro da Câmara Municipal de Rosana, composta pelos denunciados, com a finalidade de desviar verbas públicas em proveito próprio. Segundo o apurado, muitas das viagens sequer aconteciam e, para comprovar sua realização, os denunciados juntavam declarações

genéricas, desprovidas de qualquer valor creditório, de que estiveram no local de destino, nas quais não especificam qual o assunto tratado e nem demonstram o real interesse público daquela viagem.

Esclareceu, ainda, que todas as condutas foram concretizadas de comum acordo, de modo que o próprio Controlador Interno, o ora impetrante **José Francisco dos Santos**, que era o encarregado de examinar as contas de todos os vereadores e servidores, além de receber e se apropriar do dinheiro público, analisava a prestação de contas de suas próprias viagens e, ainda, elaborava parecer favorável de contas das viagens dos demais denunciados.

Prosseguiu, afirmando que em certos trechos de escuta telefônica, devidamente autorizada pelo Juízo, verificou-se que o vereador e denunciado Roberto Fernandes Moya Júnior, em conversa com o também denunciado e ora impetrante **Alan Patrick Ribeiro Correa**, chega a relatar com riqueza de detalhes a farra com o dinheiro público, realizada por ele e pelo denunciado Edison Alves da Silva, dizendo com quantas mulheres havia se relacionado no período compreendido entre os dias 21 a 25 de abril de 2015, (mais de 10 mulheres), que estavam sem dinheiro para voltar para Rosana e que um deles tinha, inclusive, perdido dinheiro público enquanto estava na festa (perdeu mais de R$ 1.500,00).

Acrescentou que os denunciados Cícero Simplício, Walter Gomes da Silva, Filomeno Carlos Toso, Valdemir Santana dos Santos, Edison Alves da Silva, Eduardo dos Santos Sales e os ora impetrantes **José Francisco dos Santos** e **Alan Patrick Ribeiro Correa**, entre os anos de 2013 e 2015, na qualidade de funcionários públicos, vereadores e servidores, em diversas datas durante esse período, teriam se apropriado de dinheiro público de que tinham a posse em razão do cargo que ocupavam, por ocasião das referidas viagens, cuja realização igualmente não teriam comprovado.

Contou que o impetrante **Alan Patrick Ribeiro Correa** ainda relata que após os compromissos, no horário noturno, saia com os vereadores para beber chopp e/ou cervejas e que, considerando que o dinheiro das diárias era depositado nas contas dos vereadores/funcionários, não tinha como explicar se tais contas eram pagas com dinheiro próprio ou dinheiro público referente às diárias. Alegava que a regulamentação das diárias não obrigava que o vereador que a recebia a devolvesse se não a gastasse e que os vereadores e servidores que economizavam com o gasto das diárias podiam ficar com as sobras.

Informou, também, que **José Francisco dos Santos**, na função de Controlador Interno da Câmara Municipal, elaborava parecer no sentido da legalidade das prestações de contas, em conluio com os demais denunciados.

Nessa linha, os denunciados teriam se associado para o fim específico de cometer crimes contra o patrimônio público, o que, por si só, demonstraria a

Acesso ao Sumário

necessidade, conveniência e adequação da medida cautelar de afastamento das funções.

O Ministério Público pediu a prisão preventiva dos denunciados, bem como a realização de busca domiciliar a fim de colher outros elementos de convicção que auxiliassem na formação da prova.

Ressaltou a autoridade impetrada, ainda, que a Lei Municipal nº 270/95, que regulamenta as despesas com diárias pelos vereadores da Câmara Municipal de Rosana, estabelece que o edil, caso seja necessário, deve viajar com seu dinheiro próprio e após, com a comprovação dos gastos, ser reembolsado pelas despesas. Porém, os vereadores denunciados elaboraram a Resolução nº 03/2014, totalmente contrária à lei, determinando que o valor da futura viagem do vereador ou servidor fosse depositado em sua conta pessoal antes de realizá-la.

Assim sendo, concluiu que se continuarem nos cargos, os denunciados, possivelmente, prosseguiriam na empreitada delitiva, além de poderem influenciar na colheita da prova.

Diante desses fatos, considerando que a denúncia está baseada em fortes elementos de convicção que indicam o cometimento reiterado de crimes e em indícios veementes da autoria de tais infrações, e levando em conta a desnecessidade da prisão preventiva dos implicados, o Magistrado decidiu impor aos ora impetrantes, bem como aos demais denunciados, a medida cautelar prevista no artigo 319, inciso VI, do Código de Processo Penal, a fim de interromper a continuidade das ações delitivas que lhes foram imputadas, exceção feita à denunciada Aline Rosa Aparecida Moraes, que não é funcionária da Câmara Municipal e, portanto, não tem influência na casa legislativa ou sobre os vereadores e servidores.

Assim sendo, ao contrário do salientado, a decisão hostilizada está muito bem fundamentada e, a despeito dos argumentos alinhavados pelos impetrantes em prol de sua tese, não se vislumbra na decisão tomada pelo douto Magistrado ilegalidade manifesta ou abuso de poder a justificar a cassação da medida ora impugnada.

Acesso ao Sumário

E não se enxerga, no caso, o direito líquido e certo invocado pelos impetrantes, isto porque referida decisão encontra amparo no artigo 319, inciso VI, do Código de Processo Penal, e levou em consideração, além da gravidade dos crimes, a existência de prova da materialidade e de indícios suficientes de autoria, bem como que uma Resolução da casa não poderia ir contra o mandamento de lei instituído por aquela mesma Casa. A autoridade impetrada demonstrou também, de forma clara e suficientemente motivada, a necessidade cautelar de afastamento dos impetrantes dos cargos públicos que ocupam, ressaltando que a permanência deles próximo às testemunhas e demais

funcionários da Câmara Municipal que deporão em Juízo, bem como o acesso que desfrutam aos arquivos e aos documentos que servirão de novas provas, pode acarretar prejuízo ao bom andamento do processo. Da mesma forma, restou claro que a medida visa, ainda, a impedir que os impetrantes persistam na prática criminosa e garantir que não continuem gastando o dinheiro público de forma indevida.

Portanto, não se verifica qualquer ilegalidade na imposição da medida cautelar, uma vez que a decisão impugnada pelo *writ* está apoiada em elementos que caracterizam a real necessidade de sua decretação.

É importante ressaltar que os crimes imputados aos impetrantes guardam relação direta com os cargos que exercem na Câmara Municipal, existindo, desta forma, fundado receio de que a sua permanência nos referidos cargos possa ensejar a continuidade das atividades ilícitas, em prejuízo do erário e, em consequência, de toda a coletividade.

Além disso, consta dos autos, em especial de ligação telefônica datada de 25 de abril 2015, que os impetrantes possuem estreita ligação com os outros corréus e, principalmente, com Roberto Fernandes Moya Júnior, Presidente da Câmara Municipal. Assim, se permanecerem nos cargos que ocupam podem facilmente ocultar ou destruir provas a que tiverem acesso, bem como influenciar pessoas que servirão como testemunhas, prejudicando, desta forma, a instrução criminal.

Não é demais deixar anotado que não se exige prova cabal de que os impetrantes estão ocultando provas e/ou influenciando testemunhas. A comprovação estreme de dúvida daria ensejo à decretação de prisão preventiva por obstrução da justiça. Exige-se, apenas, a existência de fundado receio de que, em razão do cargo ocupado e que foi utilizado para a prática das infrações penais, devido ao acesso que tem a documentos e pessoas, possam, de alguma forma, interferir na instrução criminal.

Por fim, vale salientar que inquéritos policiais e processos em andamento são elementos aptos a demonstrar, ao menos em sede cautelar, eventual receio de reiteração delitiva, e que constituem fundamento concreto para a imposição da medida e, até mesmo, decretação de prisão preventiva.

Diante desse quadro, são irrelevantes as condições pessoais favoráveis dos impetrantes, enaltecidas na inicial, visto que a necessidade da medida imposta é recomendada por outros elementos de convicção.

Portanto, inexiste qualquer ilegalidade ou desproporcionalidade na imposição, no caso, da medida prevista no artigo 319, inciso VI, do Código de Processo Penal (suspensão cautelar do exercício da função pública), mesmo porque se demonstrou na decisão impugnada, com base em dados concretos existentes nos autos, de forma suficiente, a sua necessidade e a presença dos

Acesso ao Sumário

pressupostos e requisitos legais constantes do artigo 282, do mesmo diploma legal.

Ante o exposto, denega-se a segurança.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Mandado de Segurança nº 2064188-12.2016.8.26.0000, da Comarca de Presidente Venceslau, em que são impetrantes G.B.I. LTDA. e G.I., é impetrado MM. JUIZ DE DIREITO DA 3ª VARA JUDICIAL DE PRESIDENTE VENCESLAU.

ACORDAM, em 12ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "por votação unânime, não conheceram do *mandamus*, devendo ser providenciada a remessa dos presentes autos à Turma Recursal competente.", de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 30.544)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ANGÉLICA DE ALMEIDA (Presidente), PAULO ROSSI e ÁLVARO CASTELLO.

São Paulo, 18 de maio de 2016.

ANGÉLICA DE ALMEIDA, Relatora

Ementa: Mandado de Segurança. Injúria e difamação. Decisão que determinou remoção de conteúdo veiculado, na rede mundial de computadores. Cassação. Violação de direito líquido e certo. Ilegalidade. Medida cautelar de natureza penal não prevista, taxativamente, na lei processual penal. Incompetência material do juízo criminal.

Decisão proferida em processo sujeito ao procedimento criminal sumaríssimo, afeto ao Juizado Especial Criminal. Competência do Colégio Recursal, decorrente do disposto no artigo 98, I, da Constituição Federal. *Mandamus* não conhecido, com determinação de remessa dos autos à Turma Recursal competente.

VOTO

Trata-se de mandado de segurança impetrado por G.I. e G.B.I. Ltda., por seus advogados, contra decisão do MM. Juiz da 3ª Vara da Comarca de

Presidente Venceslau, que determinou a remoção do conteúdo veiculado, na rede mundial de computadores, através de *blogger*, operado pelas empresas impetrantes. Afirmam cabível a impugnação da decisão, através de mandado de segurança, posto que, não obstante cumprida a determinação, trata-se de decisão manifestamente ilegal, a violar direito líquido e certo. Sustentam inadmissível medida cautelar de natureza penal não prevista, taxativamente, na lei processual penal, não caracterizadas, ademais, a acessoriedade e a instrumentalidade, a revelar objetivo estranho ao do processo criminal. Defendem que o disposto no artigo 282, I, do Código de Processo Penal, não institui poder geral de cautela, em âmbito penal. Alegam, ainda, a incompetência material do juízo criminal, para determinação da medida, eis que matéria de natureza cível (fls. 1/22). Acompanham os documentos de fls. 23/70.

Determinado o processamento do *writ*, a autoridade judicial impetrada prestou informações (fls. 76/80).

A d. Procuradoria Geral de Justiça opina pela denegação da segurança (fls. 82/85).

É o relatório.

Segundo as informações prestadas pela autoridade impetrada, apontada como coatora, trata-se de procedimento criminal instaurado para apurar a prática dos crimes de injúria e difamação, que, em tese, teriam sido praticados por F.L.M.D.P., ao imputar à vítima fato ofensivo à reputação, dignidade e decoro, por meio de matéria divulgada na rede mundial de computadores.

Formulada proposta de transação penal, pelo Ministério Público, foi requerida medida liminar, consistente na retirada do conteúdo da matéria divulgada através do *blog*. Deferida a pretensão e negado pedido de reconsideração da decisão, formulado pela empresa, ora impetrante, foi determinado o cumprimento da ordem.

Aguarda-se, para prosseguimento do feito, a realização de diligências para localização do autor do fato.

Extrai-se das informações prestadas pela autoridade impetrada, apontada como coatora, tratar-se de procedimento criminal sumaríssimo, afeto ao Juizado Especial Criminal.

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, 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

Acesso ao Sumário

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.*

Atribuída, ao autor dos fatos, a prática de difamação e injúria, ainda que levado em conta o concurso material de infrações, a soma da pena máxima cominada, em abstrato, não ultrapassa dois anos, de modo que competente a Turma Julgadora.

Na realidade, não supera o patamar exigido para que o feito saia da competência da Turma Julgadora.

Diante do exposto, por votação unânime, não conheceram do *mandamus*, devendo ser providenciada a remessa dos presentes autos à Turma Recursal competente.

Revisões Criminais

ACÓRDÃO

Acesso ao Sumário

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Revisão Criminal nº 0055736-18.2014.8.26.0000, da Comarca de Borborema, em que é peticionário MÁRCIO LEANDRO DA SILVA.

ACORDAM, em 8º Grupo de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deferiram em parte o pedido, nos termos que constarão do acórdão. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 1.818)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ENCINAS MANFRÉ (Presidente), POÇAS LEITÃO, WILLIAN CAMPOS, BORGES PEREIRA, NEWTON NEVES, OTÁVIO DE ALMEIDA TOLEDO,

RICARDO SALE JÚNIOR e CAMARGO ARANHA FILHO.

São Paulo, 3 de maio de 2016.

LEME GARCIA, Relator

Ementa: REVISÃO CRIMINAL. Tráfico de entorpecentes e posse de objetos destinados ao preparo de drogas. Pedido de absolvição. Impossibilidade em relação ao crime de tráfico. Autoria e materialidade delitivas suficientemente comprovadas. Em contrapartida, de rigor a absolvição pelo crime de posse de objetos destinados ao preparo de drogas. Conduta atípica. Instrumentos apreendidos que não se prestam, de forma específica, à fabricação, preparação, produção ou transformação de drogas. Dosimetria da pena e regime prisional em relação ao tráfico que não comportam reparos, porquanto observado o sistema trifásico e bem justificado o afastamento do redutor previsto no artigo 33, § 4º, da Lei de Drogas. PEDIDO REVISIONAL PARCIALMENTE DEFERIDO.

VOTO

Trata-se de Revisão Criminal de Acórdão da 9ª Câmara Criminal deste Egrégio Tribunal de Justiça, de que foi Relator o Desembargador Souza Nery, proposta em favor de Márcio Leandro da Silva, condenado por infração aos artigos 33, *caput*, e 34, ambos da Lei nº 11.343/06, na forma do artigo 69, do Código Penal (concurso material), às penas de 9 anos e 8 meses de reclusão, no regime inicial fechado, e pagamento de 1866 dias-multa, no valor mínimo legal.

Aduz o peticionário que a decisão foi contrária à evidência dos autos, uma vez que o conjunto probatório produzido não poderia ter levado à sua condenação. Pede, assim, a absolvição por insuficiência de provas e, subsidiariamente, a aplicação, no grau máximo, da causa de diminuição de pena prevista no § 4º, do art. 33, bem como a fixação do regime inicial aberto, substituindo-se a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos (fls. 27/32).

O digno Dr. Procurador de Justiça, em seu parecer de fls. 34/39, opinou pelo indeferimento da revisão.

É o relatório.

Em que pese o ponderável parecer do douto Procurador de Justiça, o pedido revisional comporta parcial deferimento, cabendo a absolvição do peticionário, mas tão somente em relação ao crime previsto no artigo 34 da Lei

Acesso ao Sumário

de Drogas.

Com relação ao crime de tráfico de entorpecentes, previsto no artigo 33, *caput*, da Lei n. 11.343/06, a materialidade do fato restou bem comprovada pelo auto de exibição e apreensão (fls. 08/10), bem como pelos laudos de exames químico-toxicológicos (fls. 24/25).

A autoria desse delito, por sua vez, também restou inconteste.

A condenação do peticionário ficou devidamente demonstrada por meio dos uníssonos, harmônicos e coesos depoimentos dos policiais militares, os quais confirmaram que a prisão decorreu de 'denúncia anônima', segundo a qual havia um veículo em uma oficina com drogas no porta-malas; procedida a abordagem, os milicianos lograram encontram no porta-malas do carro do peticionário uma grande porção de 'cocaína', bem como uma balança de precisão; já em sua residência, aos pés da cama, foram encontrados ainda duas porções de cocaína e petrechos relacionados ao tráfico de drogas (fls. 204/205).

Ressalte-se que a lei não nega validade ao depoimento do policial, tanto que não o arrola entre os impedidos ou suspeitos, não o dispensa do compromisso de dizer apenas a verdade, nem o poupa dos inconvenientes do crime de falso testemunho, caso venha a sonegar a realidade dos acontecimentos.

Ao julgador cumpre conferir, em relação a tais depoimentos, o justo e merecido valor, cotejando-os e confrontando-os com os demais elementos de convicção, atribuindo-lhes, ou não, segundo seu livre convencimento, o merecido poder de persuasão.

No caso dos autos, os agentes públicos sequer conheciam anteriormente o peticionário, inexistindo, portanto, motivos para falsamente incriminá-lo.

Enfim, diante desses expressivos elementos de prova, a condenação pelo crime de tráfico era mesmo de rigor.

Frise-se que para a configuração do citado delito é irrelevante a flagrância da comercialização dos entorpecentes. Isso porque, tratando-se de tipo penal misto alternativo, a simples guarda do entorpecente, sem autorização e em desacordo com determinação legal e regulamentar, é o bastante à subsunção da conduta à infração penal descrita no art. 33, *caput*, da Lei de Drogas.

Por outro lado, o crime do artigo 34 da Lei de Drogas não restou caracterizando, sendo de rigor a absolvição do peticionário, por absoluta atipicidade de sua conduta.

Segundo o auto de exibição e apreensão de fls. 8/10 e o laudo pericial de fls.26/28, foram apreendidas sob a guarda do peticionário 'meia' tesoura de inox, uma faca de cozinha de serra, uma colher de sopa, bem como uma balança de precisão.

Observo que os supracitados objetos não se enquadram como "objetos de

fabricação", tampouco de "preparação, produção ou transformação de droga", servindo, apenas e tão somente para separá-la, pesá-la e embalá-la.

Sua simples posse, portanto, não constitui conduta típica do delito de petrechos para o tráfico, pois a utilização respectiva dá-se na parte final do comércio clandestino, quando a droga já está pronta ao consumo e em condições de ser dividida em porções menores.

Nesse sentido, confira-se o entendimento do Colendo Superior Tribunal de Justiça:

> "1. **A apreensão isolada de uma balança não implica, per se, necessária subsunção da conduta ao tipo descrito no art. 34 da Lei n.11.343/2006**. 2. Provado nos autos que a balança se destinava à medida individual de porções destinadas ao consumo, e não à fabricação, produção ou preparo da substância entorpecente, afasta-se aquela imputação - art. 34 -, por atipicidade" (STJ 6ª Turma HC 153322/BA Ministro **CELSO LIMONGI** Dje 03/11/2011 grifado).

Assim, absolvo o peticionário do crime previsto no artigo 34, da Lei n. 11.343/06, por reconhecer que a decisão condenatória contrariou texto expresso da lei penal, nos termos exatos previstos no artigo 621, inciso I, do Código de Processo Penal.

Feito isto, passo à análise da dosimetria da pena aplicada em relação ao delito de tráfico de drogas, previsto no artigo 33, *caput*, da Lei n. 11.343/06.

A pena de 06 anos e 08 meses de reclusão, e pagamento de 666 dias multa, no piso mínimo, foi aplicada de forma criteriosa, operando-se com precisão o sistema trifásico da dosimetria, observados os preceitos do artigo 59, do Código Penal, e artigo 42, da Lei de Drogas, mostrando-se escorreita a não aplicação da causa de diminuição prevista no artigo 33, parágrafo 4º, da Lei nº 11.343/2006, posto que o peticionário não preenche os requisitos legais para a concessão do benefício, por se tratar de agente que demonstrou se dedicar a atividades criminosas, mormente se levada em conta a significativa quantidade de drogas encontradas em seu poder, além da diversidade de substâncias.

Inviável também a substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos, pois o peticionário não preenche nem mesmo o requisito objetivo para a concessão da benesse, haja vista sua condenação a pena superior a 04 anos.

De outra parte, revela-se cabível a fixação de regime inicial mais gravoso para o cumprimento da pena privativa de liberdade, notadamente em razão da gravidade concreta da conduta do peticionário, consideradas a quantidade, a diversidade e a nocividade das substâncias encontradas em seu poder. Com efeito, os danos físicos e mentais causados pela cocaína e o seu derivado *crack* aos usuários são gravíssimos e, na maior das vezes, irreversíveis, de tal modo

Acesso ao Sumário

que a justiça penal, em tais casos, deve atuar com rigor em sua prevenção e punição.

Destarte, pelo meu voto, defere-se parcialmente a revisão criminal para: a) confirmar na integralidade a condenação do peticionário pelo crime previsto no artigo 33, *caput*, da Lei n. 11.343/06, mantidos o *quantum* da pena e estabelecido o regime inicial fechado para o seu cumprimento; b) absolver o peticionário quanto ao crime do artigo 34, da mesma legislação, com fulcro no artigo 386, inciso III, do Código de Processo Penal.

Acesso ao Sumário

ÓRGÃO ESPECIAL

Ações Rescisórias

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Rescisória nº 2052657-26.2016.8.26.0000, da Comarca de Taquaritinga, em que são autores J.A.C. e R.R.C., são réus L.A.M. e E.M.S.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "INDEFERIRAM A PETIÇÃO INICIAL E JULGARAM EXTINTO O PROCESSO, SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO. V.U. IMPEDIDOS OS EXMOS. SRS. DES. ADEMIR BENEDITO, XAVIER DE AQUINO, TRISTÃO RIBEIRO E RICARDO ANAFE.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 23.802)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PAULO DIMAS MASCARETTI (Presidente sem voto), JOÃO NEGRINI FILHO, SÉRGIO RUI, SALLES ROSSI, ALVARO PASSOS, AMORIM CANTUÁRIA, PEREIRA CALÇAS, 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 e NEVES AMORIM.

São Paulo, 13 de abril de 2016.

BORELLI THOMAZ, Relator

Ementa: Ação rescisória – Busca de fundo referente a guarda da criança – Disputa já havida em mandado de segurança anteriormente ajuizado – Fato novo, situação nova, circunstâncias novas a envolver guarda de criança não ensejam alteração de julgado anterior, mas nova disputa judicial – Descabimento, então, de ação rescisória – Falta de condições da ação – Petição inicial indeferida – Extinção do processo.

VOTO

Ação rescisória proposta por J.A.C. e R.R.C. contra L.A.M. e E.M.S.,

Acesso ao Sumário

com fundamento no artigo 485, incisos V e VII do Código de Processo Civil/73 (artigo 966, incisos V e VII do CPC/15), para rescindir v. acórdão da C. Câmara Especial deste E. Tribunal de Justiça, pelo qual se reformou r. sentença que concedera adoção de Y.L.R.C. aos aqui autores e destituiu os réus do poder familiar em relação a ela, tornando a criança aos pais biológicos (réus naquele processo e neste).

Sustentam que o v. acórdão *sequer modulou os efeitos da entrega da criança aos pais biológicos, e.g.: acompanhamento psicológico, uma devolução gradual para que a criança pudesse ser inserida sem traumas num ambiente que lhe era absolutamente desconhecido, uma aproximação gradual, etc* (pág. 05), o que implicará *danos psicológicos gravíssimos à menor*.

Aduzem ter o v. acórdão transitado em julgado em 05/08/15 (pág. 82) e haver fomento para a rescisão por haver *documento novo*, consistente em carta escrita de próprio punho pela menor, aos 12 anos (pág. 83), prova impassível de existência anterior, pois à época da propositura da ação, Y. contava com 3 anos de idade.

Também denunciam violação literal ao Estatuto da Criança e do Adolescente, pois *tirar a hoje adolescente do seio da família com a qual vive há 12 anos é extremamente prejudicial ao seu desenvolvimento presente e futuro*, ofendido, pois, o princípio da proteção integral (art. 1º do ECA).

Pugnam, em antecipação de tutela, a suspensão do cumprimento do v. acórdão e manutenção da guarda da menor para que, ao final, seja rescindido o julgamento e proferido outro, para desprover a apelação dos réus.

É o relatório.

Os autores desta ação rescisória, J.A. e R., ajuizaram, anteriormente, ação de desconstituição do poder familiar de L. e E. sobre Y., cumulada com pedido de adoção, julgada procedente no I. Juízo de origem[1]:

> *Diante do exposto, julgo improcedente a oposição ajuizada contra os autores e réus por S.B.M., bem como julgo a mesma autora carecedora da ação incidental de regulamentação de direito de visitas (proc. 682/08) e julgo procedentes a ação de busca e apreensão, confirmando a liminar deferida, e a ação de destituição de poder familiar c.c. adoção proposta pelos autores em face dos réus para, com fulcro nos arts. 24, 129, inciso X e 155 a 163 do Estatuto da Criança e do Adolescente, combinados com artigo 1.638, inciso III do Código Civil, destituir L.A.M. e E.M.S. do poder familiar exercido sobre Y.L.S.M., nascida em (...), desligando a adotanda de qualquer vínculo com os pais biológicos e parentes consanguíneos e apoiado nos artigos 39 a 48 do Estatuto da Criança e do Adolescente, e CONCEDER A ADOÇÃO da menor aos requerentes, passando a chamar-*

1 Processo nº (...) da (...) Vara da Comarca de T. (págs. 66/76).

Acesso ao Sumário

se Y.L.R.C., filha de R.R.C. e J.A.C., tendo como avós maternos N.R. e N.A.R. e avós paternos L.C. e E.D.C. Oportunamente, após o trânsito em julgado desta, proceda-se à inscrição da adoção no Registro Civil, providenciando-se o necessário e ressalvando-se o previsto no artigo 47 do ECA (págs. 75/76).

Contra o resultado dessa ação os réus, pais biológicos, e a avó biológica paterna, S., apelaram e culminou no v. acórdão que se busca rescindir, assim ementado:

Apelação. Destituição de poder familiar c.c. adoção. Oposição proposta pela avó paterna. Sentença que julgou improcedente a oposição e procedente a destituição do poder familiar, deferindo a adoção de menor de idade. Recursos dos genitores biológicos e da opoente avó paterna. Preliminares de desrespeito ao princípio da identidade física do Juiz e ausência de oitiva dos genitores biológicos. Ausência de anotação da passagem dos autos para MM. Juiz que não presidiu atos de instrução. MMª Juíza que presidira a instrução que foi desvinculada da Comarca. Quebra da identidade. Retorno os autos prejudicado. Colheita posterior das declarações dos genitores biológicos. Preliminar prejudicada. Oposição que não se adequa ao caso em questão. Ausência de legitimidade e de interesse de agir. Extinção da oposição com fundamento no art. 267, inciso VI do Código de Processo Civil. No mérito, provimento do recurso para afastar a conclusão da sentença e restituir o poder familiar aos recorrentes. Ausência cabal de provas do abandono, maus-tratos ou comportamento inadequado. Necessidade de restabelecer os vínculos familiares. Imposição constitucional de proteção à família. Expedição de mandado de busca e apreensão com participação da assistente social. Entrega que deverá ser efetivada no fórum local. Posterior acompanhamento psicológico (pág. 401).

Colhe-se ter sido interposto Recurso Especial, não admitido, mesmo após diversos outros recursos (agravo, agravo regimental, embargos de declaração, embargos de divergência) no E. Superior Tribunal de Justiça (págs. 704/739), com trânsito em julgado em 05/08/15 (pág. 82).

Vieram os autores com esta ação rescisória, fulcrada no artigo 485, incisos V e VII do Código de Processo Civil/73 (artigo 966, incisos V e VII do CPC/15), distribuída por prevenção, ante o julgamento no C. Órgão Especial do Mandado de Segurança nº 2168278-42.2014.8.26.0000, relatado pelo I. Desembargador Nuevo Campos, ocasionalmente respondendo por esta cadeira (pág. 97).

Nesse mandado de segurança, impetrado por J.A. e R., buscou-se *dar efeito suspensivo ao Recurso Especial interposto, determinando a suspensão do cumprimento do V. Acórdão recorrido prolatado por força do julgamento*

Acesso ao Sumário

da apelação (PROCESSO N. (...)), da e. Câmara Especial deste Tribunal de Justiça, até que o Superior Tribunal de Justiça julgue definitivamente o Recurso Especial, mantendo, assim, a guarda da menor Y.L.S. com os autores, na forma da Lei, considerando-se, para tanto, o supremo interesse da criança que já convive com os autores há quase dez anos, o que evitará que ela sofra danos irreparáveis (págs. 100/115).

Em julgamento no C. Órgão Especial, a segurança foi denegada: *Mandado de segurança – Pretensão de concessão de efeito suspensivo a recurso especial – Inexistência de direito líquido e certo – Segurança denegada* (pág. 564).

E considerou seu D. prolator:

Insta consignar, de início, que é questionável a adequação da presente via jurisdicional para conferir efeito suspensivo a recurso, que, por ausência de previsão legal, não possui tal efeito.

No entanto, é inquestionável que as situações excepcionais, em particular, quando prevalente o interesse público, devem ser apreciadas de forma especial, na medida em que em regra, não há como se conceber a existência de preceitos jurídicos de caráter absoluto.

No que tange ao caso em tela, por um lado, por não estar demonstrada qualquer situação excepcional, em princípio, não há que se falar em interesse de agir, por haver recurso pendente de julgamento, cujo efeito é devolutivo.

Impõe-se assinar, a este respeito, que as situações de risco referidos na inicial da presente impetração foram objeto de consideração em ação própria, cujo desfecho, em sede recursal perante a Colenda Câmara Especial deste Egrégio Tribunal de Justiça, foi no sentido da improcedência do pedido de destituição do poder familiar dos pais biológicos, cuja guarda, em relação à menor, foi restaurada.

Aliás, não se tem notícia do cumprimento do mandado de busca e apreensão expedido para que a menor retorne ao convívio de sua família natural, uma vez que a menor e a impetrante não foram localizadas.

Ademais, houve perda superveniente do objeto da presente segurança, pois o recurso ao qual se pretendia conferir efeito suspensivo foi julgado (fls. 424/435).

Assim sendo, por inexistir situação excepcional que justifique, por parte dos impetrantes, interesse jurídico em obter o pretendido efeito suspensivo, não há como se reconhecer, consequentemente, direito líquido e certo a ser amparado por esta via jurisdicional (págs. 563/568).

Acesso ao Sumário

Memento: as informações contidas neste relatório vêm de consulta dos autos digitais desse mandado de segurança no sistema SAJ, bem como de consulta no **site** do E. Superior Tribunal de Justiça, cópias cuja juntada

determinei na pág. 98, pois os autores limitaram-se a juntar aos autos desta ação rescisória somente documentos interessantes e favoráveis a eles e nem sequer juntaram o v. acórdão que buscam desconstituir.

Juntaram a esta ação rescisória: depoimento da própria autora R. (págs. 18/36), laudo psicológico (págs. 38/44), termo de guarda e responsabilidade (pág. 45), parecer do Ministério Público (págs. 46/64), sentença de primeira instância (págs. 66/76), estudos sociais (págs. 77/81 e 90/93), carta escrita pela menor (pág. 83), dois boletins de ocorrência envolvendo os réus em brigas domésticas e outro sobre desentendimento entre vizinhos (págs. 84/89) e certidão de nascimento e de batismo da menor (págs. 94/96).

Atenta leitura do v. acórdão que se busca rescindir (visto a págs. 119/149), indica postura dos autores a ocultar a verdade dos fatos e apresentar somente as provas favoráveis a si.

Repetem esse comportamento, pois, como já considerei, nem veio para os autos o julgamento que se busca rescindir.

No entanto, prossigo no julgamento e, pese embora ao argumentado pelos autores, a conclusão que se tem, desde logo, é vir a rescisória em busca de verdadeiro salvo-conduto para perpetuar a situação de descumprimento de ordem judicial de entrega da menor Y., pelos autores, a seus pais biológicos.

De fato, a apelação foi provida em favor dos réus e foi determinada a devolução de Y. aos pais biológicos, com expedição de carta de ordem, mas, ao que consta, sem efetivo cumprimento até os dias de hoje.

Como se cuida de ação rescisória, importa saber sobre os efeitos da coisa julgada, pois esse remédio só é oponível em situações de casos passados em julgado e, neste caso, tem-se, ao fundo, disputa acerca de poder familiar sobre infante com 12 anos de idade, completados em (...).

Além de envolver Direito de Família, pois há discussão sobre destituição do poder familiar e adoção, a ação versa sobre direitos da personalidade, indisponíveis, caracterizando-se como daquelas ações chamadas de estado.

Segundo Agnelo Amorim Filho, *ações de estado não são declaratórias, e sim constitutivas (positivas ou negativas), e realmente elas se apresentam com as duas principais características das ações construtivas: a) são meio de exercício de direitos potestativos (o direito à aquisição, modificação ou extinção do estado, e aos efeitos daí decorrentes), e b) as sentenças nelas proferidas sempre criam um estado de "sujeição" para terceiros, independentemente do concurso da vontade destes, ou mesmo contra sua vontade. Aliás, as ações de estado não são apenas constitutivas – elas são constitutivas "obrigatórias" ou "necessárias"*[2].

2 Agnelo Amorim Filho, Critério científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar as ações imprescritíveis. Revista de Direito Processual Civil. São Paulo, v. 3º, p. 95-132, jan./jun. 1961. (endereço eletrônico constante do texto original)

Ao fim, esse autor as classifica como "aparentemente declaratórias".

Em remate, são perpétuas (imprescritíveis): – *a) as ações constitutivas que não têm prazo especial de exercício fixado em lei; e b) todas as ações declaratórias*.

Então, a alteração de estado ensejaria nova ação, e não ação rescisória, pois ao tempo do julgamento, era correto, legal e jurídico concluir como se concluiu no v. acórdão rescindendo ante os fatos lá debatidos e julgados.

Necessário, então, conforme se extrai dos documentos juntados pelos autores e do quanto fiz anexar, entender a cronologia desses fatos:

1 – Nascimento de Y. em (...) (pág. 94);

2 – Y. teria sido levada sob os cuidados dos autores, com anuência dos pais biológicos em dezembro/2004 (narrativa da petição inicial – pág. 02) – para os réus. "Entregas" esporádicas teriam começado em 2005 (pág. 443);

3 – Retorno de Y. à família biológica e mudança dessa família de T. para U. em julho/2005 (narrativa da petição inicial – pág. 02);

4 – Devolução da menor aos autores em dezembro/2005 (narrativa da petição inicial – pág. 02) – informação rechaçada pelos réus, que indicam que Y., antes do termo lavrado pelo Conselho Tutelar, não ficou com os autores por período superior a 4 meses, e na condição de padrinhos dela (narrativa da petição de interposição da apelação dos réus – pág. 447);

5 – Ajuizamento de ação cautelar pelos pais biológicos;

6 – Termo de advertência, entrega e responsabilidade, lavrado em 22/01/2007 pelo Conselho Tutelar de T., entregue a tutela da menor aos autores (narrativa da petição de interposição de apelação – pág. 442);

7 – Ajuizamento de ação de destituição do poder familiar cumulada com pedido de adoção em 25/01/2007 (narrativa da petição de interposição de apelação – pág. 444 – Proc. nº (...)– (...) Vara de T.);

8 – Indeferimento de liminar na cautelar de busca e apreensão ajuizada pelos réus (pais biológicos) em 27/01/2007 (parecer do MP – pág. 47);

9 – Retomada da menor pelos pais biológicos em 22/03/2007 ("subtração" da criança na escola) (parecer do MP – pág. 47 e narrativa da petição inicial – pág. 03);

10 – Guarda provisória concedida aos autores em 26/03/2007 (pág. 45);

11 – Em 16/04/2007 interposição de agravo de instrumento pela opoente S., ao qual foi negado provimento (informação retirada do SAJ – Proc. nº (...));

12 – Em 27/08/2007 a criança foi apreendida e devolvida aos autores (narrativa da petição inicial – pág. 04);

Acesso ao Sumário

13 – Em 24/09/2007 interposição de agravo de instrumento pelos réus L. e E., não conhecido (informação retirada do SAJ – Proc. nº (...));

14 – Em 28/09/2007 interposição de agravo de instrumento pelos réus L. e E., ao qual foi negado provimento (informação retirada do SAJ – Proc. nº (...));

15 – Em 06/11/2007 interposição de agravo de instrumento pela opoente S., ao qual foi negado provimento (informação retirada do SAJ – Proc. nº (...));

16 – Em 12/11/2007 interposição de agravo de instrumento pelos réus L. e E., ao qual foi negado provimento (informação retirada do SAJ Proc. nº (...));

17 – Sentença de procedência da ação de destituição do poder familiar e deferimento da adoção aos autores em 16/03/2011 (págs. 66/76);

18 – Apelação dos réus L. e E. datada de 04/04/2011 (págs. 433/470);

19 – Acórdão rescindendo proferido em 04/02/2013, dando provimento à apelação dos pais biológicos (págs. 119/149);

20 – Decisão de 18/02/2013 do D. Des. Presidente da Seção Criminal, integrante da C. Câmara Especial, para expedição de carta de ordem e cumprimento da decisão (págs. 431/432);

21 – Decisão monocrática em medida cautelar interposta no E. Superior Tribunal de Justiça para suspender os efeitos do v. acórdão de págs. 119/149, em que foi negado seguimento à ação (08/03/2013) (págs. 397/399);

22 – Decisão determinando a busca e apreensão da menor para entrega aos pais biológicos, em 19/03/2013 (pág. 180);

23 – Expedição de carta de ordem para cumprimento da decisão do v. acórdão em 19/03/2013 (narrativa da petição dos réus de pág. 283);

24 – Certidão do oficial de justiça em 20/03/2013 indicando que a autora R. e a menor estavam viajando, sem que pudessem ser contatadas (pág. 181);

25 – Petição datada de 20/03/2013 requerendo diligências para encontrar a menor (págs. 182/184);

26 – Em 21/03/2013 foi deferida nova diligência no endereço dos autores para entrega da menor, sob pena de prisão por desobediência (págs. 185/186);

27 – Certidão do oficial de justiça em 21/03/2013 indicando não haver encontrado os réus, mas apenas a filha deles, A. (pág. 187);

28 – Determinação, em 22/03/2013 para instauração de inquérito policial para apurar eventual prática de crime de desobediência (pág. 188);

Acesso ao Sumário

29 – Ofício datado de 1º/04/2013 informando sobre instauração de IP, localizado o requerido, que "não soube informar (ou não quis) para onde R. e Y. foram viajar ou onde se encontram (pág. 189 e 190), com declaração de J.A. a pág. 191;

30 – Petição dos réus L. e E. para que se proceda a efetiva localização de sua filha, protocolada em 26/04/2013 (págs. 192/194);

31 – Deferimento do pedido, excetuando-se ordem de arrombamento em 02/05/2013 (pág. 195);

32 – Ofícios datados de 08/05/2013 e 14/05/2013 e 20/05/2013, do Delegado de Polícia da (...), sobre período de férias e ausências médicas da autora R. (pág. 199/200 e 204/205);

33 – Ofício datado de 15/05/2013, do Delegado de Polícia de T., informando sobre possível ocultação da autora R. (págs. 196/198);

34 – Em 20/05/2013 foi interposto agravo de instrumento pelos réus L. e E., ao qual foi dado provimento em parte para se efetuar nova diligência para se encontrar a menor, com ordem de arrombamento, se necessário (informação retirada do SAJ – Proc. nº (...));

35 – Ofícios datados de 14/06/2013 e 1º/07/2013, do Delegado de Polícia de T., sobre a não localização da autora R. (pág. 201 e 203);

36 – Despacho de 27/06/2013 para diligências da escola da menor (pág. 202);

37 – Determinação do Delegado de Polícia de T., em 28/06/2013 para localização do paradeiro de R., em caráter de extrema urgência (pág. 206);

38 – Ofício da escola da menor, datado de 03/07/2013, informando sobre ausências da aluna (págs. 207/215);

39 – Petição dos réus datada de 15/07/2013 requerendo providências (págs. 216/219);

40 – Manifestação do Ministério Público datada de 17/07/2013 indicando nada a opor contra pedidos de ofício à Ciretran, à Policia Civil (...) e imposição de multa (págs. 221/222);

41 – Despacho de 22/07/2013 solicitando informações sobre situação empregatícia da autora R. e determinando expedição de ofício ao (...) (pág. 223);

42 – Petição dos réus datada de 12/08/2013 (embargos de declaração) reiterando os pedidos não atendidos (págs. 224/227), com deferimento de todos, exceto imposição de multa (pág. 228);

43 – Ofício datado de 29/07/2013, do Delegado de Polícia da (...), sobre afastamento da autora R. (pág. 229/230);

44 – Ofício datado de 05/09/2013, do Delegado de Polícia de T., sobre

Acesso ao Sumário

a não localização da autora R. e da menor Y., com possível ocultação e declaração de A., filha dos autores (pág. 231/234);

45 – Ofício datado de 06/09/2013, do Delegado de Polícia de T. indicando ter passado a apurar também os crimes de uso de documentos falso e abandono intelectual (IP nº (...), distribuído à (...) Vara de T. sob nº (...)) (págs. 235/236);

46 – Ofício datado de 10/09/2013, do Delegado de Polícia da (...), sobre situação funcional da autora R. (pág. 237/238);

47 – Decisão determinando a busca e apreensão da menor para entrega aos pais biológicos, em 04/09/2013 (pág. 239);

48 – Certidão sobre as diligências efetuadas pela serventia (pág. 240);

49 – Despacho proferido em 19/09/2013 para cancelamento de registro de adoção da menor, expedição de ofício à polícia civil (...) para localização da autora R. e da menor Y. e para apuração de crime de falsidade ideológica e/ou infração disciplinar na emissão de documentos médicos pelos profissionais que atestaram as licenças concedidas à autora R. (pág. 241);

50 – Cancelamento do registro de adoção em 02/10/2013 (pág. 244);

51 – Ofício resposta negativo do (...), datado de 10/10/2013 (págs. 248/249);

52 – Decisão negando seguimento a recurso especial dos autores em 1º/11/2013 (págs. 176/179);

53 – Agravo contra despacho denegatório de seguimento a recurso especial interposto pelos autores, datado de 26/11/2013 (págs. 379/393);

54 – Ofício resposta do CRM datado de 29/11/2013, sobre não haver conduta irregular dos médicos que emitiram atestados à autora R. (pág. 253/263);

55 – Ofício do Juízo datado de 04/12/2013 para inclusão dos autores e da menor no SINPI (sistema nacional de procurados e impedidos) (pág. 250);

56 – Ofício resposta negativo do (...), datado de 10/12/2013 (pág. 281);

57 – Petição dos réus com pedido de quebra de sigilo para que possam divulgar os fatos à imprensa, na intenção de encontrar a menor (págs. 282/285), com parecer desfavorável do MP local (1º/04/2014 – pág. 287) e indeferimento pelo D. Magistrado (1º/04/2014 – pág. 289);

58 – Em 08/04/2014 foi interposto agravo de instrumento pelos réus L. e E., ao qual foi dado provimento para determinar a quebra do sigilo da ação de destituição de poder familiar para dar efetividade à ordem de busca e apreensão da menor (informação retirada do SAJ – Proc. nº (...) e

Acesso ao Sumário

págs. 290/291 e págs. 326/351);

59 – Decisão da D. Vice-Presidência determinando a remessa dos autos ao E. STJ para análise de agravo contra despacho denegatório em 08/09/2014 (pág. 175 e informação de fls. 302);

60 – Impetração de mandado de segurança pelos autores J. e R. em 26/09/14 (págs. 100/115 – Proc. nº (...));

61 – Indeferimento da liminar no mandado de segurança em 30/09/2014 (págs. 295/298);

62 – Interposição de agravo regimental pelos autores J.A. e R., datado de 09/10/2014 (págs. 485/492);

63 – Acórdão em que se negou provimento ao agravo regimental, de 29/10/2014 (págs. 498/501);

64 – Manifestação dos réus no mandado de segurança, datada de 12/12/2014 pela denegação (págs. 357/373);

65 – Manifestação da PGJ no mandado de segurança, em 16/01/2015 (págs. 507/516);

66 – Decisão em 20/03/2015 no AREsp nº (...), negando provimento ao agravo (págs. 704/715);

67 – Manifestações dos réus em 06/04/2015 e 19/05/2015, indicando perda do objeto, ante o julgamento do agravo de despacho denegatório e dos embargos declaratórios, pelo E. STJ (págs. 520/520 e 551/553);

68 – Acórdão no AgReg no Agravo em recurso especial nº (...), negando provimento ao recurso, em 16/04/2015 (págs. 716/730);

69 – Acórdão no EDcl no AgReg no Agravo em recurso especial nº (...), com rejeição dos embargos e cominação de multa, em 12/05/2015 (págs. 731/735);

70 – Em 27/05/2015 foi denegada a segurança (págs. 563/568), com declaração de voto às págs. 569/570, em que se entendeu estar prejudicada a impetração;

71 – Indeferimento liminar dos Embargos de Divergência em Agravo em recurso especial nº (...), em 24/06/2015 (págs. 736/739);

72 – Trânsito em julgado do v. acórdão proferido pela C. Câmara Especial em 05/08/15 (pág. 82).

Sem querer ser maçante, essas dezenas de itens confirmam assertiva de que há mesmo busca, nesta ação rescisória, de verdadeiro salvo-conduto para Y. permanecer com os autores, em detrimento de ordens judiciais em sentido contrário.

É caso, deveras, de se analisar a situação com ampla cautela, pois cuida-se da vida de criança, sem se esquecer sobre ter a família proteção constitucional,

Acesso ao Sumário

prevista no artigo 226: *a família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado*.

Por outra, consta do artigo 227 da Constituição Federal ser *dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, 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*, norma reiterada pelo artigo 4º do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Essas disposições não se amoldam à atual conduta dos autores, que, de forma temerária, desrespeitam comando judicial passado em julgado para entrega da criança a seus genitores biológicos.

E mais, de todos os documentos juntados, consta que a autora R. e a menor Y. estão em lugar incerto desde a prolação do v. acórdão que se busca rescindir, notadamente para não dar cumprimento à ordem.

Não é crível, pois ofende e ofenderia a qualquer néscio, a assertiva do autor J.A. que desde 19/03/2013[3] não tem contato com sua esposa e que não sabe onde ela foi passar férias, nem onde se encontra agora.

Por outra, há notícias graves, de que a autora R. se encontra enferma, em depressão, criando para a menor situação de risco, pois não pode cuidar de si, nem de menor sob sua guarda de fato.

Há também ofensa a direitos da criança, pois, ressuma do quanto está nos autos, encontrar-se em verdadeiro estado de foragida, longe de seus familiares, sem notícia sobre frequentar escola e sobre ter tempo de lazer, nem sobre estar sendo bem cuidada, pois sob guarda de pessoa que não está em perfeito equilíbrio emocional.

Por isso mesmo vê-se ofensa aos princípios instituídos pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, que preconiza a proteção integral da criança, constando de seu artigo 3º: *a criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade.*

Ademais, em seu artigo 19, dispõe: *é direito da criança e do adolescente ser criado e educado no seio de sua família e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária, em ambiente que garanta seu desenvolvimento integral.*

E seu parágrafo 3º estabelece que *a manutenção ou a reintegração de criança ou adolescente à sua família terá preferência em relação a qualquer*

Acesso ao Sumário

3 Cf. pág. 584.

outra providência, caso em que será esta incluída em serviços e programas de proteção, apoio e promoção, nos termos do § 1º do art. 23, dos incisos I e IV do ***caput*** *do art. 101 e dos incisos I a IV do* ***caput*** *do art. 129 desta Lei.*

É clara a ofensa ao artigo 22 do ECA, ainda que se refira aos deveres dos pais, mas de perfeita cabida aos autores, que detêm a guarda de fato da menor à revelia de ordem judicial, pois a eles *incumbe o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores, cabendo-lhes ainda, no interesse destes, a obrigação de cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais*, devendo ainda ser observado o artigo 23 da Lei 8.069/90[4].

E as hipóteses de perda do poder familiar vêm por descumprimento dos deveres previstos no artigo 22 do Estatuto da Criança e do Adolescente, bem como nos artigos 1.637[5] e 1.638[6] do Código Civil.

E nessa esteira vigora, em Direito de Família, o princípio da não intervenção (arts. 1.513 e 1.565, § 2º do Código Civil), devendo ser cotejado com o princípio do maior interesse da criança e do adolescente (arts. 227, *caput*, da CF e arts. 1.583 e 1.584, do CC).

Y., então, está sob a guarda de somente uma pessoa, com referência a estar esta em tratamento psiquiátrico, em situação de todo prejudicial, pois afastada a criança tanto do convívio com sua família biológica quanto do convívio da família "adotiva" e do meio social em que vivia.

Não bastasse, necessário, ainda, ponderar sobre os autores fazerem denúncia, para o ajuizamento, de haver "documento novo".

Na forma do artigo 485, VII do CPC/73 (art. 966, VII do CPC/15), o documento novo (ou prova nova) deve ser capaz de assegurar ao autor, por si só, pronunciamento favorável.

4 Art. 23. A falta ou a carência de recursos materiais não constitui motivo suficiente para a perda ou a suspensão do poder familiar.

§ 1º Não existindo outro motivo que por si só autorize a decretação da medida, a criança ou o adolescente será mantido em sua família de origem, a qual deverá obrigatoriamente ser incluída em serviços e programas oficiais de proteção, apoio e promoção.

§ 2º A condenação criminal do pai ou da mãe não implicará a destituição do poder familiar, exceto na hipótese de condenação por crime doloso, sujeito à pena de reclusão, contra o próprio filho ou filha.

5 Art. 1.637. Se o pai, ou a mãe, abusar de sua autoridade, faltando aos deveres a eles inerentes ou arruinando os bens dos filhos, cabe ao juiz, requerendo algum parente, ou o Ministério Público, adotar a medida que lhe pareça reclamada pela segurança do menor e seus haveres, até suspendendo o poder familiar, quando convenha.

Parágrafo único. Suspende-se igualmente o exercício do poder familiar ao pai ou à mãe condenados por sentença irrecorrível, em virtude de crime cuja pena exceda a dois anos de prisão.

6 Art. 1.638. 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.

Acesso ao Sumário

Não se cuida, por óbvio, de "documento novo", mas de fato novo, derivado de situação nova, porque acontecido após todo o tramitar processual esmiuçado acima.

E nessa esteira não caberia o ajuizamento de ação rescisória, mas de nova ação, pois ações de estado fazem apenas coisa julgada formal, relativizada a coisa julgada material.

Ensina Daniel Amorim Assumpção Neves em relação à função negativa da coisa julgada:

> *Havendo a modificação de qualquer um desses elementos da demanda, ainda que parcialmente (p.ex. novos fatos jurídicos com a manutenção da mesma fundamentação jurídica), afasta-se qualquer impedimento ao novo julgamento, considerando-se tratar de nova demanda, ainda que consideravelmente parecida com aquela que já foi julgada e de cuja decisão está protegida pela coisa julgada material.*[7]

A causa de pedir invocada nesta ação veio sob fundamento na vontade de Y., surgida em época posterior à em que se deu análise no julgamento que se quer rescindir, a afastar violação de qualquer norma jurídica.

Situação nova, como já escrevi acima, traz indicativo, em tese, de nova lesão de direito, a ser corrigida, se caso, por ação própria, não nesta dita rescisória, cujo escopo seria desconstituir acórdão e julgamento hígidos sob qualquer forma de análise, como é a reza do artigo 485 do Código de Processo Civil/73 (art. 966 do CPC/15), observado cuidar-se de elenco taxativo.

Não se vê nenhuma afronta ao Estatuto da Criança e do Adolescente, nem foi violada manifestamente qualquer norma jurídica, pois o v. acórdão bem analisou a situação trazida na ação de desconstituição do poder familiar, esmiuçando todos os fatos em alentadas 30 páginas (págs. 119/149).

Ação rescisória, de fato, com efeito, e de direito, não pode vir para reedição de julgamento, ainda que venha com requifes e requififes, quando, em verdade, só veio, por não se conformarem os autores com o resultado de ação que propuseram e estão às voltas, segundo afirmam, com situação e circunstâncias novas, não cuidadas nem tratadas no julgamento rescindendo porque não acontecidas quando de sua prolação.

Como visto, os autores desta ação rescisória, em verdade, buscam rescindir o v. julgamento proferido pela E. Câmara Especial, mas não se vê nenhuma afronta à lei ou qualquer dispositivo do Estatuto da Criança e do Adolescente, nem mesmo de legislação outra.

Ao contrário, foi dado cumprimento à determinação de proteção integral à criança, inclusive com modulação para entrega da menor, como visto à pág. 148: *o extenso tempo de convivência da menor com os recorridos torna*

7 Manual e Direito Processual Civil, 5ª Ed., 2013, Editora Método, pág. 537.

imprescindível a tomada de certas cautelas, máxime para preservação da integridade psicológica da criança. Assim, a busca e apreensão da menor deverá ser realizada com acompanhamento de assistente social, com posterior entrega no fórum local aos genitores, sem prejuízo de acompanhamento psicológico na comarca de domicílio dos apelantes.

Não bastassem os infindáveis recursos apresentados no processo de que deriva a pretensão em análise, a ação vem, novamente, como verdadeiro recurso contra o v. acórdão, com o fim de se manter a guarda com os autores, objetivo não alcançado com a ação principal, nem com o mandado de segurança e, agora, nem com esta ação rescisória.

Decorre do quanto exposto, falta de interesse de agir, circunstância medida pela necessidade de se recorrer ao Judiciário, na forma legal, para recompor lesão a direito, mas sem se perquirir se o pedido é legítimo ou ilegítimo, moral ou imoral, há de ser perguntado se, para obter o pretendido pelo autor, necessita da providência aqui posta.

A resposta, à evidência, é negativa, pois a busca é nulificar v. acórdão, em que não se entrevê erro nem situação jurídica em prol dos autores e haveriam, isso sim, de buscar solução outra, não nesta via, de que resulta, de fato e de direito, não ocorrer interesse de agir.

Decorrência irrefragável é o indeferimento da petição inicial, também por ficar patente que da narração dos fatos não decorre logicamente a conclusão.

Diante do exposto, **INDEFIRO A PETIÇÃO INICIAL**, nos termos do artigo 485, I do Código de Processo Civil/15, combinado com os artigos 330, III e § 1º, III do mesmo diploma legal, a resultar na extinção do processo sem resolução do mérito.

Custas a cargo dos autores, ressalvadas isenções.

Acesso ao Sumário

Ações Diretas de Inconstitucionalidade

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2131993-16.2015.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é autor PREFEITO DO MUNICÍPIO DE AMERICANA, é réu PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE AMERICANA.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo,

proferir a seguinte decisão: "JULGARAM A AÇÃO IMPROCEDENTE, REVOGADA A LIMINAR. V.U. FARÁ DECLARAÇÃO DE VOTO O EXMO. SR. DES. EVARISTO DOS SANTOS. IMPEDIDO O EXMO. SR. DES. XAVIER DE AQUINO.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 22.101)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores ADEMIR BENEDITO (Presidente), SALLES ROSSI, FRANÇA CARVALHO, PEREIRA CALÇAS, XAVIER DE AQUINO, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, MOACIR PERES, FERREIRA RODRIGUES, EVARISTO DOS SANTOS (com declaração), 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, 9 de março de 2016.

SÉRGIO RUI, Relator

Ementa: Ação direta de inconstitucionalidade. Lei municipal nº 5.614, de 25 de fevereiro de 2014, que dispôs sobre a concessão de benefícios aos servidores da Guarda Municipal. Parâmetro específico do controle de constitucionalidade de Lei Municipal – Constituição Estadual. Inadmissibilidade de controle abstrato de constitucionalidade por violação à norma infraconstitucional. Dotação orçamentária. O Colendo Supremo Tribunal Federal já advertiu que a ausência de recursos para o cumprimento da lei não enseja a declaração de sua inconstitucionalidade, mas somente adia a sua aplicação para o exercício financeiro subsequente. Descanso semanal remunerado. Concessão por lei de iniciativa do Chefe do Executivo. Ausência de afronta ao artigo 111 da Constituição Estadual. Incremento salarial a determinados cargos/funções. Norma que não prevê condição ou requisito especial de acesso à vantagem pecuniária. Adicional de risco. Artigo 3º. Benefício atribuído à determinada categoria de servidores. Legislador que, no âmbito de sua autonomia, concedeu a benesse a todos os integrantes da guarda municipal em consonância com o princípio da razoabilidade. Inconstitucionalidade

Acesso ao Sumário

não configurada. Improcedência.

VOTO

Cuida-se de ação direta de inconstitucionalidade, manejada pelo Prefeito do Município de Americana, em face da Lei nº 5.614, de 25 de fevereiro de 2014, votada e aprovada pela Câmara Municipal, na gestão anterior, que "dispôs sobre a concessão de benefícios aos servidores da Guarda Municipal, incorporando ao salário base dos guardas municipais, subinspetores e inspetores do quadro de servidores, adicional a título de descanso semanal remunerado no valor de R$ 1.000,00 (mil reais) e, a todos os servidores lotados na Guarda Municipal de Americana, adicional de risco no percentual entre 40% a 50%, a ser calculado sobre o salário base de forma escalonada", em detrimento das disposições elencadas nos artigos 111, 144, 169 e 174 da Constituição Estadual e artigo 37, "caput", da Constituição Federal.

Concessão da medida liminar a fls. 109/110.

O Sindicato dos Servidores Públicos Municipais Autárquicos Fundacionais Ativos e Inativos de Americana (SSPMA) postulou sua admissão na qualidade de **amicus curiae** e a improcedência da demanda – fls. 116/124.

Citado, o douto Procurador Geral do Estado declinou do interesse na promoção da defesa do ato impugnado – fls. 171/173.

A fls. 175/197, prestou informações a Câmara Municipal de Americana, sustentando a improcedência da ação.

Agravo regimental interposto contra a concessão da liminar restou desprovido – fls. 298/304.

A Procuradoria Geral de Justiça – a fls. 310/315 – opinou pela procedência parcial da ação.

É o relatório.

No caso em comento, a ação visa o reconhecimento da inconstitucionalidade da Lei nº 5.614/2014 do Município de Americana que dispõe:

Art. 1º – Fica incorporado ao salário-base dos Guardas Municipais, Subinspetores e Inspetores do quadro de servidores da Guarda Municipal, adicional a título de "descanso semanal remunerado" no valor de R$ 1.000,00 (mil reais), que passará a integrar a remuneração para todos os efeitos legais.

Parágrafo único – Aos servidores cuja média mensal anual, relativa ao ano de 2013, tenha sido superior à quantia de R$ 1.000,00 (mil reais), será concedido um adicional fixo no valor de R$ 150,00 (cento e cinquenta reais), a ser pago mensalmente, que passará a integrar a remuneração para todos os efeitos legais.

Art. 2º – Fica autorizada, mediante prévia autorização do Diretor Comandante da GAMA, a conversão da folga mensal dos Guardas Municipais,

Acesso ao Sumário

Subinspetores e Inspetores, em pecúnia.

Art. 3º – Será concedido aos servidores lotados na Guarda Municipal de Americana – GAMA, a título de Grau de Risco, adicional entre 40% (quarenta por cento) a 50% (cinquenta por cento) calculado sobre o salário-base, a ser pago da seguinte forma:

PERCENTUAL MÊS/ANO

40% a partir de 01/02/2014

42,5% a partir de 01/05/2014

45% a partir de 01/09/2014

47,5% a partir de 01/01/2015

50% a partir de 01/05/2015

Art. 4º – As despesas decorrentes da presente lei correrão por conta de dotações próprias do orçamento, suplementadas se necessário.

Art. 5º – Esta lei entra em vigor na data da publicação, revogadas as disposições em contrário.

A ação é improcedente.

A priori, anota-se que o parâmetro específico do controle de constitucionalidade de Lei Municipal é a Constituição Estadual, sendo inadmissível o controle abstrato de constitucionalidade por violação à norma infraconstitucional.

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – Pretensão fundada na violação, pelas normas legais, da Lei Orgânica Municipal, da Constituição Federal, e da Constituição Estadual – Descabimento, pelos dois primeiros motivos – O parâmetro de controle de constitucionalidade de lei municipal perante Tribunal de Justiça Estadual é a norma constitucional estadual, apenas – Ação conhecida e julgada apenas no que diz respeito às normas constitucionais estaduais (Direta de Inconstitucionalidade nº 2223948-65.2014.8.26.0000; São Paulo; Órgão Especial; Relator: João Carlos Saletti; j. em 21/10/2015).

O Colendo Supremo Tribunal Federal já advertiu que a ausência de recursos para o cumprimento da lei não enseja a declaração de sua inconstitucionalidade, mas somente adia a sua aplicação para o exercício financeiro subsequente.

"MEDIDACAUTELAREMAÇÃODIRETADEINCONSTITUCIONALIDADE. LEI CATARINENSE Nº 9.901, DE 31.07.95: CRIAÇÃO DE CARGOS DE PROVIMENTO EFETIVO DE FISCAIS DE TRIBUTOS ESTADUAIS E DE AUDITORES INTERNOS. ALEGAÇÃO DE QUE A EDIÇÃO DA LEI NÃO FOI PRECEDIDA DE PRÉVIA DOTAÇÃO ORÇAMENTÁRIA NEM DE AUTORIZAÇÃO ESPECÍFICA NA LEI DE DIRETRIZES ORÇAMENTÁRIAS (ART. 169, PAR. ÚNICO, I E II, DA CONSTITUIÇÃO.

(...)

2. Interpretação dos incisos I e II do par. Único do art. 169, da Constituição, atenuando o seu rigor literal: é a execução da lei que cria cargos que está condicionada às restrições previstas, e não o seu processo legislativo.

Acesso ao Sumário

A falta de autorização nas leis orçamentárias torna inexequível o cumprimento da Lei no mesmo exercício em que editada, mas não no subsequente. Precedentes: Medidas Liminares nas ADIS nºs. 484-PR (RTJ 137/1.067) e 1.243-MT (DJU de 27.10.95). (...)" (ADI 1.428-MC/SC, Rel. Min. Maurício Corrêa).

"Ação direta de inconstitucionalidade. 2. Leis federais nº 11.169/2005 e 11.170/2005, que alteram a remuneração dos servidores públicos integrantes dos Quadros de Pessoal da Câmara dos Deputados e do Senado Federal. 3. Alegações de vício de iniciativa legislativa (arts. 2º 37, X, e 61, § 1º, II, a, da Constituição Federal); desrespeito ao princípio da isonomia (art. 5º, caput, da Carta Magna); e inobservância da exigência de prévia dotação orçamentária (art. 169, § 1º, da CF). (...) 7. 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. 8. Ação direta não conhecida pelo argumento da violação do art. 169, § 1º, da Carta Magna. Precedentes: ADI 1585-DF, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, unânime, DJ 3.4.98; ADI 2339-SC, Rel. Min. Ilmar Galvão, unânime, DJ 1.6.2001; ADI 2343-SC, Rel. Min. Nelson Jobim, maioria, DJ 13.6.2003. 9. Ação direta de inconstitucionalidade parcialmente conhecida e, na parte conhecida, julgada improcedente." (ADI 3599/DF, Relator Min. Gilmar Mendes, DJ de 14/9/07).

E ainda:

(...) A genérica previsão orçamentária não implica a existência de vício de constitucionalidade, mas, apenas, a inexequibilidade da lei no exercício orçamentário em que aprovada. Precedentes do Supremo Tribunal Federal. Ação parcialmente procedente (Direta de Inconstitucionalidade nº 2133161-53.2015.8.26.0000; São Paulo; Órgão Especial; Relator: Márcio Bartoli; j. em 21/10/2015).

In casu, alertado pelo Ilustre Desembargador Antonio Carlos Villen, impende considerar que o adicional a título de "descanso semanal remunerado" na forma como foi concedido representa um verdadeiro aumento disfarçado de vencimentos, à medida que foi determinado o pagamento de quantia certa (R$ 1.000,00) aos Guardas Municipais, Subinspetores e Inspetores do quadro de servidores da Guarda Municipal de Americana. Na verdade, ele não tem nenhuma relação com o cargo e tampouco com a jornada de trabalho de cada servidor. O aumento foi concedido por lei de iniciativa do Chefe do Executivo, observado o seu poder discricionário, e não representa afronta aos princípios do art. 111 da Constituição Estadual. Nesse sentido, vale citar o julgado do Órgão Especial: ADI nº 2124630-12.2014.8.26.0000, Rel. Des. Francisco Casconi, j. 10.12.2013, v.u.:

"O artigo 28 da Lei Complementar nº 07/2011 (fls. 680) instituiu indiscriminada gratificação de 35% (trinta e cinco por cento) aos ocupantes de cargos que especifica, assim dispondo: '***Art. 28***. *Fica instituído aos Diretores de Departamentos, Chefes, Assessor de Segurança de Gabinete, Assessor*

Acesso ao Sumário

de Imprensa e Secretário Municipal, uma gratificação mensal de 35% (trinta e cinco por cento) incidente sobre o valor de referência de seus vencimentos.'

(...) Todavia, há certas situações normativas em que, embora haja expressa referência ao termo 'adicional' ou 'gratificação', o legislador, distanciando-se propriamente da natureza jurídica de tais vantagens, prevê verdadeiro aumento salarial a determinados cargos/funções públicas de maneira indistinta. Tal circunstância é enaltecida por José dos Santos Carvalho Filho, inclusive citando precedentes jurisprudenciais:

'No caótico sistema remuneratório que reina na maioria das Administrações, é comum encontrar-se, ao lado do vencimento-base do cargo, parcela da remuneração global com a nomenclatura de gratificação ou de adicional, que, na verdade, nada mais constitui do que parcela de acréscimo do vencimento, estabelecida de modo simulado. As verdadeiras gratificações e adicionais caracterizam-se por terem pressupostos certos e específicos e, por isso mesmo, são pagas somente aos servidores que os preenchem. As demais são vencimentos disfarçados sob a capa de vantagens pecuniárias. É o caso da gratificação de encargos especiais, que, no Estado do Rio de Janeiro é paga com o caráter de generalidade e nasceu realmente para elevar vencimentos. A respeito dessa gratificação, decidiu-se o TJ-RJ que tal vantagem, 'dada a sua feição genérica e indefinida, e a destinação vinculada à reposição de perdas inflacionárias, constitui verdadeiro reajuste salarial e, como tal, deve aproveitar a todos os servidores do ente público em referência, tanto os ativos quanto os aposentados'. Idêntica posição adotou o STF no que tange à gratificação de incentivo, de caráter genérico e impessoal, criada por lei do Estado de Pernambuco. Em outras palavras, cuida-se de vantagens pecuniárias que têm o título de gratificação, mas, na verdade, retratam parcelas incluídas no próprio vencimento do cargo.'

É o que ocorre na norma impugnada, que não dispõe sobre qualquer condição ou requisito especial para acesso à 'gratificação' especificada, daí ostentando verdadeira natureza de simples vantagem pecuniária, de caráter genérico e impessoal, jungida à discricionariedade do Administrador ao elaborar o ato legislativo atacado."

Reconhecido, pois, que a verba concedida a título de "descanso semanal remunerado" representa um aumento salarial, entendo desnecessário o exame do "valor da remuneração básica e o encontro da razão proporcional" para analisar sua constitucionalidade.

No tocante ao adicional a título de "grau de risco", cumpre consignar que ele foi concedido a todos os servidores da Guarda Municipal de Americana e está dentro dos parâmetros da razoabilidade do Legislador, que optou por conceder o benefício à determinada categoria de servidores, sujeitos a um risco maior na prestação dos serviços de segurança. Não é possível afirmar que a "amplitude e a vagueza da norma implica a extensão da vantagem pecuniária para outras situações que não se afinam decerto o seu propósito", apenas

porque há a possibilidade de alguns integrantes da carreira exercerem cargos exclusivamente burocráticos e não estarem sob condição de risco. Aqui sim é relevante ter em conta que não se pode, em ADI, analisar a situação funcional de cada servidor para saber se ele exerce ou não a sua função de risco. Entendeu o legislador, observado o âmbito de sua autonomia, que todos os integrantes da Guarda Municipal de Americana devem receber o benefício, independentemente da função exercida. Também não há aqui qualquer ofensa ao art. 111 da Constituição Estadual.

Por tais razões, pelo meu voto, julga-se improcedente a presente ação direta de inconstitucionalidade, cassada a liminar.

DECLARAÇÃO DE VOTO VENCEDOR

(Voto nº 34.019)

1. Relatório já nos autos.

2. Acompanho o voto do Relator, com observações.

Trata-se de **direta de inconstitucionalidade** do Prefeito Municipal de Americana, tendo por objeto a Lei nº 5.614 de 25 de fevereiro de 2014, que "dispõe sobre a concessão de benefícios aos servidores da Guarda Municipal de Americana – GAMA" (fls. 01/36).

Ao judicioso voto condutor proferido pelo I. Des. Relator **SÉRGIO RUI**, acrescentam-se breves ponderações a respeito do **adicional de risco** atribuído aos servidores da Guarda Municipal (**art. 3º** da **Lei nº 5.614/14**).

Não vislumbro o vício de inconstitucionalidade apontado na exordial.

O **adicional** *"a título de Grau de Risco"* (art. 3º), nos termos em que instituído – acréscimo de **40%** sobre o salário base, que aumenta gradativamente até atingir o percentual de **50%**, atribuído a **todos** os servidores lotados na **Guarda Municipal de Americana** – ostenta natureza jurídica de verba de **caráter genérico**, desvinculada do local, da complexidade, da dificuldade ou do concreto grau de periculosidade do serviço.

Em outros termos, trata-se de disfarçado **aumento salarial**, incorporando-se ao padrão e passando a integrar a base de cálculo de outras vantagens. A despeito do título que lhe foi atribuído, **não** se cuida de ser uma gratificação "*propter laborem*" ou "*pro labore faciendo*".

Com efeito, o aumento alcança, indistintamente, **todos** os integrantes da carreira, **independentemente** da **função** exercida – beneficiando, ***v.g.***, desde o servidor que se ocupa do **efetivo patrulhamento** das ruas e espaços públicos até aquele que desempenha apenas **atividades burocráticas**.

Ademais, **ausente** qualquer requisito específico a ser preenchido para

Acesso ao Sumário

obtenção da benesse.

Em suma, o "adicional" configura mero incremento da **remuneração** devida em razão do **exercício** do cargo público. Em outras palavras, cuida-se de parcela que integra os **vencimentos** do servidor.

A respeito do tema, esclarece a melhor doutrina:

"Vencimentos (no plural) é espécie de remuneração e corresponde à soma do vencimento e das vantagens pecuniárias, constituindo a retribuição pecuniária devida ao servidor pelo exercício do cargo público. Assim, o vencimento (no singular) corresponde ao padrão do cargo público fixado em lei, e os vencimentos são representados pelo padrão do cargo (vencimento) acrescido dos demais componentes do sistema remuneratório do servidor público da Administração direta, autárquica e fundacional. Esses conceitos resultam, hoje, da própria Carta Magna, como se depreende do art. 39, § 1º, I, c/c o art. 37, X, XII e XV."

(...)

*"**Os vencimentos – padrão e vantagens – só por lei específica (reserva legal específica) podem ser fixados ou alterados (art. 37, X), segundo as conveniências e possibilidades da Administração**."* (grifei – **HELY LOPES MEIRELLES** – "Direito Administrativo Brasileiro" – 2014 – 40ª ed. – Ed. Malheiros – p. 558).

Assim, mostra-se **legítimo** o aumento dos vencimentos dos integrantes da Guarda Municipal, tendo em vista as **conveniências** e **possibilidades** da Administração local.

Ademais, lei de iniciativa do **Chefe do Executivo** atendeu ao disposto no **art. 24** da **Constituição Estadual**:

*"**Artigo 24** – A iniciativa das leis complementares e ordinárias cabe a qualquer membro ou Comissão da Assembléia Legislativa, ao Governador do Estado, ao Tribunal de Justiça, ao Procurador-Geral de Justiça e aos cidadãos, na forma e nos casos previstos nesta Constituição."*

(...)

*"**§ 2º** – Compete, exclusivamente, ao Governador do Estado a iniciativa das leis que disponham sobre:"*

*"**1** – criação e extinção de cargos, funções ou empregos públicos na administração direta e autárquica, bem como a fixação da respectiva remuneração;"*

(...)

*"**4** – servidores públicos do Estado, seu regime jurídico, provimento de cargos, estabilidade e aposentadoria;"*

De outra parte, **ausente** violação à isonomia, moralidade e impessoalidade,

na medida em que o adicional **não** discrimina nenhum servidor integrante da carreira.

Por fim, convém sublinhar a **razoabilidade** do acréscimo conferido aos Guardas Municipais.

No âmbito das **relações de emprego**, em atenção ao **art. 193 da CLT** (*"São consideradas atividades ou operações perigosas, na forma da regulamentação aprovada pelo Ministério do Trabalho e Emprego, aquelas que, por sua natureza ou métodos de trabalho, impliquem risco acentuado em virtude de exposição permanente do trabalhador a* (...) *roubos ou outras espécies de violência física nas atividades profissionais de segurança pessoal ou patrimonial"*), a **Norma Regulamentadora nº 16 do Ministério do Trabalho e Emprego** estabelece:

> *"16.1 São consideradas atividades e operações perigosas as constantes dos Anexos desta Norma Regulamentadora – NR."*
>
> *"16.2 O exercício de trabalho em condições de periculosidade assegura ao trabalhador a percepção de adicional de 30% (trinta por cento), incidente sobre o salário, sem os acréscimos resultantes de gratificações, prêmios ou participação nos lucros da empresa."* (grifei)

De outra parte, seu **Anexo 3** relaciona as *"atividades e operações perigosas com exposição a roubos ou outras espécies de violência física nas atividades profissionais de segurança pessoal ou patrimonial"*, nos seguintes termos:

> *"1. As atividades ou operações que impliquem em exposição dos profissionais de segurança pessoal ou patrimonial a roubos ou outras espécies de violência física são consideradas perigosas."*
>
> *"2. São considerados profissionais de segurança pessoal ou patrimonial os trabalhadores que atendam a uma das seguintes condições:"*
>
> *"a) empregados das empresas prestadoras de serviço nas atividades de segurança privada ou que integrem serviço orgânico de segurança privada, devidamente registradas e autorizadas pelo Ministério da Justiça, conforme lei 7102/1983 e suas alterações posteriores."*
>
> *"**b) empregados que exercem a atividade de segurança patrimonial ou pessoal em instalações metroviárias, ferroviárias, portuárias, rodoviárias, aeroportuárias e de bens públicos, contratados diretamente pela administração pública direta ou indireta**."* (grifei)

Ora, é certo que a norma alcança apenas os **celetistas** – não abrangendo os servidores estatutários. Porém, impende notar que ela revela a **razoabilidade** do benefício atribuído a trabalhadores que integram carreira dedicada à **segurança patrimonial**, velando pela integridade dos **cidadãos** e dos **bens públicos**.

Acesso ao Sumário

Em outras palavras, a lei local está em **consonância** com as regras e determinações do Ministério do Trabalho e Emprego, o que milita em favor de sua **legitimidade**.

Além disso, o adicional atende ao princípio da **eficiência**, haja vista que representa autêntico estímulo a pessoas interessadas em ingressar na nobre carreira, imprescindível à **segurança pública**.

No mais, o adicional foi fixado com atenção ao princípio da **proporcionalidade**.

Digno de destaque o percuciente exame realizado pelo I. Relator:

> *"No tocante ao adicional a título de 'grau de risco', cumpre consignar que ele foi concedido a todos os servidores da Guarda Municipal de Americana e está dentro dos parâmetros de razoabilidade do Legislador, que optou por conceder o benefício à determinada categoria de servidores, sujeitos a um risco maior na prestação dos serviços de segurança. Não é possível afirmar que a 'amplitude e a vagueza da norma implica a extensão da vantagem pecuniária para outras situações que não se afinam decerto o seu propósito', apenas porque há a possibilidade de alguns integrantes da carreira exercerem cargos exclusivamente burocráticos e não estarem sob condição de risco. Aqui sim é relevante ter em conta que não se pode, em ADI, analisar a situação funcional de cada servidor para saber se ele exerce ou não a sua função de risco. Entendeu o legislador, observado o âmbito de sua autonomia, que todos os integrantes da Guarda Municipal de Americana devem receber o benefício, independentemente da função exercida. Também não há aqui qualquer ofensa ao art. 111 da Constituição Estadual."*

Em suma, **não** há falar em inconstitucionalidade do benefício.

3. Também julgo improcedente a ação, com essas observações.

EVARISTO DOS SANTOS, Desembargador

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2254420-15.2015.8.26.0000, 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 OURINHOS e PREFEITO MUNICIPAL DE OURINHOS.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "JULGARAM A AÇÃO PROCEDENTE, COM

Acesso ao Sumário

MODULAÇÃO. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 35.570)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PAULO DIMAS MASCARETTI (Presidente), 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, NEVES AMORIM, BORELLI THOMAZ, JOÃO NEGRINI FILHO, SÉRGIO RUI, SALLES ROSSI, RICARDO ANAFE, ALVARO PASSOS, AMORIM CANTUÁRIA, ADEMIR BENEDITO e XAVIER DE AQUINO.

São Paulo, 6 de abril de 2016.

ANTONIO CARLOS MALHEIROS, Relator

Emanta: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – Ação proposta objetivando a declaração de inconstitucionalidade nos Anexos II e III e art. 51, da Lei Complementar nº 809, de 06 de julho de 2012 do Município de Ourinhos, que dispõe sobre a criação de cargos de provimento em comissão – Cargos que não se coadunam com o permissivo legal – Afronta aos artigos 111, 115, incisos II e V e 144, da Constituição Estadual – Ação procedente.

VOTO

Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade proposta pelo Procurador Geral de Justiça objetivando a declaração de inconstitucionalidade dos Anexos II e III e art. 51, da Lei Complementar nº 809, de 06 de julho de 2012 do Município de Ourinhos, que dispõe sobre a criação de cargos de provimento em comissão, sob o fundamento de se encontrarem em desacordo com os parâmetros constitucionais.

Alega que a norma mencionada contraria o disposto nos artigos 111, 115, incisos II e V e 144 da Constituição Estadual, além dos artigos 1º, 18, 29 e 31 da Constituição Federal, sob o fundamento de que referida norma contraria os princípios constitucionais que as normas insculpem.

A liminar foi indeferida (fls. 967).

Vieram as informações dos requeridos (fls. 1197/1209).

Parecer da d. Procuradoria Geral de Justiça (fls. 1211/1229).

Acesso ao Sumário

É o relatório.

Procede a ação.

Visa a presente demanda a declaração de inconstitucionalidade da legislação do Município de Ourinhos da Lei Complementar nº 809, de 06 de julho de 2012, que cria os empregos em comissão de várias atividades descritas em seus Anexos II e III e art. 51.

É certo que a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração.

Essa é a redação do inciso II, do artigo 37 da Constituição Federal, que veda o ingresso no serviço público que não seja sob a modalidade de concurso público.

No entanto, em relação aos cargos em comissão e funções de confiança, o inciso V, do art. 37 da Carta Constitucional traz a seguinte redação:

> ***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;***

Segundo CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO:

> ***"...os cargos de provimento em comissão (cujo provimento dispensa concurso público) são aqueles vocacionados para serem ocupados em caráter transitório por pessoa de confiança da autoridade competente para preenchê-los, a qual também pode exonerar 'ad nutum', isto é, livremente, quem os esteja titularizando" (Curso de Direito Administrativo, pág. 269, Malheiros, 14ª edição).***

Dessa forma, tem-se que diferenciar os cargos comissionados das funções de confiança.

Cargo comissionado ou cargo em comissão é aquele preenchido por servidores de carreira nos casos, condições e percentuais mínimos previstos em lei. Também, poderá ser preenchido por terceiros não efetivos no serviço público;

Já a função de confiança ou função comissionada é aquele cujo preenchimento só se dá aos servidores efetivos. É de livre nomeação e exoneração pela autoridade competente.

Deve-se destacar que ambas são destinadas para exercer função de direção, chefia e assessoramento.

Traçada a premissa acima, temos que no exame dos autos, as atribuições

Acesso ao Sumário

dos cargos elencados nos Anexos II e III e art. 51, da Lei Complementar nº 809, de 06 de julho de 2012 do Município de Ourinhos, não se coadunam aos requisitos dos cargos de livre nomeação.

Isto porque, embora estejam descritas entre as atribuições: "supervisionar"; "coordenar"; "assessorar" e "controlar", é certo que a escolaridade exigida para a admissão é apenas a de ensino médio, para ambos os cargos, o que afasta a complexidade da função, haja vista não exigir os conhecimentos específicos que possuem as pessoas que ostentam nível superior de ensino.

Dessa forma, é de rigor a observância do disposto no art. 115, incisos II e V, da Constituição Estadual que determina a realização de concurso público para o provimento de cargos, inclusive de natureza dos que aqui se questionam.

Cumpre, ainda, declarar a inconstitucionalidade da norma mencionada, que dispõe sobre cargos existentes, com efeito "ex nunc", impondo-se, entretanto, a modulação dos efeitos do julgado, por razões de segurança jurídica, diante da necessidade de implantação de nova estrutura administrativa na Universidade. Assim, esta declaração terá eficácia no prazo de 120 dias, contados a partir desta data.

Isto posto, procedente a ação, para declarar a inconstitucionalidade nos Anexos II e III e art. 51, da Lei Complementar nº 809, de 06 de julho de 2012 do Município de Ourinhos, comunicando-se esta decisão, por ofício, ao Sr. Prefeito e ao Sr. Presidente da Câmara Municipal daquela cidade.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2249049-70.2015.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é autor PROCURADOR GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO, é réu PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE PALMITAL.

Acesso ao Sumário

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "JULGARAM A AÇÃO PROCEDENTE, COM DETERMINAÇÕES. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 29.666)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PAULO DIMAS MASCARETTI (Presidente), TRISTÃO RIBEIRO, NEVES AMORIM, BORELLI THOMAZ, JOÃO NEGRINI FILHO, SÉRGIO RUI, SALLES ROSSI, RICARDO ANAFE, ALVARO PASSOS, AMORIM CANTUÁRIA, ADEMIR BENEDITO, 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, 6 de abril de 2016.

ARANTES THEODORO, Relator

Ementa: Ação declaratória de inconstitucionalidade por omissão. Propositura fundada na falta de edição de norma que estabeleça o percentual mínimo dos cargos em comissão a serem preenchidos por servidores públicos efetivos no Legislativo, como exige o art. 115, inciso V, da Constituição estadual. Procedência decretada, com fixação de prazo de 180 dias para a edição do ato normativo, ficando no caso de a omissão persistir fixado o mínimo de 50%. Ação procedente.

VOTO

Cuida-se de ação direta de inconstitucionalidade por omissão ajuizada pelo Procurador Geral de Justiça em razão da falta de edição de lei, pela Câmara Municipal de Palmital, que estabeleça o percentual mínimo dos cargos em comissão a serem preenchidos por servidores públicos efetivos, conforme exige o inciso V do artigo 115 da Constituição estadual.

O autor afirma que a mencionada norma constitucional é aplicável aos municípios por simetria, mas não possui eficácia imediata, eis que assegura acessibilidade aos cargos em comissão, sendo que a concretização dessa diretriz constitucional está vinculada ou condicionada à edição do ato normativo.

Assim, ele pede seja declarada a mora legislativa e assinalado prazo para que o réu edite o ato normativo, fixando-se no caso de omissão o percentual mínimo dos cargos em comissão destinados a preenchimento por servidores de carreira.

O Procurador Geral do Estado informou não haver interesse estadual no feito.

O Presidente da Câmara prestou informações e juntou documentos.

Assim, após esclarecer que em 2013 a Câmara Municipal e o Ministério Público firmaram Termo de Ajustamento de Conduta para solucionar irregularidades referentes aos cargos em comissão que lá existiam, sendo então extintos diversos desses cargos por meio da Lei Complementar nº 258/2014, ele ressalta que na atualidade conta com apenas dois cargos em comissão – Diretor

Acesso ao Sumário

Geral e Diretor Legislativo – estando só um deles lotado.

A Procuradoria Geral de Justiça insistiu na procedência da ação.

É o relatório.

Simetricamente ao que prevê o artigo 37 inciso V da Constituição da República, a Carta bandeirante anuncia que *"as funções de confiança, exercidas exclusivamente por servidores ocupantes de cargo efetivo, e os cargos em comissão, a serem preenchidos por servidores de carreira nos casos, condições e percentuais mínimos previstos em lei, destinam-se apenas às atribuições de direção, chefia e assessoramento"* (art. 115, inciso V).

Na espécie o réu apresentou informação nas quais confirmou a inexistência da legislação local acerca do tema (fls. 158).

Tal fato por si só autoriza reconhecer presente a mora legislativa, nada importando quanto a tal aspecto a notícia de que a Câmara conta com apenas dois cargos de livre provimento, um deles não provido.

Realmente, a exigência constitucional é objetiva e à míngua de ressalva se aplica, destarte, mesmo ao ente público que disponha de reduzido número de servidores.

Assim, caso é de se acolher o pedido formulado pelo autor, isso de modo a que no prazo de 180 dias o réu adote as medidas necessárias à edição de lei tendente à fixação do percentual mínimo a ser preenchido por servidores de carreira, relativamente aos cargos em comissão, tal como reclama o inciso V do art. 115 da Constituição estadual.

Caso, no entanto, persista a mora legislativa, fica desde logo estabelecido que 50% dos cargos em comissão devem ser preenchidos por servidores públicos efetivos.

Em casos parelhos tem sido esse o entendimento externado nesta Casa, como exemplificam os julgados assim ementados. Confira-se:

"*AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO Guarulhos. Exigência de norma local fixando percentual mínimo dos cargos em comissão, na estrutura administrativa, a serem preenchidos por servidores efetivos (art. 115, V, da CE e art. 37, V, da CF). Ausência de ato normativo municipal em atenção ao mandamento constitucional. Fixação de prazo de 180 (cento e oitenta) dias para o Legislativo municipal suprir omissão. Persistindo a mora além do prazo estabelecido, fixa-se em 50% (cinquenta por cento) o percentual mínimo de cargos em comissão a serem preenchidos por efetivos. Procedente a ação, com determinação."* (Adin por omissão n.º 2215122-16.2015.8.26.0000, rel. Des. Evaristo dos Santos, 27/01/2016).

"AÇÃO 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." (Adin por omissão n.º 0140894-75.2013.8.26.0000, rel. Des. Ferreira Rodrigues, 20.08.2014).

Em suma, julga-se procedente a ação, com as determinações acima apontadas.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2242512-58.2015.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é autor PREFEITURA MUNICIPAL DE IBATÉ, é réu PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE IBATÉ.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "JULGARAM A AÇÃO PROCEDENTE EM PARTE. V.U. SUSTENTOU ORALMENTE O ADV. DR. MÁRIO SÉRGIO COCCO.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 34.509)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PAULO DIMAS MASCARETTI (Presidente), RICARDO ANAFE, ALVARO PASSOS, AMORIM CANTUÁRIA, ADEMIR BENEDITO, 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, NEVES AMORIM, BORELLI THOMAZ, JOÃO NEGRINI FILHO e SÉRGIO RUI.

São Paulo, 6 de abril de 2016.

SALLES ROSSI, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – Lei nº 2.913, de 29 de outubro de 2015, do Município de Ibaté que versa sobre a reorganização administrativa do Poder Legislativo de Ibaté – Criação de cargos com salários superiores e jornadas de trabalho inferiores aos fixados para cargos semelhantes do Poder Executivo Municipal – Afronta ao disposto no art. 37, XII, da Constituição Federal e art. 115, XIV, da Constituição Estadual – Necessidade de equiparação de vencimentos a cargos evidentemente semelhantes – Desatendimento também da exigência do art. 25, *caput*, da Carta Paulista – Não basta aludir genericamente às 'dotações orçamentárias vigentes', como fez o legislador local; necessário que indique o recurso existente no orçamento, suficiente para atender aos novos encargos – Inconstitucionalidade não reconhecida quanto ao cargo de 'Servente', que possui remuneração idêntica ao do Executivo e ao de 'Assistente Legislativo', pois inexiste cargo similar no Poder Executivo, não havendo como se impor a igualdade de vencimentos por ausência de paradigma – Declarada a inconstitucionalidade dos cargos de Procurador Jurídico, Contador, Secretária Administrativa, Programador de Dados, Motorista da Presidência, Protocolo e Arquivo, Recepcionista, Chefe de Gabinete da Presidência e Chefe do Departamento de Administração e Finanças, constantes respectivamente dos incisos I, II, III, IV, V, VI e VII do § 1º e nos incisos I e II do § 2º do art. 6º da Lei Municipal nº 2.913/2015 de Ibaté – Ação parcialmente procedente.

VOTO

Cuida-se de Ação Direta de Inconstitucionalidade impetrada pela Prefeitura do Município de Ibaté sob a alegação de que a Lei Municipal nº 2.913, de 29 de outubro de 2015, que versa sobre a reorganização administrativa do Poder Legislativo de Ibaté seria inconstitucional porque fixou salários superiores e jornadas de trabalho inferiores aos fixados para cargos semelhantes do Poder Executivo Municipal, ferindo os princípios constitucionais da igualdade, paridade e isonomia, e os preceitos legais contidos no artigo 37,

Acesso ao Sumário

XII, da Constituição Federal, no artigo 115, XIV, da Constituição Estadual e no artigo 78, XII, da Lei Orgânica Municipal.

Pugnou pela concessão de liminar visando a suspensão da eficácia do diploma legal citado e, ao final, o decreto de procedência, declarando-se sua inconstitucionalidade.

A liminar foi deferida (fl. 95).

Manifestação da Câmara Municipal de Ibaté às fls. 101/116.

O d. Procurador Geral do Estado de São Paulo, pelas razões lançadas às fls. 162/164, deixou de ofertar manifestação quanto ao mérito da ação.

Parecer da d. Procuradoria Geral de Justiça (fls. 166/174) pela conversão do julgamento em diligência ou pela parcial procedência da ação.

Despacho de fl. 185 convertendo o julgamento em diligência.

Manifestação do autor com documentos às fls. 188/232.

Reiteração do parecer da douta Procuradoria Geral de Justiça pela parcial procedência (fls. 234/235).

Manifestação da Câmara Municipal de Ibaté com documentos (fls. 239/248).

É o relatório.

De proêmio, afasta-se a arguição de violação a direito adquirido, pois inaplicável a regime jurídico de vencimentos de funcionalismo público, o qual pode ser modificado a qualquer tempo, desde que preservados os direitos daqueles que – ao tempo da edição da nova lei – já percebiam a vantagem, como bem apontou a d. Procuradoria Geral de Justiça, com base em precedentes do Supremo Tribunal Federal sobre a questão:

ARE 639736 AgR/DF – DISTRITO FEDERAL

AG. REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO

Relator: Min. RICARDO LEWANDOWSKI

Julgamento: 23/08/2011 Órgão Julgador: Segunda Turma

Ementa: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. ADMINISTRATIVO. MILITAR. ADICIONAL DE INATIVIDADE. SUPRESSÃO. MP 2.131/2000. DIREITO ADQUIRIDO A REGIME JURÍDICO. INEXISTÊNCIA. NECESSIDADE DE REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. SÚMULA 279 DO STF. ALEGAÇÃO DE OFENSA AO PRINCÍPIO DA ISONOMIA. INOVAÇÃO DE MATÉRIA EM AGRAVO REGIMENTAL. IMPOSSIBILIDADE. AGRAVO IMPROVIDO. I – Não há direito adquirido a regime jurídico-funcional pertinente à composição dos vencimentos nem à permanência do regime legal de reajuste de vantagem, desde que eventual modificação introduzida por ato legislativo superveniente preserve o montante global da remuneração, não acarretando

Acesso ao Sumário

decesso de caráter pecuniário. Precedentes. II – A verificação da efetiva ocorrência de redução remuneratória demanda o exame do conjunto fático-probatório, o que atrai a incidência da Súmula 279 desta Corte. Precedentes. III – A questão relativa à alegação de ofensa ao princípio da isonomia, suscitada no agravo regimental, não foi examinada pelo Tribunal de origem, tampouco foi arguida no recurso extraordinário. É incabível a inovação de fundamento em agravo regimental. Precedentes. IV – Agravo regimental improvido.

RE 608812 AgR/SC – SANTA CATARINA

AG. REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO

Relatora: Min. CÁRMEN LÚCIA

Julgamento: 08/02/2011 Órgão Julgador: Primeira Turma

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. JUIZ CLASSISTA. 1. CONDIÇÃO JURÍDICO-FUNCIONAL ESPECÍFICA: POSSIBILIDADE DE TRATAMENTO NORMATIVO DIFERENCIADO. 2. EQUIPARAÇÃO DE VENCIMENTOS COM FUNDAMENTO NO PRINCÍPIO DA ISONOMIA: INCIDÊNCIA DA SÚMULA N. 339 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. 3. INEXISTÊNCIA DE DIREITO ADQUIRIDO A REGIME JURÍDICO. PRECEDENTES. AGRAVO REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO.

Quanto à questão de fundo da alegada inconstitucionalidade, o artigo 37, XII, da Constituição Federal, dispõe que *"os vencimentos dos cargos do Poder Legislativo e do Poder Judiciário não poderão ser superiores aos pagos pelo Poder Executivo"*.

Sobre o tema, o Supremo Tribunal Federal já observou que *"referida norma constitucional não se refere a teto de remuneração em sentido amplo. Na verdade cuida de estabelecer a isonomia de vencimentos entre cargos idênticos ou assemelhados existentes nos três Poderes. Em outras palavras, havendo identidade de cargos, o padrão de vencimentos deverá balizar-se pelo valor pago pelo Executivo. Assim, por exemplo, os datilógrafos dos Poderes Legislativo e Judiciário não podem receber atribuições pecuniárias superiores às devidas aos datilógrafos do Poder Executivo. Poder-se-ia dizer da previsão de limite máximo de vencimentos entre cargos somente, mas não de teto a todos aplicável. Ao examinar o preceito em tela, José Afonso da Silva assevera que 'os servidores dos três poderes tem direito à paridade isonômica de vencimentos, mas a parificação se faz com cargos iguais ou assemelhados do Poder Executivo"* (ADI 48/RS, Relator Min. Mauricio Corrêa, DJ 18/10/2002, Tribunal Pleno).

Acesso ao Sumário

A mesma regra vem disposta no art. 115, XIV, da Constituição Estadual, segundo a qual *"os vencimentos dos cargos do Poder Legislativo e do Poder Judiciário não poderão ser superiores aos pagos pelo Poder Executivo"*.

Dito isto, extrai-se que a lei impugnada fere os dispositivos mencionados ao instituir vencimentos superiores e jornadas inferiores aos cargos do Legislativo semelhantes aos do Executivo.

De se pontuar que não há como considerar a falta de semelhança entre os cargos de Procurador Jurídico, Contador, Secretária Administrativa, Programador de Dados, Motorista da Presidência, Protocolo e Arquivo, Recepcionista, Chefe de Gabinete da Presidência e Chefe do Departamento de Administração e Finanças, pois inerente que as funções desempenhadas por cada servidor nas duas Casas serão no mínimo equivalentes, não se justificando vencimentos superiores ou jornadas inferiores. Ademais, a Câmara Municipal de Ibaté não apontou especificamente no que consistiriam tais dessemelhanças a ponto de justificar a diferença de tratamento salarial, devendo prevalecer o princípio constitucional da paridade que deve ser observado pelo Poder Legislativo em relação aos seus servidores.

Alie-se a isso o fato de que a lei questionada também desatende à exigência do art. 25, *caput*, da Carta Paulista, segundo o qual *"nenhum projeto de lei que implique a criação ou o aumento de despesas públicas será sancionado sem que dele conste a indicação dos recursos disponíveis, próprios para atender aos novos encargos"*.

Com efeito, o artigo 19 da Lei nº 2.913/2015 diz apenas que "as despesas decorrentes desta lei correrão por conta das dotações orçamentárias vigentes", não constando a indicação precisa dos recursos disponíveis que seriam necessários para sua implementação. Não basta, assim, aludir genericamente às 'dotações orçamentárias vigentes', como fez o legislador local; necessário que indique o recurso existente no orçamento, suficiente para atender aos novos encargos (Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 990.10.196601-8, rel. Des. BORIS KAUFMANN, j. 15/12/2010).

Nesse sentido, já se manifestou esta E. Corte:

0165269-14.2011.8.26.0000 Ação Direta de Inconstitucionalidade/Atos Administrativos

Relator: Artur Marques

Comarca: São Paulo

Órgão julgador: Órgão Especial

Data do julgamento: 27/02/2013

Data de registro: 08/03/2013

Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – LEI N° 5.121/2007, DO MUNICÍPIO DE JACAREÍ – INSTITUIÇÃO DE VENCIMENTOS SUPERIORES AOS PREVISTOS PARA O EXECUTIVO – OFENSA AO ART. 115, IX, DA CONSTITUIÇÃO ESTADUAL – PROJETO DE LEI QUE IMPLICA CRIAÇÃO E AUMENTO DE DESPESAS – NECESSIDADE DE INDICAÇÃO DE RECURSOS DISPONÍVEIS –

Acesso ao Sumário

EXIGÊNCIA DO ART. 25, "CAPUT", DA CONSTITUIÇÃO BANDEIRANTE – INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI. 1. A Lei n° 5.121, de 20 de dezembro de 2007, do Município de Jacareí, fere o disposto no art. 115, IX, da Constituição Paulista, pois institui vencimentos superiores aos dos servidores do Legislativo que ocupam cargos idênticos ou semelhantes aos do Executivo. 2. A lei objurgada também desatende à previsão do art. 20, III, da Constituição Estadual, pois não observa os parâmetros estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias, bem como à exigência do art. 25, *caput*, da Carta Paulista, segundo o qual "nenhum projeto de lei que implique a criação ou o aumento de despesas públicas será sancionado sem que dele conste a indicação dos recursos disponíveis, próprios para atender aos novos encargos". 3. Ação julgada procedente para declarar inconstitucional a Lei n° 5.121/2007, do Município de Jacareí, com fulcro nos artigos 115, IX, 20, III e 25, *caput*, todos da Constituição do Estado de São Paulo.

A ação merece parcial procedência apenas para não reconhecer a inconstitucionalidade quanto ao cargo de 'Servente', que possui remuneração idêntica ao do Executivo e ao de 'Assistente Legislativo', pois inexiste cargo similar no Poder Executivo, não havendo como se impor a igualdade de vencimentos por ausência de paradigma.

Ante o exposto, pelo meu voto, julgo parcialmente procedente a presente ação, para o fim de declarar a inconstitucionalidade dos cargos de Procurador Jurídico, Contador, Secretária Administrativa, Programador de Dados, Motorista da Presidência, Protocolo e Arquivo, Recepcionista, Chefe de Gabinete da Presidência e Chefe do Departamento de Administração e Finanças, constantes respectivamente dos incisos I, II, III, IV, V, VI e VII do § 1º e nos incisos I e II do § 2º do art. 6º da Lei Municipal nº 2.913/2015 de Ibaté.

ACÓRDÃO

Acesso ao Sumário

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2202233-30.2015.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é autor SINDICATO RURAL DE RIBEIRÃO PRETO, são réus PREFEITO DO MUNICÍPIO DE SERRANA e PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE SERRANA.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "JULGARAM A AÇÃO PROCEDENTE. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 31.152)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PAULO DIMAS MASCARETTI (Presidente), RENATO SARTORELLI, 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, ADEMIR BENEDITO, XAVIER DE AQUINO, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, MOACIR PERES, FERREIRA RODRIGUES, PÉRICLES PIZA, EVARISTO DOS SANTOS, MÁRCIO BARTOLI e JOÃO CARLOS SALETTI.

São Paulo, 6 de abril de 2016.

FRANCISCO CASCONI, Relator

Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – LEI Nº 1.651/2014, DO MUNICÍPIO DE SERRANA, QUE DISPÕE SOBRE A PROIBIÇÃO DE QUEIMADAS DE CANAVIAIS LOCALIZADOS NO MUNICÍPIO, E DÁ OUTRAS PROVIDÊNCIAS – NORMA QUE TRATA DE PROTEÇÃO AO MEIO AMBIENTE – ASSEGURADA COMPETÊNCIA DO ENTE MUNICIPAL PARA LEGISLAR SOBRE MATÉRIA AMBIENTAL, NOS MOLDES DOS ARTIGOS 23, INCISO VI, E 30, INCISOS I E II, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA – AUTONOMIA QUE, PORÉM, DEVE SER EXERCIDA DE MODO A SE COMPATIBILIZAR COM AS NORMAS EDITADAS PELOS DEMAIS ENTES FEDERATIVOS (UNIÃO E ESTADO) – EXISTÊNCIA DE NORMA DE ÂMBITO REGIONAL (LEI Nº 11.241/2002, DO ESTADO DE SÃO PAULO) QUE REGULA A ELIMINAÇÃO GRADATIVA DE TAL PRÁTICA (QUEIMA DE CANAVIAIS) NO DECORRER DO TEMPO – PROIBIÇÃO ESTABELECIDA NA LEI LOCAL QUE SE MOSTRA INCOMPATÍVEL, REVELANDO O DESBORDO DA COMPETÊNCIA LEGISLATIVA MUNICIPAL NA HIPÓTESE – TEMA, ADEMAIS, SEDIMENTADO PELO C. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, NO JULGAMENTO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 586.224, COM REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA – PEDIDO INICIAL JULGADO PROCEDENTE.

Acesso ao Sumário

VOTO

Ação de inconstitucionalidade voltada contra a Lei nº 1.651, de 13 de agosto de 2014, do Município de Serrana, que *"dispõe sobre a proibição de queimadas de canaviais localizados no Município de Serrana e dá outras providências"*.

Emendada a inicial a fls. 169/172, firmou-se a ***causa petendi*** preponderantemente na alegada ausência de competência legislativa municipal sobre matéria relacionada a meio ambiente, realçado o contraste a disposições legais envolvendo queima de palha de cana-de-açúcar no âmbito estadual (Lei Estadual nº 11.241/2002), a configurar mácula aos artigos 19, 23, parágrafo único, item 14, 144, 191, 192, §§ 1º e 2º, 193, ***caput*** e inciso XX, da Constituição Estadual.

A liminar foi deferida a fls. 174/175. Informações prestadas pelo Presidente da Câmara Municipal de Serrana a fls. 187/189, defendendo a higidez do ato normativo impugnado. Transcorreu ***in albis*** o prazo para manifestação do Prefeito Municipal e Procuradoria Geral do Estado (fls. 209).

A Douta Procuradoria Geral de Justiça, em parecer encartado a fls. 211/217, opinou pela procedência do pleito inaugural.

É o Relatório.

Objeto central da controvérsia, a Lei nº 1.651, de 13 de agosto de 2014, do Município de Serrana, que *"dispõe sobre a proibição de queimadas de canaviais localizadas no Município de Serrana e dá outras providências"* (fls. 81/82), contém a seguinte redação:

"Art. 1º. Fica proibida toda e qualquer queimada em canaviais localizados no Município de Serrana.

§ Único. Por canaviais, entende-se toda e qualquer plantação de cana-de-açúcar, seja de forma exclusiva por usinas ou através de arrendamento ou parceria agrícola com proprietários de terras localizadas na zona urbana ou rural do Município.

Art. 2º. No caso de descumprimento da presente lei serão aplicadas multas aos responsáveis pela queimada, ou quando não for possível apurar os responsáveis, será responsabilizado o proprietário.

§ 1º. As multas a que se refere o 'caput' deste artigo serão de:

I – 1.000 (um mil) UFESP's, por alqueire, na primeira infração;

II – 2.000 (dois mil) UFESP's, por alqueire, em caso de reincidência;

III – 3.000 (três mil) UFESP's, por alqueire, em caso de terceira reincidência;

§ 2º. Fica a Prefeitura Municipal de Serrana, autorizada a aplicar as

multas previstas nesta lei.

§ 3º. Os recursos obtidos com o pagamento das multas previstas nessa lei serão revertidos em benefício da saúde municipal, e destinados conforme deliberação do Conselho Municipal de Saúde.

Art. 3º. A Prefeitura Municipal deverá disponibilizar mecanismo para a população apresentar reclamação e denúncia de queimadas.

Art. 4º. A Prefeitura Municipal poderá celebrar convênios com a CETESB, a Polícia Florestal e a Guarda Civil Municipal, para localizar e responsabilizar a Usina ou Proprietário pela queimada.

Art. 5º. As despesas decorrentes com a execução desta lei ocorrerão por conta de dotações orçamentárias próprias, suplementadas se necessário.

Art. 6º. Esta lei entra em vigor na data de sua publicação, revogadas as disposições em contrário".

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 atividade legislativa municipal, concretizada em leis ordinárias, complementares, decretos etc., não guarda vinculação exclusiva à matéria nela regulada, que deve apresentar compatibilidade vertical com aquelas que lhe servem de parâmetro, previstas nas Constituições Estadual e Federal – aspecto substancial, ou nomoestática constitucional –, sem prejuízo do rigor e estrita observância ao processo legislativo que a antecedeu – aspecto formal do ato, ou nomodinâmica constitucional – como forma de efetiva, segura, válida e integral inserção no ordenamento jurídico.

A congruência constitucional na hipótese concreta perpassa pelo exame da competência legislativa atribuída aos Municípios pela Magna Carta, em prestígio ao princípio do pacto federativo adotado em nosso país (artigo 1º, Constituição da República), estruturante da ordem jurídico-institucional.

Nesse particular, o texto da Lei Maior prevê em seu artigo 30:

"Art. 30. Compete aos Municípios:

I – legislar sobre assuntos de interesse local;

Acesso ao Sumário

II – suplementar a legislação federal e a estadual no que couber;"

A propósito do tema, Alexandre de Moraes, em sua obra "Direito Constitucional"[1], esclarece que o princípio geral que norteia a repartição de competência entre os componentes do Estado Federal é o da **predominância do interesse**, cabendo à União dispor sobre matérias de interesse geral; aos Estados-Membros, aquelas de interesse regional; aos Municípios, as de interesse meramente local; e, por fim, ao Distrito Federal, a cumulação das duas últimas competências[2].

O mesmo doutrinador, dispondo particularmente sobre o conceito de "interesse local" inerente à atividade legislativa municipal, acentua na mesma obra[3]:

"Apesar de difícil conceituação, interesse local *refere-se àqueles interesses que disserem respeito mais diretamente às necessidades imediatas do município, mesmo que acabem gerando reflexos no interesse regional (Estados) ou geral (União), pois, como afirmado por Fernanda Dias Menezes, 'é inegável que mesmo atividades e serviços tradicionalmente desempenhados pelos municípios, como transporte coletivo, polícia das edificações, fiscalização das condições de higiene de restaurantes e similares, coleta de lixo, ordenação do uso do solo urbano, etc., dizem secundariamente com o interesse estadual e nacional'. Dessa forma, salvo as tradicionais e conhecidas hipóteses de interesse local, as demais deverão ser analisadas caso a caso, vislumbrando-se qual o interesse predominante* (princípio da predominância do interesse)*".*

O tratamento proposto na lei questionada, versando sobre proibição de queimada de canaviais, evidentemente insere-se na gama de matérias relacionadas ao meio ambiente.

Embora em sua literalidade a Constituição da República, no artigo 24, inciso VI[4], estabeleça ser competência legislativa concorrente da União, Estados-Membros e Distrito Federal legislar sobre a proteção do meio ambiente, não se pode ignorar que em dispositivos outros (***v.g.*** artigo 23, inciso VI, e artigo 225, ***caput***) atribui a responsabilidade por sua proteção a todos os Entes Políticos, no que se inclui o próprio Município.

Esta mesma preocupação com a defesa do meio ambiente é enaltecida no artigo 191 da Carta Estadual:

"Artigo 191 – O Estado e os Municípios providenciarão, com a

Acesso ao Sumário

1 27ª edição, ed. Atlas, pág. 314.

2 Com a ressalva do disposto no artigo 22, inciso XVII, da Constituição da República.

3 *Op. Cit.*, págs. 328/329.

4 Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre: (...) VI – florestas, caça, pesca, fauna, conservação da natureza, defesa do solo e dos recursos naturais, proteção do meio ambiente e controle da poluição;

participação da coletividade, a preservação, conservação, defesa, recuperação e melhoria do meio ambiente natural, artificial e do trabalho, atendidas as peculiaridades regionais e locais e em harmonia com o desenvolvimento social e econômico."

Tais premissas ratificam, diversamente do sustentado na inicial, o interesse local do Município para tratar de assunto ambiental da respectiva localidade, em prestígio também ao critério da territorialidade, ensejando controle e estabelecimento de medidas baseadas na realidade local e proximidade das questões enfrentadas.

Nesse contexto, obviamente respeitados os limites constitucionais, não se pode negar ao ente municipal a competência legislativa, ainda que em caráter suplementar, para legislar sobre temas de direito ambiental de interesse local, mesmo porque mitigada seria a competência administrativa para a defesa do meio ambiente, expressamente prevista no texto constitucional, sem que possa o Ente Político dispor legalmente sobre o assunto.

Hely Lopes Meirelles, em sua obra "Direito Municipal Brasileiro"[5], enaltece que *"pela primeira vez em nossa história política a Constituição de 1988 contemplou o meio ambiente em capítulo próprio, considerando-o como 'bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para os presentes e futuras gerações' (art. 225). Dessa forma, incluiu o meio ambiente nas matérias de competência legislativa (normativa) concorrente à União, aos Estados e ao Distrito Federal, reservando à União o poder de estabelecer as normas gerais (CF, art. 24, VI, e § 1º). Aos Municípios cabe apenas suplementar a legislação federal e estadual, no que couber (CF, art. 30, II) – o que significa que sua competência legislativa fica restrita aos assuntos de predominante interesse local".*

De maneira mais específica, Celso Antonio Pacheco Fiorillo[6] acentua que *"não se deve perder de vista que aos Municípios é atribuída a competência legislativa suplementar à legislação federal e estadual no que couber. Além disso, a competência concorrente dos Estados e supletiva dos Municípios revela-se importante, porquanto aqueles e estes, em especial estes, encontram-se mais atentos e próximos aos interesses e peculiaridades de uma determinada região, estando mais aptos a efetivar a proteção ambiental reclamada pelo Texto Constitucional".*

Com efeito, ostentando o ente municipal competência legislativa ambiental de caráter supletivo, poderá disciplinar a matéria, para preservação de interesse local, nos anseios de suas particulares necessidades, desde que, todavia, não

Acesso ao Sumário

5 17ª edição, Malheiros, pág. 592.

6 *In* "Curso de Direito Ambiental Brasileiro", 2006, Saraiva, págs. 277/278.

conflite com a legislação de caráter geral ou regional, eventualmente editada pela União ou Estado.

Nesse sentido, já definiu o C. Supremo Tribunal Federal: *"O Município é competente para legislar sobre meio ambiente com União e Estado, no limite de seu interesse local e desde que tal regramento seja harmônico com a disciplina estabelecida pelos demais entes federados (art. 24, VI c/c 30, I e II da CRFB)"*. (RE 586224, Relator: Min. LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 05/03/2015, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL – MÉRITO DJe-085 DIVULG 07-05-2015 PUBLIC 08-05-2015).

Com efeito, na hipótese concreta, ainda que se vislumbre interesse local a dar gênese à edição da norma impugnada, a qual dispõe sobre defesa do meio ambiente, afere-se que a proibição direta e imediata da queima de canaviais – prática eminentemente vinculada ao setor produtivo canavieiro – revela desbordo da competência legislativa constitucional pelo Município de Serrana, malferindo, essencialmente, artigo 144 da Constituição Estadual e o pacto federativo.

Isto porque, no âmbito regional, vigora nos limites territoriais do Estado de São Paulo disciplina normativa criada pela Lei Estadual nº 11.241/2002, reproduzida a fls. 84, regulamentada pelo Decreto Estadual nº 47.700/2003 (fls. 85), que dispõe sobre a eliminação gradativa da queima da palha da cana-de-açúcar, estabelecendo prazos, limites, concessão de autorização, controle, fiscalização etc., de tal prática rudimentar.

Não se descura que a queima de canaviais pelos produtores rurais impacta no meio ambiente local, afetando o solo e alcançando eventualmente a população, fortemente criticada a prática, notadamente com a evolução de consciência ambiental que se textualizou na Constituição da República de 1988.

Entretanto, vale obtemperar que a queima controlada de canaviais – que evidentemente não se alinha a práticas criminosas – abrange outros interesses além da defesa do meio ambiente, uma vez imbricada na produção do setor sucroalcooleiro, importante ramo de atividade agrícola do Estado, refletindo assim em searas distintas como economia, comércio, trabalho, tributos, dentre outros, revelando até mesmo colisão de princípios constitucionais.

Assim é que, ao invés de simplesmente proibir tal prática, prestigiando exclusiva e predominantemente o meio ambiente, o Estado de São Paulo, considerando a amplitude dos interesses e valores envolvidos, bem como novas técnicas agrícolas, editou a norma de caráter regional (fls. 84/85) regulando a queima de canaviais e sua eliminação gradativa no decorrer do tempo.

Portanto, tendo em vista que a lei municipal atacada impõe imediata proibição da queima de canaviais, restrição que enrijece o plano legal de eliminação gradativa de tal prática, não há como deixar de reconhecer a

Acesso ao Sumário

inconstitucionalidade ***in casu***.

A propósito, como destacou a inicial e ratificou o parecer ministerial, o tema em voga foi alçado à análise do C. Supremo Tribunal Federal, oportunidade em que analisada a conformidade constitucional de lei similar do Município de Paulínia/SP, inclusive sob o manto da repercussão geral, tendo o Pretório Excelso reconhecido o desamparo da norma municipal frente à já citada Lei Estadual. Confira-se:

"RECURSO EXTRAORDINÁRIO EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE ESTADUAL. LIMITES DA COMPETÊNCIA MUNICIPAL. LEI MUNICIPAL QUE PROÍBE A QUEIMA DE PALHA DE CANA-DE-AÇÚCAR E O USO DO FOGO EM ATIVIDADES AGRÍCOLAS. LEI MUNICIPAL Nº 1.952, DE 20 DE DEZEMBRO DE 1995, DO MUNICÍPIO DE PAULÍNIA. RECONHECIDA REPERCUSSÃO GERAL. ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO AOS ARTIGOS 23, CAPUT E PARÁGRAFO ÚNICO, Nº 14, 192, § 1º E 193, XX E XXI, DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DE SÃO PAULO E ARTIGOS 23, VI E VII, 24, VI E 30, I E II DA CRFB.

1. ***O Município é competente para legislar sobre meio ambiente com União e Estado, no limite de seu interesse local e desde que tal regramento seja harmônico com a disciplina estabelecida pelos demais entes federados (art. 24, VI c/c 30, I e II da CRFB).***

2. O Judiciário está inserido na sociedade e, por este motivo, deve estar atento também aos seus anseios, no sentido de ter em mente o objetivo de saciar as necessidades, visto que também é um serviço público.

3. In casu, porquanto inegável conteúdo multidisciplinar da matéria de fundo, envolvendo questões sociais, econômicas e políticas, não é permitido a esta Corte se furtar de sua análise para o estabelecimento do alcance de sua decisão. São elas: (i) a relevante diminuição – progressiva e planejada – da utilização da queima de cana-de-açúcar; (ii) a impossibilidade do manejo de máquinas diante da existência de áreas cultiváveis acidentadas; (iii) cultivo de cana em minifúndios; (iv) trabalhadores com baixa escolaridade; (v) e a poluição existente independentemente da opção escolhida.

4. ***Em que pese a inevitável mecanização total no cultivo da cana, é preciso reduzir ao máximo o seu aspecto negativo. Assim, diante dos valores sopesados, editou-se uma lei estadual que cuida da forma que entende ser devida a execução da necessidade de sua respectiva população. Tal diploma reflete, sem dúvida alguma, uma forma de compatibilização desejável pela sociedade, que, acrescida ao poder concedido diretamente pela Constituição, consolida sobremaneira seu posicionamento no mundo jurídico estadual como um standard a ser observado e respeitado pelas demais unidades da federação adstritas ao Estado de São Paulo.***

Acesso ao Sumário

5. Sob a perspectiva estritamente jurídica, é interessante observar o ensinamento do eminente doutrinador Hely Lopes Meirelles, segundo o qual 'se caracteriza pela predominância e não pela exclusividade do interesse para o município, em relação ao do Estado e da União. Isso porque não há assunto municipal que não seja reflexamente de interesse estadual e nacional. A diferença é apenas de grau, e não de substância'. (Direito Administrativo Brasileiro. São Paulo: Malheiros Editores, 1996. p. 121.).

6. Função precípua do município, que é atender diretamente o cidadão. Destarte, não é permitida uma interpretação pelo Supremo Tribunal Federal, na qual não se reconheça o interesse do município em fazer com que sua população goze de um meio ambiente equilibrado.

7. ***Entretanto, impossível identificar interesse local que fundamente a permanência da vigência da lei municipal, pois ambos os diplomas legislativos têm o fito de resolver a mesma necessidade social, que é a manutenção de um meio ambiente equilibrado no que tange especificamente a queima da cana-de-açúcar.***

8. ***Distinção entre a proibição contida na norma questionada e a eliminação progressiva disciplinada na legislação estadual, que gera efeitos totalmente diversos e, caso se opte pela sua constitucionalidade, acarretará esvaziamento do comando normativo de quem é competente para regular o assunto, levando ao completo descumprimento do dever deste Supremo Tribunal Federal de guardar a imperatividade da Constituição.***

9. Recurso extraordinário conhecido e provido para declarar a inconstitucionalidade da Lei Municipal nº 1.952, de 20 de dezembro de 1995, do Município de Paulínia." (RE 586224, Relator: Min. LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 05/03/2015, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL – MÉRITO DJe-085 DIVULG 07-05-2015 PUBLIC 08-05-2015) – grifou-se.

Vale citar, derradeiramente, que o tema ***sub examen*** já foi enfrentado por este Colendo Órgão Especial, onde declarada a inconstitucionalidade de leis municipais que proíbem indiscriminadamente a queima de canaviais:

"AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – Lei nº 4.394/2007, do Município de Mogi Guaçu, que proibiu o uso de queima de palha da cana de açúcar, como método de pré-colheita, em todo o município – Inconstitucionalidade – Julgamento de leading case pelo E. STF, que firmou a tese de que o município é competente para legislar sobre o meio ambiente com a União e Estado, no limite do seu interesse local e desde que tal regramento seja harmônico com a disciplina estabelecida pelos demais entes federados (art. 24, inciso VI, c/c 30, incisos I e II, da Constituição Federal) – Incidência do art. 543-B, § 3º do CPC – Ação direta julgada procedente, para declarar a inconstitucionalidade

Acesso ao Sumário

da lei." (Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 0189463-15.2010.8.26.0000, rel. Des. Ademir Benedito, j. em 07.10.2015).

"AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – Lei Municipal nº 13.313/14, que 'dispõe sobre a proibição de queimadas de canaviais localizados no Município de Ribeirão Preto' – COMPETÊNCIA LEGISLATIVA – Embora o Município tenha competência para legislar sobre matéria afeta ao meio ambiente, deve se restringir ao interesse local e à necessidade de suplementar a legislação federal e estadual, no que couber, o que não se verifica no caso – A Lei Estadual nº 11.241/02 prevê forma gradativa de eliminação do fogo como método de despalha da cana-de-açúcar – Inexistência de lacuna na norma estadual a ensejar a necessidade de suplementação da matéria – Afronta ao pacto federativo observada – Repercussão geral já analisada pelo Supremo Tribunal Federal – Desrespeito aos artigos 144 e 191 da Constituição Estadual – Inconstitucionalidade configurada – Ação julgada procedente." (Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2113363-09.2015.8.26.0000, rel. Des. Moacir Peres, j. em 23.09.2015). No mesmo sentido: Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 9040385-90.2007.8.26.0000, rel. Des. Tristão Ribeiro, j. em 07.10.2015; Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 0276531-66.2011.8.26.0000, rel. Des. Artur Marques, j. em 30.05.2012.

Julgo procedente a pretensão para declarar a inconstitucionalidade da Lei nº 1.651/2014, do Município de Serrana.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2003222-83.2016.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é autora PREFEITA MUNICIPAL DE RIBEIRÃO PRETO, é réu PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE RIBEIRÃO PRETO.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "JULGARAM A AÇÃO IMPROCEDENTE, RESSALVANDO-SE A INTERPRETAÇÃO CONFORME AO ARTIGO 1º DA LEI Nº 13.435, DE 13 DE FEVEREIRO DE 2015, DO MUNICÍPIO DE RIBEIRÃO PRETO. V.U .", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 27.379)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PAULO DIMAS MASCARETTI (Presidente), ALVARO PASSOS, AMORIM CANTUÁRIA, ADEMIR BENEDITO, PEREIRA CALÇAS, XAVIER DE AQUINO, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, MOACIR PERES, FERREIRA RODRIGUES, PÉRICLES PIZA, EVARISTO DOS SANTOS, MÁRCIO

Acesso ao Sumário

BARTOLI, JOÃO CARLOS SALETTI, FRANCISCO CASCONI, RENATO SARTORELLI, CARLOS BUENO, FERRAZ DE ARRUDA, ARANTES THEODORO, TRISTÃO RIBEIRO, NEVES AMORIM, BORELLI THOMAZ, JOÃO NEGRINI FILHO, SÉRGIO RUI e SALLES ROSSI.

São Paulo, 13 de abril de 2016.

RICARDO ANAFE, Relator

Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – Lei nº 13.435, de 13 de fevereiro de 2015, do Município de Ribeirão Preto – Dispõe sobre a obrigatoriedade dos estabelecimentos que especifica possuir, instalar ou adaptar equipamento sanitário adequado ao uso infantil – Não ocorrência de ofensa à regra da separação dos Poderes – Alegação de vício de iniciativa – Inexistência – Rol de iniciativas legislativas reservadas ao chefe do Poder Executivo é matéria taxativamente disposta na Constituição Estadual – A iniciativa parlamentar não ofende o disposto nos artigos 5º e 47, incisos II e III, todos da Constituição Estadual, por não veicular matéria inserida na reserva da Administração nem na reserva de iniciativa legislativa do Chefe do Poder Executivo – A norma local não cria obrigações para o Poder Executivo, estabelecendo deveres a particulares – Descabida, portanto, a alegação de ofensa aos artigos 25 e 174 da Constituição do Estado – Aplicação da denominada interpretação da lei conforme a Constituição, de modo a restringir a norma apenas aos estabelecimentos particulares.

Pedido improcedente, ressalvada a interpretação conforme ao artigo 1º, da Lei nº 13.435, de 13 de fevereiro de 2015, do Município de Ribeirão Preto.

Acesso ao Sumário

VOTO

1. Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade proposta pela Prefeita do Município de Ribeirão Preto, objetivando a retirada do ordenamento jurídico pátrio da Lei Municipal nº 13.435, de 13 de fevereiro de 2015, que "dispõe sobre a obrigatoriedade dos estabelecimentos que especifica possuir, instalar ou adaptar equipamento sanitário adequado ao uso infantil – conforme especifica *[sic]*", porque, segundo ela, viola o disposto nos artigos 5º, 25, 37, 47, incisos II,

III, XVII, 144 e 174, incisos I, II e III, todos da Constituição do Estado de São Paulo. Sustenta a ocorrência de vício de iniciativa, na medida em que a matéria ora tratada é de competência privativa do Chefe do Executivo. Aduz, ainda, que a lei importa em aumento de despesas e, portanto, deveria indicar os recursos disponíveis para atender aos novos encargos, o que não se observa no caso. Pede a concessão de liminar e, ao final, seja declarada a inconstitucionalidade da lei.

A liminar foi indeferida (fl. 34/35).

A Procuradoria-Geral do Estado, citada, mostrou desinteresse em realizar a defesa da lei impugnada (fl. 41/42).

Notificada, a Câmara Municipal de Ribeirão Preto, representada por seu Presidente, prestou informações, defendendo a validade do ato normativo impugnado (fl. 46/53).

A douta Procuradoria-Geral de Justiça, em seu parecer de fl. 79/87, opinou pela improcedência do pedido.

2. É o relatório.

A Lei Municipal nº 13.435, de 13 de fevereiro de 2015, do Município de Ribeirão Preto, ora impugnada, tem a seguinte redação:

> **"Artigo 1º – Os estabelecimentos comerciais e prédios voltados ao atendimento principalmente, de famílias ou destinados a crianças, bem como 'shopping centers', hipermercados, magazines, restaurantes e feiras de eventos, ficam obrigados a possuir, a instalar ou adaptar equipamentos sanitários adequados ao uso infantil.**
>
> **Parágrafo Único – Os estabelecimentos que não estiverem de acordo com esta lei deverão realizar a adaptação e instalação dos sanitários de modo a atender crianças, dentro de 180 (cento e oitenta) dias, após a regulamentação desta lei.**
>
> **Artigo 2º – O descumprimento do disposto nesta lei sujeitará o estabelecimento infrator multa de 25 (vinte e cinco) UFESP – 'Unidade Fiscal do Estado de São Paulo', aplicada em dobro em caso de reincidência.**
>
> **Artigo 3º – O Executivo Municipal, por decreto, regulamentará esta lei, definindo os estabelecimentos que nela se enquadram, levando em consideração a frequência e a quantidade de famílias ou crianças atendidas ou a serem atendidas.**
>
> **Artigo 4º – Esta lei entrará em vigor na data de sua publicação."**

É caso de improcedência do pedido, pois não se verifica a alegada inconstitucionalidade por vício de iniciativa, na medida em que a lei impugnada não tratou de matéria cuja iniciativa é reservada ao Chefe do Poder Executivo Municipal (Cf. artigo 24, § 2º, da Constituição Estadual, aplicado por simetria ao Município), não se vislumbrando violação dos princípios da competência

Acesso ao Sumário

exclusiva e da separação de Poderes por invasão da esfera da gestão administrativa.

Como bem ponderado pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, "A iniciativa parlamentar não ofende o quanto contido nos arts. 5º e 47, II e III, da Constituição Estadual, por não veicular matéria inserida na reserva da Administração nem na reserva de iniciativa legislativa do Chefe do Poder Executivo. A lei local não ventila em seu conteúdo a disciplina da organização e do funcionamento da Administração Pública ou de serviço público nem a atribuição de órgãos do Poder Executivo ou atos da gestão ordinária." (fl. 82).

Ademais, quanto ao vício de iniciativa, a Suprema Corte, por reiteradas decisões, vem sustentando que a cláusula de reserva constitucional de iniciativa em matéria de instauração do processo legislativo é de observância compulsória também pelos Estados-membros e pelos Municípios às hipóteses taxativamente definidas, em *"numerus clausus"*, no artigo 61, § 1º, da Constituição Federal (RTJ 174/75, Relator Ministro Maurício Corrêa, RTJ 178/621, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, RTJ 185/408-408, Relatora Ministra Ellen Gracie, ADI 1.729, Relator Ministro Nelson Jobim).

A propósito, ensina Hely Lopes Meirelles:

"... *Iniciativa* é o impulso original da lei, que se faz através do projeto. Pode ser geral ou reservada. *Iniciativa geral* é a que compete concorrentemente a qualquer vereador, à Mesa ou comissão da Câmara, ao prefeito ou, ainda, à população; *iniciativa reservada* ou *privativa* é a que cabe exclusivamente a um titular, seja o prefeito, seja a Câmara. A iniciativa reservada ou privativa pode, ainda, ser discricionária ou vinculada: é *discricionária* quando seu titular pode usá-la em qualquer tempo; é *vinculada* quando há prazo para seu exercício, como ocorre com o projeto da lei orçamentária.

(...)

A iniciativa reservada ou privativa assegura o privilégio do projeto ao seu titular, possibilita-lhe a retirada a qualquer momento antes da votação e limita qualitativa e quantitativamente o poder de emenda, para que não se desfigure nem se amplie o projeto original; só o autor pode oferecer modificações substanciais, através de mensagem aditiva. No mais, sujeita-se a tramitação regimental em situação idêntica à dos outros projetos, advertindo-se, porém, que a usurpação de iniciativa conduz à irremediável nulidade da lei, insanável mesmo pela sanção ou promulgação de quem poderia oferecer o projeto.

(...)

Leis de iniciativa da Câmara ou, mais propriamente, de seus vereadores são todas as que a lei orgânica municipal não reserva, expressa e

Acesso ao Sumário

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 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; regime jurídico e previdenciário dos servidores municipais, fixação e aumento de sua remuneração; plano plurianual, diretrizes orçamentárias, orçamento anual e créditos suplementares e especiais. Os demais projetos competem concorrentemente ao prefeito e à Câmara, na forma regimental.

(...)

Leis de iniciativa exclusiva do prefeito são aquelas em que só a ele cabe o envio do projeto à Câmara. Nessa categoria estão as que disponham sobre a criação, estruturação e atribuição das secretarias, órgãos e entidades da Administração Pública Municipal; a criação de cargos, funções ou empregos públicos na Administração direta e autárquica, fixação e aumento de sua remuneração; o regime jurídico dos servidores municipais; e o plano plurianual, as diretrizes orçamentárias, os orçamentos anuais, créditos suplementares e especiais."[1]

Nesse quadro, a lei debatida estabelece a obrigação de adaptação de instalações sanitárias dos estabelecimentos comerciais de acesso público ao uso infantil (artigo 1º). Assim, a matéria por ela tratada, diferentemente do quanto alegado na inicial, não se encontra prevista na Lei Federal nº 8.069, de 13 de julho de 1990 ("Estatuto da Criança e do Adolescente"), que dispõe sobre a proteção especial dispensada à criança e ao adolescente.

Portanto, a norma combatida, ao dispor em âmbito municipal, sobre a instalação/adaptação de equipamentos sanitários adequados ao uso infantil em banheiros de uso público, nada mais fez do que exercer sua competência constitucional para suplementar a legislação federal existente sobre o tema, no sentido de adequá-la à realidade local (artigo 30, inciso II, da Constituição Federal).

Noutro bordo, o artigo 47 da Constituição do Estado norteia a atribuição de governo do Chefe do Poder Executivo, com suas competências próprias de administração e gestão que compõem a chamada reserva de Administração,

Acesso ao Sumário

1 Hely Lopes Meirelles, *in* "Direito Municipal Brasileiro", Malheiros, 2014, págs. 633 e seguintes.

pois, veiculam matérias de sua alçada exclusiva, sem interferência do Poder Legislativo, de maneira que a instituição da obrigação em questão, não se constitui em ato de gestão administrativa, azo pelo qual não há se falar em ofensa à regra da separação dos Poderes.

De outro lado, também não há incompatibilidade da lei local com os artigos 25, 174 e 176, inciso I, todas da Constituição Estadual. Isso porque, a lei não cria obrigações para o Poder Executivo, estabelecendo deveres a particulares. O artigo 25 da Constituição do Estado refere-se à "projeto de lei que implique a criação ou o aumento de despesa pública" e sua incidência, pois, é adstrita a leis que diretamente importem repercussão positiva na despesa pública, hipótese não verificada nos autos, porquanto a matéria tratada na lei impugnada é de polícia administrativa.

Quanto à alegada falta de previsão orçamentária disponível (artigo 176, inciso I, da Constituição Estadual), cumpre observar que a exigibilidade nele contida, é restrita a programas, projetos e atividades da Administração Pública que imponham encargos a ela, e não a terceiros.

Nesse sentido colaciona-se precedente deste Colendo Órgão Especial:

"AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – Lei Municipal nº 7.681, de 6 de junho de 2011, de iniciativa parlamentar, que prevê a reserva de cotas de mesas para idosos, gestantes e deficientes, em restaurantes e estabelecimentos similares no âmbito do Município de Jundiaí – Lei em comento que tão somente cuidou de regular matéria de interesse predominantemente local e também atinente à proteção e garantia de direitos de portadores de deficiência física e pessoas com mobilidade reduzida, nos exatos limites das atribuições expressamente conferidas aos municípios pelos arts. 23, II, e 30, I, da CF – Inocorrência, outrossim, de vício de iniciativa do projeto de lei deflagrado pelo Legislativo Municipal, haja vista que a norma editada não regula matéria estritamente administrativa, afeta ao Chefe do Poder Executivo, delimitada pelos artigos 24, § 2º, 47, incisos XVII e XVIII, 166 e 174 da CE, aplicáveis ao ente municipal, por expressa imposição da norma contida no artigo 144 daquela mesma Carta – Previsão legal, na verdade, que apenas impõe obrigações a particulares e não implica no aumento de despesa do Município, uma vez que o dever de fiscalização do cumprimento das normas é conatural aos atos normativos e não tem efeito de gerar gastos extraordinários – Precedentes desta Corte – Ação Direta de Inconstitucionalidade julgada improcedente."[2] (grifei).

Por epítome, necessário consignar que a expressão **"prédios voltados ao**

2 ADIn nº 0265028-14.2012.8.26.0000, Relator Designado Desembargador Paulo Dimas Mascaretti, j. 23 de junho de 2013.

Acesso ao Sumário

atendimento principalmente, de famílias ou destinados a crianças", contida no artigo 1º da lei impugnada, não tem alcance abrangente apto a abarcar os estabelecimentos públicos, azo pelo qual impende restringir o alcance do dispositivo, de modo a compatibilizá-lo com os ditames dos artigos 25, 174 e 176, inciso I, todos da Constituição Estadual.

Sobre o tema, "valiosas as lições de Ingo Wolfgang Sarlet, Luiz Guilherme Marinoni, e Daniel Mitidiero: 'No âmbito do controle de constitucionalidade das leis, a interpretação opera, de certo modo, como instrumento de autocontenção (*self restraint*) da jurisdição constitucional em relação aos atos legislativos, visto que a disposição legal só será declarada inconstitucional quando tal inconstitucionalidade for manifesta e não houver como dar uma atribuição de sentido à norma legal, que, por um lado, não venha a distorcer e reescrever o texto legal (mediante uma interpretação conforme não se deve substituir o conteúdo do regramento legal por um regramento substancialmente novo e produzido pelo Poder Judiciário), por outro lado, evite a declaração de inconstitucionalidade.' ('Curso de Direito Constitucional' Ed. Revista dos Tribunais 2012 p. 218)".[3]

De rigor, pois, nesse ponto, atribuir **interpretação conforme** ao artigo 1º, da Lei nº 13.435, de 13 de fevereiro de 2015, do Município de Ribeirão Preto, assentando-se que apenas os estabelecimentos e prédios particulares ficam obrigados a possuir, a instalar ou adaptar equipamentos sanitários adequados ao uso infantil.

2. À vista do exposto, pelo meu voto, julgo improcedente o pedido, ressalvando-se, apenas, a interpretação conforme ao artigo 1º, da Lei nº 13.435, de 13 de fevereiro de 2015, do Município de Ribeirão Preto.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2002645-08.2016.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é autor PROCURADOR GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO, são réus PREFEITO DO MUNICÍPIO DE OSVALDO CRUZ e PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE OSVALDO CRUZ.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "POR MAIORIA DE VOTOS, JULGARAM A AÇÃO IMPROCEDENTE. ACÓRDÃO COM O EXMO. SR. DES. RICARDO ANAFE. FARÃO DECLARAÇÃO DE VOTO OS EXMOS. SRS. DES. LUIZ ANTONIO DE GODOY E EVARISTO DOS SANTOS.", de conformidade com

Acesso ao Sumário

3 ADIn nº 2220811-41.2015.8.26.0000, Relator Designado Desembargador Evaristo dos Santos, j. 30.03.2016.

o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 27.377)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores RICARDO ANAFE, vencedor, LUIZ ANTONIO DE GODOY, vencido, PAULO DIMAS MASCARETTI (Presidente), ADEMIR BENEDITO, 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, NEVES AMORIM, BORELLI THOMAZ, JOÃO NEGRINI FILHO, SÉRGIO RUI, SALLES ROSSI e ALVARO PASSOS.

São Paulo, 30 de março de 2016.

RICARDO ANAFE, Relator Designado

Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – Lei que estabelece percentual mínimo dos cargos em comissão na estrutura administrativa do Município de Osvaldo Cruz a serem preenchidos por servidores de carreira – Ausência de parâmetro objetivo para exame da inconstitucionalidade da norma, vez que o artigo 115, inciso V, da Constituição Estadual, não estabelece expressamente percentual mínimo de cargos em comissão a serem ocupados por servidores de carreira – Observância aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade – Peculiar interesse do Município. Pedido improcedente.

VOTO

1. Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade proposta pelo Procurador-Geral de Justiça do Estado de São Paulo, objetivando a retirada do ordenamento jurídico pátrio da Lei nº 3.147, de 04 de agosto de 2015, do Município de Osvaldo Cruz, que fixa o percentual para preenchimento de cargos em comissão na estrutura administrativa do Município, porque, segundo ele, viola o disposto nos artigos 111 e 115, inciso V, da Constituição do Estado de São Paulo.

O Prefeito do Município de Osvaldo Cruz prestou informações (fl. 31/37).

A Procuradoria Geral do Estado, citada, mostrou desinteresse em realizar a defesa da norma impugnada (fl. 55/57).

Notificada, a Câmara Municipal de Osvaldo Cruz, representada por seu

Acesso ao Sumário

Presidente, manifestou-se a fl. 60/71.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça, em seu parecer de fl. 76/83, opinou pela procedência do pedido, declarando-se a inconstitucionalidade do art. 1º da Lei nº 3.147, de 04 de agosto de 2015, do Município de Osvaldo Cruz.

2. É o relatório.

A Lei Municipal nº 3.147, de 04 de agosto de 2015, do Município de Osvaldo Cruz, ora impugnada, tem a seguinte redação:

> **"Art. 1º Fica fixado o percentual mínimo de 15% (quinze por cento) para a ocupação de cargos em comissão por servidores de carreira desta Prefeitura Municipal, como determina o Artigo 115, V, da Constituição Federal, Artigo 144 da Constituição Estadual e Artigo 90, V da Lei Orgânica.**
>
> **Art. 2º Esta Lei entrará em vigor na data de sua publicação, revogadas as disposições em contrário."**

Ab initio, cumpre observar que os precedentes citados pelo eminente Desembargador Relator Luiz Antonio de Godoy, se referem às hipóteses de persistência de omissão legislativa, situação que não se amolda ao caso, em razão da edição da Lei Municipal nº 3.147, de 04 de agosto de 2015 que, suprindo a omissão ou a mora do dever de legislar previsto no artigo 115, inciso V, da Constituição do Estado, passou a regular os limites de cargos de provimento em comissão no âmbito da Prefeitura do Município de Osvaldo Cruz.

Ora, o acesso aos cargos públicos ocorre, em regra, mediante aprovação em concurso público, admitindo, como exceção, a livre nomeação e exoneração no caso dos cargos em comissão, cuja investidura, deve ocorrer com observância aos princípios constitucionais que regem a Administração Pública: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

Por sua vez, o inciso V do artigo 115, da Constituição Estadual, prevê que "as funções de confiança, exercidas exclusivamente por servidores ocupantes de cargo efetivo, e os cargos em comissão, a serem preenchidos por servidores de carreira nos casos, condições e percentuais mínimos previstos em lei, destinam-se apenas às atribuições de direção, chefia e assessoramento."

E, como bem anotou o eminente Relator, "não há parâmetro objetivo para exame da constitucionalidade da norma, vez que Constituição Paulista não estabelece expressamente percentual mínimo a ser fixado na lei a que se refere o dispositivo mencionado. Todavia, é viável o controle em abstrato da lei, à luz dos princípios constitucionais a ela aplicáveis."

Ora, diante desse quadro normativo, tem-se que os limites para a livre nomeação de servidores públicos são extraídos de princípios que regem a Administração Pública e da correta interpretação das normas legais, estabelecendo os casos, condições e percentuais mínimos de preenchimento, por

Acesso ao Sumário

servidores de carreira, dos cargos em comissão na Administração, sem perder de vista a realidade de cada ente federativo e suas peculiaridades.

De outro lado, a discriminação de número exato de cargos comissionados engessaria a Administração Pública, inviabilizando a boa administração e a busca do atendimento eficaz ao direito do cidadão, na medida em que as necessidades dos diversos entes federativos são diferentes, isto é, um Município com maior número de habitantes necessita de maior número de servidores, dos quais mais diretores, chefes e assessores, sendo certo que do total de cargos de direção, chefia e assessoramento deve haver um percentual reservado aos servidores de carreira, estes titulares de cargos efetivos providos por concurso público.

Nesse sentido:

"Ato normativo. Princípio da proporcionalidade. Ofensa. Incompatibilidade entre o número de servidores efetivos e em cargos em comissão. Cabe ao Poder Judiciário verificar a regularidade dos atos normativos e de administração do Poder Judiciário em relação às causas, aos motivos e à finalidade que os ensejam. Pelo princípio da proporcionalidade, há que ser guardada correlação entre o número de cargos efetivos e em comissão, de maneira que exista estrutura para atuação do Poder Legislativo local" (AgRg no RE 365.368, 1ª Turma, Relator Ministro Ricardo Lewandowski, DJ de 29-6-2007).

Não se olvida que abusos são cometidos na criação de cargos de provimento em comissão pelos Municípios, não somente quanto ao número, mas, também, pela falta de observância dos requisitos constitucionais na criação de cargos públicos; entretanto, não se pode dar tratamento igualitário a situações diferentes, vale dizer, não se pode dar o mesmo tratamento a diferentes Municípios, frente aos seus peculiares interesses, sob pena de rompimento da autonomia Municipal (artigo 144 da Constituição do Estado).

A propósito, em relação aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, a atuação da Administração Pública deve ser adequada, na medida justa, ou seja, tem que ser apropriada às necessidades exigidas pela situação concreta. Em outras palavras, tais princípios exigem um equilíbrio entre os meios empregados e o fim almejado pela Administração Pública para atender aos interesses da sociedade.

A respeito da matéria, ensina Hely Lopes Meirelles:

"... pela EC 19, o preenchimento de uma parcela dos cargos em comissão dar-se-á unicamente por servidores de carreira, nos casos, condições e percentuais mínimos previstos em lei (art. 37, V). Portanto, nestas hipóteses o provimento não será totalmente livre, como ocorre com os não servidores, isto é, os sem vínculo efetivo anterior à nomeação. A lei ali referida será de cada entidade pública, mas especialmente na

Acesso ao Sumário

fixação dos percentuais mínimos, deverá ser observado o princípio da razoabilidade, sob pena de fraudar a determinação constitucional" (Direito Administrativo Brasileiro, 33ª ed., São Paulo, Malheiros, 2007, p. 420).

Assim, a reserva de cargos em comissão, em percentual mínimo, aos servidores de carreira, pressupõe um percentual que não pode ser ínfimo e, com isso, distorcer o sentido da norma que estabelece a preferência aos servidores de carreira com o propósito de valorizar a profissionalização no serviço público e a busca da eficiência.

Nesta linha de raciocínio, um quadro que possui um grande número de cargos em comissão, quando comparado com os servidores efetivos, em princípio, representa excesso, ou, esses servidores desempenham funções inerentes aos cargos efetivos, confirmando o desvio de função, o que é mais grave, tendo em vista a afronta à regra do concurso público.

Apesar destes atos serem praticados no âmbito da competência discricionária do administrador público, não há nenhum obstáculo para que sofram intervenção do Poder Judiciário, inclusive quanto ao mérito. A criação e provimento de cargos em comissão, assim como todo e qualquer ato administrativo, devem ser pautados pelo princípio da razoabilidade enquanto parâmetro de valoração dos atos do Poder Público.

Por tais razões, no caso concreto, considerando que na Municipalidade de Osvaldo Cruz, há 966 (novecentos e sessenta e seis) cargos efetivos (fl. 41) e 87 (oitenta e sete) cargos em comissão (fl. 42) e que, destes, 15% (quinze por cento) devem ser preenchidos por servidores de carreira, nos termos da lei municipal ora impugnada, não se verifica infringência aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no patamar fixado.

3. À vista do exposto, pelo meu voto, julgo improcedente o pedido.

DECLARAÇÃO DE VOTO VENCIDO

Acesso ao Sumário

(Voto nº 34478)

Respeitada a orientação adotada pela douta maioria, ousei dela divergir por entender ser caso de procedência da ação.

Assim é que a Lei nº 3.147, de 4 de agosto de 2015, do Município de Osvaldo Cruz, ora impugnada, traz a seguinte redação:

"Art. 1º Fica fixado o percentual mínimo de 15% (quinze por cento) para a ocupação de cargos em comissão por servidores de carreira desta Prefeitura Municipal, como determina o Artigo 115, V, da Constituição

Federal, Artigo 144 da Constituição Estadual e Artigo 90, V da Lei Orgânica.

Art. 2º Esta Lei entrará em vigor na data de sua publicação, revogadas as disposições em contrário" (fls. 20).

A Emenda Constitucional nº 21, de 14 de fevereiro de 2006, deu nova redação ao inciso V, do artigo 115, da Constituição Estadual, que passou a dispor que *"as funções de confiança, exercidas exclusivamente por servidores ocupantes de cargo efetivo, e os cargos em comissão, a serem preenchidos por servidores de carreira nos casos, condições e percentuais mínimos previstos em lei, destinam-se apenas às atribuições de direção, chefia e assessoramento"*. Referida regra é extensível ao âmbito dos municípios, por força do artigo 144, da Carta Bandeirante.

Na realidade, não há parâmetro objetivo para exame da constitucionalidade da norma, vez que Constituição Paulista não estabelece expressamente percentual mínimo a ser fixado na lei a que se refere o dispositivo mencionado. Todavia, é viável o controle em abstrato da lei, à luz dos princípios constitucionais a ela aplicáveis.

A despeito da autonomia municipal para organização de seus serviços públicos e de seu pessoal, existe limitação material à ação normativa do Poder Público, sujeita aos princípios constitucionais da proporcionalidade e da razoabilidade.

Assim, o percentual fixado na lei (15%) mostrou-se ínfimo, desproporcional e desarrazoado, tendo em vista que normas desta natureza têm por finalidade, além de garantir o acesso de servidores efetivos aos cargos de direção superior, assegurar a continuidade e eficiência do serviço público no âmbito do Município.

Sobre os princípios incidentes na hipótese em exame, vale mencionar, *mutatis mutandis*, trecho do voto proferido pelo Ministro Celso de Mello no HC nº 99.832-MG: *"o princípio da proporcionalidade visa a inibir e a neutralizar o abuso do Poder Público no exercício das funções que lhe são inerentes, notadamente no desempenho da atividade de caráter legislativo. Sob esse aspecto, o postulado em questão, enquanto categoria fundamental de limitação dos excessos emanados do Estado, atua como verdadeiro parâmetro de aferição da própria constitucionalidade material dos atos estatais. Isso significa, dentro da perspectiva da extensão da teoria do desvio de poder ao plano das atividades legislativas do Estado, que este não dispõe de competência para legislar ilimitadamente, de forma imoderada e irresponsável, gerando, com o seu comportamento institucional, situações normativas de absoluta distorção e, até mesmo, de subversão dos fins que regem o desempenho da função estatal. A jurisprudência constitucional do Supremo Tribunal Federal, bem por isso, tem censurado a validade jurídica de atos estatais que, desconsiderando as*

Acesso ao Sumário

limitações que incidem sobre o poder normativo do Estado, veiculam prescrições que ofendem os padrões de razoabilidade e que se revelam destituídas de causa legítima" (HC nº 99.832-MG, 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal, v. un., Rel. Min. Celso de Mello, em 17/11/09, DJe de 30/8/12).

Em diversos precedentes deste Colendo Órgão Especial, adotou-se o entendimento no sentido de que, em caso de persistência de omissão legislativa, o percentual mínimo de cargos em comissão a serem ocupados por servidores de carreira seria de 50% (e.g. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2198468-51.2015.8.26.0000, v. un., Rel. Des. Péricles Piza, em 17/2/16; Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2121593-40.2015.8.26.0000, v. un., Rel. Des. Sérgio Rui, em 23/9/15; Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2213354-89.2014.8.26.0000, v. un., Rel. Des. Borelli Thomaz, em 27/5/15, Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2022681-08.2015.8.26.0000, v. un., Rel. Des. João Carlos Saletti, em 7/10/15). Tem-se, portanto, que este valor consiste em critério proporcional e razoável para atendimento da previsão contida no artigo 115, V, da Constituição Paulista.

Diante disso, sustentei que a lei impugnada afrontaria os princípios constitucionais da razoabilidade e da proporcionalidade, aplicáveis à legislação municipal, por força do artigo 144, da Carta Estadual.

Nestas circunstâncias, pelo meu voto, julgava procedente a ação para reconhecer a inconstitucionalidade da Lei nº 3.147, de 4 de agosto de 2015, do Município de Osvaldo Cruz. Ainda, a fim de se evitar a perpetuação de lacuna legislativa decorrente da procedência da presente ação direta, fixava o prazo de cento e oitenta dias, contados a partir do julgamento, para edição de nova lei disciplinando a matéria.

LUIZ ANTONIO DE GODOY, Desembargador, Relator sorteado vencido

DECLARAÇÃO DE VOTO VENCEDOR

(Voto nº 34.286)

1. Relatório já nos autos.

2. Entendo improcedente a ação.

Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade tendo por objeto a Lei nº 3.147, de 04.08.15 do Município de Osvaldo Cruz ao fixar em 15% o percentual mínimo para a ocupação de cargos em comissão de servidores de carreira (fls. 20).

O I. Relator, invocando precedentes deste **C. Órgão Especial**, entendeu presente vício de inconstitucionalidade por ser o percentual fixado (15%) *"ínfimo, desproporcional e desarrazoado, tendo em vista que as normas desta*

Acesso ao Sumário

natureza têm por finalidade, além de garantir o acesso de servidores efetivos aos cargos de direção superior, assegurar a continuidade e eficiência do serviço público no âmbito do Município."

Todavia, acompanho o I. Desembargador **RICARDO ANAFE** julgando **improcedente** a ação por entender, à luz das peculiaridades do Município de Osvaldo Cruz, **razoável** o percentual adotado, considerando não estabelecer a Constituição Paulista percentual mínimo a ser observado.

Ponderou Sua Excelência:

> *"... na Municipalidade de Osvaldo Cruz, há 966 (novecentos e sessenta e seis) cargos efetivos (fl. 41) e 87 (oitenta e sete) cargos em comissão (fl. 42) e que, destes, 15% (quinze por cento) devem ser preenchidos por servidores de carreira, nos termos da lei municipal ora impugnada, não se verifica infringência aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no patamar fixado."*

Precedentes invocados pelo I. Relator se refere à **omissão** em fixar percentual mínimo de cargos em comissão a serem ocupados por servidores de carreira, quando, persistindo a mora, estabelece-se o percentual de 50%. Situação, ***data maxima venia***, diversa da aqui analisada.

Além do mais, **subjetivo** o critério de avaliação, impõe-se nesse caso, manter o percentual como fixado na Lei em exame.

Pelo meu voto, acompanho o voto divergente do I. Desembargador **RICARDO ANAFE**, mantendo-se na íntegra a **Lei nº 3.147**, de 04.08.15 do Município de **Osvaldo Cruz**.

3. Julgo improcedente a ação.

EVARISTO DOS SANTOS, Desembargador

ACÓRDÃO

Acesso ao Sumário

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Arguição de Inconstitucionalidade nº 0004731-83.2016.8.26.0000, da Comarca de Santos, em que é suscitante 2ª CÂMARA RESERVADA AO MEIO AMBIENTE DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "JULGARAM A ARGUIÇÃO PROCEDENTE. V.U. IMPEDIDO O EXMO. SR. DES. ÁLVARO PASSOS.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 44.052OE)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PAULO DIMAS MASCARETTI (Presidente), FERRAZ DE ARRUDA, ARANTES

THEODORO, TRISTÃO RIBEIRO, NEVES AMORIM, BORELLI THOMAZ, JOÃO NEGRINI FILHO, SÉRGIO RUI, SALLES ROSSI, RICARDO ANAFE, AMORIM CANTUÁRIA, 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 e RENATO SARTORELLI.

São Paulo, 4 de maio de 2016.

CARLOS BUENO, Relator

Ementa: "ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE – Lei nº 3.045, de 18 de novembro de 2014, do Município de Santos – Aterro sanitário – Impacto ao meio ambiente – Compensação financeira – Instituição de tarifa – Usurpação de competência – Ofensa ao princípio federativo – Art. 144, da CE – Ocorrência – Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre responsabilidade por dano ao meio ambiente – Art. 24, VIII, da CF – Incidente de inconstitucionalidade procedente."

VOTO

Trata-se de incidente de inconstitucionalidade da Lei Municipal nº 3.045, de 18 de novembro de 2014, do Município de Santos, suscitado pela Colenda 2ª Câmara Reservada ao Meio Ambiente, por ocasião do julgamento da Apelação nº 1029175-97.2014.8.26.0562, fls. 361/368. De acordo com o v. acórdão, a norma dispõe sobre responsabilidade por dano ambiental, matéria legislativa de competência concorrente da União, Estados-membros e Distrito Federal.

Na origem, cuida-se de ação ordinária proposta por Terrestre Ambiental Ltda. contra a Municipalidade de Santos, objetivando declarar a inexigibilidade, ilegalidade e nulidade de tarifa de compensação ambiental instituída pela Lei nº 3.045/14, que criou a "compensação financeira para o Município de Santos por significativo impacto ambiental gerado pelo aterro sanitário". Eis o texto dos dispositivos impugnados:

"Art. 1º Fica criada a compensação financeira mensal a ser paga ao Município de Santos por significativo impacto ambiental, por ser o depositário final de resíduos sólidos gerados em outros Municípios e que se utilizam do aterro sanitário na cidade de Santos para o descarte final.

Parágrafo Único – Estão incluídos neste artigo os resíduos sólidos gerados

Acesso ao Sumário

pelos Municípios e por empresas públicas e privadas.

Art. 2º A tarifa de compensação de que trata o artigo 1º, será equivalente a 10% (dez por cento) do valor cobrado dos Municípios e das empresas por tonelada/dia de lixo resíduos depositado no aterro sanitário.

§ 1º – A empresa proprietária do aterro sanitário situado no Município de Santos será responsável pelo repasse dos recursos ao Município.

§ 2º – O controle dos volumes depositados no aterro sanitário permanece sendo efetuado pela empresa proprietária em conjunto com o poder público.

Art. 3º Caso a empresa proprietária não efetue o disposto contido neste projeto de lei caberá a seguinte penalidade:

I – O não cumprimento do repasse da tarifa de compensação no prazo acordado entre a municipalidade e a empresa proprietária, será aplicada multa de 5% (cinco por cento) mensalmente sobre o valor devedor;

II – O não pagamento dos valores mensais de compensação devidos à municipalidade, bem como as multas aplicadas sobre o valor devedor, poderá ser descontado dos créditos que a empresa proprietária do aterro sanitário teria com a Prefeitura.

§ 1º VETADO.

§ 2º Os débitos não recolhidos no prazo de 90 (noventa) dias a partir da lavratura da notificação ou do indeferimento do recurso serão de imediato, inscritos na dívida ativa do Município.

Art. 4º Os recursos obtidos correspondentes à compensação financeira de que trata o artigo 1º, bem como as multas aplicadas a empresa proprietária, deverão ser totalmente revertidos para o Fundo Municipal de Preservação e Recuperação do Meio Ambiente e utilizados a favor de ações ambientais, de acordo com o que especifica a Lei Complementar nº 748, de 04 de janeiro de 2012.

Art. 5º O Poder Executivo regulamentará a presente lei no prazo de 90 (noventa) dias, contados da data de sua publicação.

Art. 6º Esta lei entra em vigor na data da publicação, revogadas as disposições em contrário.”.

A empresa alega que o assunto foge à competência legislativa municipal, havendo usurpação de competência da União, dos Estados e do Distrito Federal, e que o ato viola o princípio da separação dos poderes, na medida em que foi editado por iniciativa do legislativo, e não do executivo, a quem competiria a fixação de preço público.

Em grau de recurso, a 2ª Câmara Reservada ao Meio Ambiente suscitou este incidente de inconstitucionalidade, nos termos da súmula vinculante n. 10 e dos artigos 480 e 481, ambos do Diploma Processual, em acórdão com a

Acesso ao Sumário

seguinte ementa:

"Declaratória. Tarifa de compensação financeira ambiental instituída pela LM nº 3.045/14. Cobrança de caráter evidentemente indenizatório, posto que inexiste exercício do poder de polícia ou prestação de serviço público. Competência concorrente da União, Estados-membros e Distrito Federal para legislar sobre a responsabilidade por dano ambiental. Art. 24, VIII, da CF/88. Cobrança equivalente a 10% do faturamento bruto da empresa que se mostra desarrazoada e desproporcional, divorciada de qualquer critério ou estudo técnico prévio. Entendimento explicitado no julgamento da ADI nº 3378/DF. Incidente de Inconstitucionalidade que se impõe. Inteligência do art. 97 da Constituição Federal e Súmula Vinculante nº 10 do E. Supremo Tribunal Federal. Precedentes. Remessa dos autos ao C. Órgão Especial."

Distribuídos, foram eles remetidos à Procuradoria Geral de Justiça, que, em seu parecer, opinou pelo acolhimento do incidente, fls. 373/381:

"1) Incidente de inconstitucionalidade. Lei nº 3.045, de 18 de novembro de 2014, do Município de Santos, que instituiu tarifa de compensação financeira ambiental a ser paga ao Município de Santos por significativo impacto ambiental, por ser depositário final de resíduos sólidos gerados em outros Municípios e que se utilizam do aterro sanitário na cidade de Santos para o descarte final. 2) Arguição de inconstitucionalidade por ofensa do ato vergastado ao art. 24, VIII, da Constituição Federal, bem como ao princípio da razoabilidade (art. 111 da CE). 3) Parecer pelo conhecimento e acolhimento do incidente de inconstitucionalidade."

Tem por fundamento o presente incidente de inconstitucionalidade a usurpação pelo Município de Santos de competência concorrente legislativa da União, Estados-membros e Distrito Federal – legislar sobre responsabilidade por dano ao meio ambiente, art. 24, VIII, da CF.

Dispõe a Constituição Federal:

"Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre:

(...)

VIII – responsabilidade por dano ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico;" (grifos do relator)

No modelo de federação adotado pela CF/88, o constituinte atribuiu às pessoas políticas de Direito Público Interno parcelas de poder de modo a permitir-lhes a auto-organização político-administrativa, ao exercer as competências administrativa, legislativa e tributária inerentes a cada ente federado.

Cotejando o texto da lei municipal com os preceitos da CF/88 utilizados como parâmetro de constitucionalidade, verifica-se a ocorrência de usurpação

Acesso ao Sumário

de competência legislativa da União, dos Estados e do Distrito Federal pelo Município de Santos, por força do art. 144 da CESP, na medida em que a norma contrariou o conceito de Federação, mais precisamente os princípios que regem a matéria da repartição constitucional de competências, pois não compete ao município legislar sobre responsabilidade por dano ambiental.

A obrigação de pagar instituída pela lei não resulta de um serviço público prestado pelo município, nem da manifestação do poder de polícia estatal, por isso, de tarifa a obrigação só tem o nome. Possui natureza indenizatória fundada na responsabilidade por dano ao meio ambiente, nada tendo de preço público.

A Municipalidade de Santos, ao dispor sobre compensação financeira decorrente do impacto ambiental, por ser destinatária de resíduos sólidos gerados em outros municípios e que se utilizam de aterro sanitário situado em seu território, usurpou competência legislativa concorrente da União, dos Estados e do Distrito Federal, sendo patente a ocorrência de vício a inquinar de inconstitucionalidade, a norma.

Além disso, mesmo se de compensação financeira realmente se tratasse, é vedada a instituição prévia de valor a ser pago a título de compensação ambiental por impacto ao meio ambiente, sem estudos avaliando a extensão do impacto. Nesse sentido, merece menção o precedente do Supremo Tribunal Federal citado no acórdão que suscitou este incidente, ADI 3.378-DF, afirmando que o valor da compensação deve ser proporcional ao impacto ambiental, após estudo em que se assegurem o contraditório e a ampla defesa:

"Ação direta de inconstitucionalidade. Art. 36 e seus §§ 1º, 2º e 3º da Lei nº 9.985, de 18 de julho de 2000. Constitucionalidade da compensação devida pela implantação de empreendimentos de significativo impacto ambiental. Inconstitucionalidade parcial do § 1º do art. 36. 1. O compartilhamento-compensação ambiental de que trata o art. 36 da Lei nº 9.985/2000 não ofende o princípio da legalidade, dado haver sido a própria lei que previu o modo de financiamento dos gastos com as unidades de conservação da natureza. De igual forma, não há violação ao princípio da separação dos Poderes, por não se tratar de delegação do Poder Legislativo para o Executivo impor deveres aos administrados. 2. Compete ao órgão licenciador fixar o quantum da compensação, de acordo com a compostura do impacto ambiental a ser dimensionado no relatório – EIA/RIMA. 3. O art. 36 da Lei nº 9.985/2000 densifica o princípio usuário-pagador, este a significar um mecanismo de assunção partilhada da responsabilidade social pelos custos ambientais derivados da atividade econômica. 4. Inexistente desrespeito ao postulado da razoabilidade. Compensação ambiental que se revela como instrumento adequado à defesa e preservação do meio ambiente para as presentes e futuras gerações, não havendo outro meio eficaz para atingir essa finalidade constitucional. Medida amplamente compensada pelos benefícios que sempre resultam de um meio ambiente ecologicamente garantido em sua

Acesso ao Sumário

higidez. 5. Inconstitucionalidade da expressão 'não pode ser inferior a meio por cento dos custos totais previstos para a implantação do empreendimento', no § 1º do art. 36 da Lei nº 9.985/2000. O valor da compensação-compartilhamento é de ser fixado proporcionalmente ao impacto ambiental, após estudo em que se assegurem o contraditório e a ampla defesa. Prescindibilidade da fixação de percentual sobre os custos do empreendimento. 6. Ação parcialmente procedente." (ADI 3.378-6/DF, Rel. Min. Carlos Britto, j. em 9-4-2008).

Mais a mais, fere também o princípio da razoabilidade e da proporcionalidade a fixação prévia de tarifa correspondente a 10% do valor cobrado dos Municípios e das empresas por tonelada/dia de lixo resíduos depositado no aterro sanitário, na medida em que, sem os estudos, não há comprovação efetiva de dano e, acaso existam os estudos técnicos e quantifiquem os danos provocados ao meio ambiente, o percentual fixo nem sempre corresponderá ao impacto ambiental.

Por fim, embora o meio ambiente integre o conceito de "assuntos de interesse local" veiculado pelo art. 30, I, da CF/88, a possibilidade de o município legislar sobre assunto local se verifica apenas com o objetivo de "suplementar a legislação federal e a estadual no que couber", art. 30, II, da CF/88, não tendo "o alcance de estabelecer normas que a própria Constituição, na repartição das competências, atribui à União ou aos Estados" (RE 313.060-9/SP, rel. Min. Ellen Gracie, J. em 29-11-2005).

Diante desse quadro, **julga-se procedente o presente incidente de inconstitucionalidade da Lei nº 3.045, de 18 de novembro de 2014, do Município de Santos.**

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Arguição de Inconstitucionalidade nº 0012684-98.2016.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é suscitante 9ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "NÃO CONHECERAM DA ARGUIÇÃO. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 44.055OE)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PAULO DIMAS MASCARETTI (Presidente), FERRAZ DE ARRUDA, ARANTES THEODORO, TRISTÃO RIBEIRO, NEVES AMORIM, BORELLI THOMAZ, JOÃO NEGRINI FILHO, SÉRGIO RUI, SALLES ROSSI, RICARDO ANAFE, ALVARO PASSOS, AMORIM CANTUÁRIA, ADEMIR

Acesso ao Sumário

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 e RENATO SARTORELLI.

São Paulo, 4 de maio de 2016.

CARLOS BUENO, Relator

Ementa: "ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE – § 3º do art. 36 da Lei nº 13.725, de 9 de janeiro de 2004, do Município de São Paulo – Código Sanitário Municipal – Instituição de políticas públicas relacionadas à saúde e segurança no trabalho e de ações de fiscalização – Questão já submetida a pronunciamento do C. Órgão Especial – Incidente de inconstitucionalidade não conhecido – Inteligência do art. 980, parágrafo único, do CPC."

VOTO

Trata-se de incidente de inconstitucionalidade do § 3º do art. 36 do Código Sanitário do Município de São Paulo, Lei Municipal nº 13.725, de 9 de janeiro de 2004, suscitado pela Colenda 9ª Câmara de Direito Público, por ocasião do julgamento da Apelação nº 0004931-33.2013.8.26.0053, fls. 342/361. De acordo com o v. acórdão, o dispositivo dispõe sobre segurança e saúde do trabalhador, matéria legislativa de competência da União. Eis o texto do dispositivo impugnado:

"Título IV – Saúde e trabalho

Capítulo I – Disposições gerais

Art. 36 – A saúde do trabalhador deve ser resguardada, tanto nas relações sociais que se estabelecem entre o capital e o trabalho, quanto no processo de produção.

(...)

§ 3º – Para os efeitos do disposto no caput, as autoridades sanitárias deverão executar ações de inspeção em ambientes de trabalho, visando ao cumprimento da legislação sanitária vigente, incluindo a análise dos processos de trabalho que possam colocar em risco a saúde dos trabalhadores.".

Na origem, cuida-se de ação ordinária proposta por Atento Brasil S.A. contra a Municipalidade de São Paulo, objetivando a anulação de auto de infração de multa lavrado por agente da Coordenação de Vigilância em Saúde (COVISA).

Acesso ao Sumário

A empresa alega que o assunto foge à competência legislativa municipal e que o auto não indicou as infrações imputadas.

Em grau de recurso, a 9ª Câmara de Direito Público suscitou este incidente de inconstitucionalidade, nos termos da súmula vinculante nº 10 e dos artigos 480 e 481, ambos do Diploma Processual, em acórdão com a seguinte ementa:

"Constitucional e Administrativo – Declaratória de nulidade – Auto de infração – Poder de polícia sanitária – Inspeção em ambientes de trabalho – Competências material e legislativa privativas da União – Falta de competência do Município – Reserva de Plenário – Súmula Vinculante nº 10. 1. Ação declaratória de nulidade de ato administrativo. Autuação por infração à legislação sanitária. Irregularidades no ambiente de trabalho. Código Sanitário que determina a execução pelo Município de ações de inspeção em ambientes de trabalho (art. 36, § 3º, da Lei Municipal nº 13.725/04). Competências material e legislativa privativas da União Federal (art. 21, XXIV, e 22 I, CF). Falta de competência do Município. 2. Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público (art. 97, CF). Cláusula de reserva de plenário. Súmula Vinculante nº 10 do STF. Suspensão do julgamento. Suscitação de incidente de inconstitucionalidade. Remessa dos autos ao E. Órgão Especial do Tribunal de Justiça."

Distribuídos, foram eles remetidos à Procuradoria Geral de Justiça, que, em seu parecer, opinou pelo não conhecimento do incidente de inconstitucionalidade, por ter o Órgão Especial já pronunciado sobre a matéria, fls. 368/371:

"1) Incidente de inconstitucionalidade. Art. 36, § 3º da Lei nº 13.725/04 do Município de São Paulo (Código Sanitário), que determina a execução pelo Município de ações de inspeção em ambientes de trabalho. 2) Questão já enfrentada pelo Órgão Especial, nos autos de Incidente de Inconstitucionalidade nº 0073528-48.2015.8.26.0000, que reconheceu a inconstitucionalidade dos arts. 36 a 43 da Lei nº 13.725/04. 3) Inviabilidade da arguição (art. 481, parágrafo único, do CPC). 4) Parecer pelo não-conhecimento."

Não se conhece do incidente.

Nos termos do parágrafo único do art. 949 do CPC, "os órgãos fracionários dos tribunais não submeterão ao plenário ou ao órgão especial a arguição de inconstitucionalidade quando já houver pronunciamento destes ou do plenário do Supremo Tribunal Federal sobre a questão.".

Em 17-2-2016, o Órgão Especial enfrentou a questão em análise, ao julgar a Arguição de Inconstitucionalidade nº 0073528-48.2015.8.26.0000, ocasião em que se pronunciou, por votação unânime de seus integrantes, a favor da tese de inconstitucionalidade dos arts. 36 ao 43 do Código Sanitário Municipal, por ser matéria afeta à competência administrativa exclusiva e legislativa privativa da

Acesso ao Sumário

União, art. 21, XXIV e art. 22, I, da CF/88:

"Arguição de Inconstitucionalidade. Arts. 36 a 43 da Lei nº 13.725, de 9 de janeiro de 2004, do Município de São Paulo. Código Sanitário Municipal. Instituição de políticas públicas relacionadas à saúde e segurança no trabalho e de ações de fiscalização. Usurpação de competência. Ofensa ao princípio federativo. Art. 144, da CESP. Ocorrência. Compete ao Congresso Nacional instituir normas relacionados ao direito do trabalho, art. 22, I, da CF, e à União organizar, manter e executar a inspeção do trabalho, art. 21, XXIV, da CF. Ao dispor sobre saúde e segurança no trabalho e execução de ações de inspeção em ambiente de trabalho, o Código Sanitário Municipal invadiu competência legislativa privativa do Congresso Nacional e administrativa da União, sendo patente a ocorrência de vício material. Incidente de inconstitucionalidade procedente."

Diante desse quadro, **não se conhece do incidente, determinando-se a restituição dos autos à Câmara suscitante.**

Agravos Regimentais

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Regimental nº 2049664-10.2016.8.26.0000/50000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE FRANCA, é agravado PREFEITO DO MUNICÍPIO DE FRANCA.

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 28.268)**

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, ADEMIR BENEDITO, PEREIRA CALÇAS, XAVIER DE AQUINO, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, MOACIR PERES, FERREIRA RODRIGUES, PÉRICLES PIZA, EVARISTO DOS SANTOS, MÁRCIO

Acesso ao Sumário

BARTOLI, JOÃO CARLOS SALETTI e FRANCISCO CASCONI.

São Paulo, 13 de abril de 2016.

RENATO SARTORELLI, Relator

Ementa: "AGRAVO REGIMENTAL – DEFERIMENTO DE LIMINAR EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – SUSPENSÃO DA EXECUÇÃO DA LEI Nº 8.375, DE 29 DE FEVEREIRO DE 2016, DO MUNICÍPIO DE FRANCA – 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. 49/51, que deferiu liminar pleiteada em ação direta de inconstitucionalidade.

Sustenta, em apertada síntese, a agravante a ausência dos pressupostos do ***fumus boni iuris*** e do ***periculum in mora***, aduzindo que a matéria ventilada no diploma legislativo impugnado é de iniciativa concorrente, não havendo que se falar em invasão da esfera de atribuições do Executivo Municipal. Alega, em acréscimo, que a norma atacada não enseja dispêndios financeiros demasiados ou contratação de pessoal, sendo os gastos absorvidos pelo orçamento já destinado à Secretaria de Segurança Pública e a órgãos correlatos. Busca, por isso, a revogação da liminar anteriormente concedida, restaurada a plena vigência da Lei Municipal nº 8.375/2016.

Mantido o ato judicial combatido, os autos foram encaminhados à mesa para julgamento.

É o relatório.

A 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 Franca em face da Lei Municipal nº 8.375, de 29 de fevereiro de 2016, que 'dispõe sobre o funcionamento de semáforos intermitentes no Município de Franca', apontando violação aos artigos 5º, 47, inciso II, e 144, todos da Constituição Paulista, assim como artigos 22, inciso XI, e 61, da Constituição da República.***

Sustenta o requerente, em apertada síntese, que a lei promulgada padece de vício de iniciativa porquanto impõe ao Poder Executivo regra de organização do trânsito. Alega, em acréscimo, que compete exclusivamente ao alcaide planejar, projetar, regulamentar e operar o tráfego de veículos aduzindo, ainda, que o diploma normativo impugnado dispôs sobre matéria relacionada a ato de gestão administrativa, afrontando o princípio da separação, autonomia e independência entre os Poderes. Argumentando, no mais, que se encontram presentes os pressupostos autorizadores para a concessão da liminar, insiste na suspensão da execução da Lei nº 8.375/2016 do Município de Franca.

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 administrativa pelo legislador municipal, implicando maltrato ao artigo 5º 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, haja vista que a mantença do comando normativo poderá acarretar transtornos à administração local, caracterizada, portanto, a urgência de modo a justificar o deferimento da liminar, sem falar que a lei atacada deixou de indicar a fonte de receita correspondente ao programa instituído.

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 execução da Lei nº 8.375/2016 do Município de Franca, até o julgamento desta ação direta de inconstitucionalidade.

Oficie-se ao Presidente da Câmara Municipal de Franca 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.

Demais disso, cumpre destacar que, em caso análogo já submetido à apreciação deste C. Órgão Especial, foi concedida a liminar para suspender a eficácia de ato normativo de iniciativa parlamentar que versava sobre sinalização de trânsito: ADI nº 2121291-11.2015.8.26.0000, Relator Desembargador Antonio Carlos Villen.

Incensurável, portanto, o ato judicial combatido que determinou, em caráter liminar e sem ferir o mérito da controvérsia, a suspensão da execução do diploma legislativo impugnado, valendo ressaltar que somente a final é que

Acesso ao Sumário

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.

Arguições de Inconstitucionalidade

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Arguição de Inconstitucionalidade nº 0004494-49.2016.8.26.0000, da Comarca de Diadema, em que é suscitante 12ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "ACOLHERAM A ARGUIÇÃO. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 27.409)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PAULO DIMAS MASCARETTI (Presidente), ALVARO PASSOS, AMORIM CANTUÁRIA, 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, NEVES AMORIM, BORELLI THOMAZ, JOÃO NEGRINI FILHO, SÉRGIO RUI e SALLES ROSSI.

São Paulo, 4 de maio de 2016.

RICARDO ANAFE, Relator

Ementa: ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE – Artigo 165 da Lei Complementar Municipal nº 08/1991 (Estatuto dos Funcionários Públicos do Município de Diadema),

Acesso ao Sumário

que limita a concessão da licença-maternidade às servidoras municipais adotantes de crianças de até sete anos de idade – Afirmação da Câmara suscitante, de que a norma violaria o disposto no artigo 227, § 6º, e ao princípio da isonomia previsto na Constituição Federal.

O Supremo Tribunal Federal, apreciando o tema 782 da Repercussão Geral, firmou a seguinte tese: "Os prazos da licença adotante não podem ser inferiores aos prazos da licença gestante, o mesmo valendo para as respectivas prorrogações. Em relação à licença adotante, não é possível fixar prazos diversos em função da idade da criança adotada" (RE 778.889) – Arguição acolhida.

Acolhe-se a arguição de inconstitucionalidade para declarar a inconstitucionalidade do artigo 165 da Lei Complementar nº 08/1991, do Município de Diadema.

VOTO

1. Trata-se de arguição de inconstitucionalidade suscitada pela 12ª Câmara de Direito Público desta Corte (no julgamento da Apelação/Reexame Necessário nº 0001830-18.2014.8.26.0161), nos termos do artigo 97 da Constituição Federal e da Súmula Vinculante nº 10 do E. Supremo Tribunal Federal, por divisar "inconstitucionalidade do art. 165 da Lei Complementar Municipal nº 08/1991" (fl. 240), na medida em que referido dispositivo prevê a concessão da licença maternidade, com prazos variáveis de 180 dias a 30 dias, dependendo da idade da criança adotada, em afronta ao disposto no artigo 227, § 6º, da Constituição Federal.

Regularmente processados, a Douta Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo acolhimento do incidente, "com a declaração de inconstitucionalidade do art. 165 do Estatuto dos Servidores do Município de Diadema (Lei Complementar Municipal nº 08/1991)" (fl. 250/264).

É o relatório.

2. Na origem, trata-se de mandado de segurança impetrado por Vanessa Paula de Lima contra ato do Diretor do Departamento de Gestão de Pessoas do Município de Diadema e do Secretário de Gestão de Pessoas do Município de Diadema, consistente no indeferimento do pedido de gozo de licença à servidora pública adotante sob o fundamento de se tratar de adoção de criança com idade superior a sete anos. Postula a impetrante a concessão da ordem a fim de assegurar o gozo de licença adotante pelo prazo de 180 (cento e oitenta) dias, a

Acesso ao Sumário

partir da expedição do termo de guarda e responsabilidade, ou, subsidiariamente, pela concessão da *benesse* pelo prazo de 120 (cento e vinte) dias. Segurança concedida em Primeira Instância (fl. 186/187).

Em grau de recurso, a Colenda 12ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo suscitou este incidente de inconstitucionalidade, nos termos do artigo 97 da Constituição Federal e da Súmula Vinculante nº 10 do E. Supremo Tribunal Federal, em acórdão com a seguinte ementa:

> **"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 direito 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 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."**

O artigo 165 da Lei Complementar nº 08, de 16 de julho de 1991, do Município de Diadema, possui a seguinte redação:

> **"Artigo 165 – A funcionária municipal poderá requerer licença, com vencimento integral, quando adotar criança de até 7 (sete) anos de idade ou quando obtiver a sua guarda para fins de adoção.**
>
> **Parágrafo único – A licença será:**
>
> **I – de 180 (cento e oitenta) dias, quando a criança adotada tiver até 6 (seis) meses;**
>
> **II – de 60 (sessenta) dias, quando a criança tiver acima de 1 (um) ano de idade e até 3 (três) anos de idade;**

Acesso ao Sumário

III – de 30 (trinta) dias quando a criança tiver acima de 3 (três) e até 7 (sete) anos de idade."

Com efeito, este Relator perfilha do entendimento até então adotado por esta C. Corte, no sentido de que os prazos diferenciados de licença estabelecidos em razão da idade da criança NÃO maculam o princípio da igualdade, posto que tal *discrimen* não se refere aos direitos entre os filhos biológicos ou por adoção, na medida em que a norma impugnada estabelece períodos iguais de licença às mães (biológica ou adotante) em condições similares.

Este C. Órgão Especial, sobre a matéria, já teve oportunidade de decidir, através do brilhante voto do Desembargador João Carlos Saletti, na Arguição de Inconstitucionalidade nº 0064850-44.2015.8.26.000, j. 02/03/2016, assim ementado:

"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 de 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 da 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."

A respeito, peço venia para reproduzir parte do mencionado voto:

"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 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

Acesso ao Sumário

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 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.

(...)

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."

Todavia, recentemente, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, afirmando a presença de **Repercussão Geral no julgamento do RE 778.889-PE** (Relator Ministro Luís Roberto Barroso, D.J. 10/03/2016), fixou a seguinte tese:

"O Tribunal, por maioria e nos termos do voto do Relator, apreciando o tema 782 da repercussão geral, deu provimento ao recurso extraordinário para reconhecer o direito da recorrente ao prazo remanescente da licença parental, a fim de que o tempo total de fruição do benefício, computado o período já gozado, seja de 180 dias de afastamento remunerado, correspondentes aos 120 dias de licença, previstos no art. 7º, XVIII, da Constituição Federal, acrescidos dos 60 dias de prorrogação, tal como permitido pela legislação, fixando a seguinte tese: 'Os prazos da licença adotante não podem ser inferiores aos prazos da licença gestante, o mesmo valendo para as respectivas prorrogações. Em relação à licença adotante, não é possível fixar prazos diversos em função da idade da criança adotada', vencido o Ministro Marco Aurélio. Ausentes, justificadamente, os Ministros Celso de Mello e Gilmar Mendes. Falou, pelo Ministério Público Federal, o Dr. Rodrigo Janot Monteiro de Barros, Procurador-Geral da República. Presidiu o julgamento o Ministro Ricardo Lewandowski. Plenário, 10.03.2016." (grifei).

Portanto, ressalvado o entendimento deste Relator sobre o tema em debate que, repita-se, não se trata de estabelecer prazos diferentes para licença de mães adotantes e gestantes, mas sim conferir uma licença-maternidade menor para o caso de adoção de crianças com maior idade, não havendo, portanto, que falar em ofensa ao princípio da isonomia, acolhe-se a arguição de inconstitucionalidade para declarar a inconstitucionalidade do artigo 165 da Lei Complementar nº 08,

Acesso ao Sumário

de 16 de julho de 1991, do Município de Diadema.

3. À vista do exposto, pelo meu voto, acolho a arguição de inconstitucionalidade, como suso alinhavado.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Arguição de Inconstitucionalidade nº 0004731-83.2016.8.26.0000, da Comarca de Santos, em que é suscitante 2ª CÂMARA RESERVADA AO MEIO AMBIENTE DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "JULGARAM A ARGUIÇÃO PROCEDENTE. V.U. IMPEDIDO O EXMO. SR. DES. ÁLVARO PASSOS.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 44.052OE)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PAULO DIMAS MASCARETTI (Presidente), FERRAZ DE ARRUDA, ARANTES THEODORO, TRISTÃO RIBEIRO, NEVES AMORIM, BORELLI THOMAZ, JOÃO NEGRINI FILHO, SÉRGIO RUI, SALLES ROSSI, RICARDO ANAFE, AMORIM CANTUÁRIA, 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 e RENATO SARTORELLI.

São Paulo, 4 de maio de 2016.

CARLOS BUENO, Relator

Ementa: "ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE – Lei nº 3.045, de 18 de novembro de 2014, do Município de Santos – Aterro sanitário – Impacto ao meio ambiente – Compensação financeira – Instituição de tarifa – Usurpação de competência – Ofensa ao princípio federativo – Art. 144, da CE – Ocorrência – Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre responsabilidade por dano ao meio ambiente – Art. 24, VIII, da CF – Incidente de inconstitucionalidade procedente."

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de incidente de inconstitucionalidade da Lei Municipal nº 3.045, de 18 de novembro de 2014, do Município de Santos, suscitado pela Colenda 2ª Câmara Reservada ao Meio Ambiente, por ocasião do julgamento da Apelação nº 1029175-97.2014.8.26.0562, fls. 361/368. De acordo com o v. acórdão, a norma dispõe sobre responsabilidade por dano ambiental, matéria legislativa de competência concorrente da União, Estados-membros e Distrito Federal.

Na origem, cuida-se de ação ordinária proposta por Terrestre Ambiental Ltda. contra a Municipalidade de Santos, objetivando declarar a inexigibilidade, ilegalidade e nulidade de tarifa de compensação ambiental instituída pela Lei nº 3.045/14, que criou a "compensação financeira para o Município de Santos por significativo impacto ambiental gerado pelo aterro sanitário". Eis o texto dos dispositivos impugnados:

"Art. 1º Fica criada a compensação financeira mensal a ser paga ao Município de Santos por significativo impacto ambiental, por ser o depositário final de resíduos sólidos gerados em outros Municípios e que se utilizam do aterro sanitário na cidade de Santos para o descarte final.

Parágrafo Único – Estão incluídos neste artigo os resíduos sólidos gerados pelos Municípios e por empresas públicas e privadas.

Art. 2º A tarifa de compensação de que trata o artigo 1º, será equivalente a 10% (dez por cento) do valor cobrado dos Municípios e das empresas por tonelada/dia de lixo resíduos depositado no aterro sanitário.

§ 1º – A empresa proprietária do aterro sanitário situado no Município de Santos será responsável pelo repasse dos recursos ao Município.

§ 2º – O controle dos volumes depositados no aterro sanitário permanece sendo efetuado pela empresa proprietária em conjunto com o poder público.

Art. 3º Caso a empresa proprietária não efetue o disposto contido neste projeto de lei caberá a seguinte penalidade:

I – O não cumprimento do repasse da tarifa de compensação no prazo acordado entre a municipalidade e a empresa proprietária, será aplicada multa de 5% (cinco por cento) mensalmente sobre o valor devedor;

II – O não pagamento dos valores mensais de compensação devidos à municipalidade, bem como as multas aplicadas sobre o valor devedor, poderá ser descontado dos créditos que a empresa proprietária do aterro sanitário teria com a Prefeitura.

§ 1º VETADO.

§ 2º Os débitos não recolhidos no prazo de 90 (noventa) dias a partir da lavratura da notificação ou do indeferimento do recurso serão de imediato,

Acesso ao Sumário

inscritos na dívida ativa do Município.

Art. 4º Os recursos obtidos correspondentes à compensação financeira de que trata o artigo 1º, bem como as multas aplicadas a empresa proprietária, deverão ser totalmente revertidos para o Fundo Municipal de Preservação e Recuperação do Meio Ambiente e utilizados a favor de ações ambientais, de acordo com o que especifica a Lei Complementar nº 748, de 04 de janeiro de 2012.

Art. 5º O Poder Executivo regulamentará a presente lei no prazo de 90 (noventa) dias, contados da data de sua publicação.

Art. 6º Esta lei entra em vigor na data da publicação, revogadas as disposições em contrário.".

A empresa alega que o assunto foge à competência legislativa municipal, havendo usurpação de competência da União, dos Estados e do Distrito Federal, e que o ato viola o princípio da separação dos poderes, na medida em que foi editado por iniciativa do legislativo, e não do executivo, a quem competiria a fixação de preço público.

Em grau de recurso, a 2ª Câmara Reservada ao Meio Ambiente suscitou este incidente de inconstitucionalidade, nos termos da súmula vinculante n. 10 e dos artigos 480 e 481, ambos do Diploma Processual, em acórdão com a seguinte ementa:

"Declaratória. Tarifa de compensação financeira ambiental instituída pela LM nº 3.045/14. Cobrança de caráter evidentemente indenizatório, posto que inexiste exercício do poder de polícia ou prestação de serviço público. Competência concorrente da União, Estados-membros e Distrito Federal para legislar sobre a responsabilidade por dano ambiental. Art. 24, VIII, da CF/88. Cobrança equivalente a 10% do faturamento bruto da empresa que se mostra desarrazoada e desproporcional, divorciada de qualquer critério ou estudo técnico prévio. Entendimento explicitado no julgamento da ADI nº 3378/DF. Incidente de Inconstitucionalidade que se impõe. Inteligência do art. 97 da Constituição Federal e Súmula Vinculante nº 10 do E. Supremo Tribunal Federal. Precedentes. Remessa dos autos ao C. Órgão Especial."

Distribuídos, foram eles remetidos à Procuradoria Geral de Justiça, que, em seu parecer, opinou pelo acolhimento do incidente, fls. 373/381:

"1) Incidente de inconstitucionalidade. Lei nº 3.045, de 18 de novembro de 2014, do Município de Santos, que instituiu tarifa de compensação financeira ambiental a ser paga ao Município de Santos por significativo impacto ambiental, por ser depositário final de resíduos sólidos gerados em outros Municípios e que se utilizam do aterro sanitário na cidade de Santos para o descarte final. 2) Arguição de inconstitucionalidade por ofensa do ato vergastado ao art. 24, VIII, da Constituição Federal, bem como ao princípio da razoabilidade (art.

Acesso ao Sumário

111 da CE). 3) Parecer pelo conhecimento e acolhimento do incidente de inconstitucionalidade."

Tem por fundamento o presente incidente de inconstitucionalidade a usurpação pelo Município de Santos de competência concorrente legislativa da União, Estados-membros e Distrito Federal – legislar sobre responsabilidade por dano ao meio ambiente, art. 24, VIII, da CF.

Dispõe a Constituição Federal:

"Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre:

(...)

VIII – responsabilidade por dano ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico;" (grifos do relator)

No modelo de federação adotado pela CF/88, o constituinte atribuiu às pessoas políticas de Direito Público Interno parcelas de poder de modo a permitir-lhes a auto-organização político-administrativa, ao exercer as competências administrativa, legislativa e tributária inerentes a cada ente federado.

Cotejando o texto da lei municipal com os preceitos da CF/88 utilizados como parâmetro de constitucionalidade, verifica-se a ocorrência de usurpação de competência legislativa da União, dos Estados e do Distrito Federal pelo Município de Santos, por força do art. 144 da CESP, na medida em que a norma contrariou o conceito de Federação, mais precisamente os princípios que regem a matéria da repartição constitucional de competências, pois não compete ao município legislar sobre responsabilidade por dano ambiental.

A obrigação de pagar instituída pela lei não resulta de um serviço público prestado pelo município, nem da manifestação do poder de polícia estatal, por isso, de tarifa a obrigação só tem o nome. Possui natureza indenizatória fundada na responsabilidade por dano ao meio ambiente, nada tendo de preço público.

A Municipalidade de Santos, ao dispor sobre compensação financeira decorrente do impacto ambiental, por ser destinatária de resíduos sólidos gerados em outros municípios e que se utilizam de aterro sanitário situado em seu território, usurpou competência legislativa concorrente da União, dos Estados e do Distrito Federal, sendo patente a ocorrência de vício a inquinar de inconstitucionalidade, a norma.

Além disso, mesmo se de compensação financeira realmente se tratasse, é vedada a instituição prévia de valor a ser pago a título de compensação ambiental por impacto ao meio ambiente, sem estudos avaliando a extensão do impacto. Nesse sentido, merece menção o precedente do Supremo Tribunal Federal citado no acórdão que suscitou este incidente, ADI 3.378-DF, afirmando que o valor da compensação deve ser proporcional ao impacto ambiental, após

Acesso ao Sumário

estudo em que se assegurem o contraditório e a ampla defesa:

"Ação direta de inconstitucionalidade. Art. 36 e seus §§ 1º, 2º e 3º da Lei nº 9.985, de 18 de julho de 2000. Constitucionalidade da compensação devida pela implantação de empreendimentos de significativo impacto ambiental. Inconstitucionalidade parcial do § 1º do art. 36. 1. O compartilhamento-compensação ambiental de que trata o art. 36 da Lei nº 9.985/2000 não ofende o princípio da legalidade, dado haver sido a própria lei que previu o modo de financiamento dos gastos com as unidades de conservação da natureza. De igual forma, não há violação ao princípio da separação dos Poderes, por não se tratar de delegação do Poder Legislativo para o Executivo impor deveres aos administrados. 2. Compete ao órgão licenciador fixar o quantum da compensação, de acordo com a compostura do impacto ambiental a ser dimensionado no relatório – EIA/RIMA. 3. O art. 36 da Lei nº 9.985/2000 densifica o princípio usuário-pagador, este a significar um mecanismo de assunção partilhada da responsabilidade social pelos custos ambientais derivados da atividade econômica. 4. Inexistente desrespeito ao postulado da razoabilidade. Compensação ambiental que se revela como instrumento adequado à defesa e preservação do meio ambiente para as presentes e futuras gerações, não havendo outro meio eficaz para atingir essa finalidade constitucional. Medida amplamente compensada pelos benefícios que sempre resultam de um meio ambiente ecologicamente garantido em sua higidez. 5. Inconstitucionalidade da expressão 'não pode ser inferior a meio por cento dos custos totais previstos para a implantação do empreendimento', no § 1º do art. 36 da Lei nº 9.985/2000. O valor da compensação-compartilhamento é de ser fixado proporcionalmente ao impacto ambiental, após estudo em que se assegurem o contraditório e a ampla defesa. Prescindibilidade da fixação de percentual sobre os custos do empreendimento. 6. Ação parcialmente procedente." (ADI 3.378-6/DF, Rel. Min. Carlos Britto, j. em 9-4-2008).

Mais a mais, fere também o princípio da razoabilidade e da proporcionalidade a fixação prévia de tarifa correspondente a 10% do valor cobrado dos Municípios e das empresas por tonelada/dia de lixo resíduos depositado no aterro sanitário, na medida em que, sem os estudos, não há comprovação efetiva de dano e, acaso existam os estudos técnicos e quantifiquem os danos provocados ao meio ambiente, o percentual fixo nem sempre corresponderá ao impacto ambiental.

Por fim, embora o meio ambiente integre o conceito de "assuntos de interesse local" veiculado pelo art. 30, I, da CF/88, a possibilidade de o município legislar sobre assunto local se verifica apenas com o objetivo de "suplementar a legislação federal e a estadual no que couber", art. 30, II, da CF/88, não tendo "o alcance de estabelecer normas que a própria Constituição, na repartição das competências, atribui à União ou aos Estados" (RE 313.060-9/SP, rel. Min. Ellen Gracie, J. em 29-11-2005).

Diante desse quadro, **julga-se procedente o presente incidente de**

Acesso ao Sumário

inconstitucionalidade da Lei nº 3.045, de 18 de novembro de 2014, do Município de Santos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Arguição de Inconstitucionalidade nº 0012684-98.2016.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é suscitante 9ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "NÃO CONHECERAM DA ARGUIÇÃO. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 44.055OE)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PAULO DIMAS MASCARETTI (Presidente), FERRAZ DE ARRUDA, ARANTES THEODORO, TRISTÃO RIBEIRO, NEVES AMORIM, BORELLI THOMAZ, JOÃO NEGRINI FILHO, SÉRGIO RUI, SALLES ROSSI, RICARDO ANAFE, ALVARO PASSOS, AMORIM CANTUÁRIA, 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 e RENATO SARTORELLI.

São Paulo, 4 de maio de 2016.

CARLOS BUENO, Relator

Ementa: "ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE – § 3º do art. 36 da Lei nº 13.725, de 9 de janeiro de 2004, do Município de São Paulo – Código Sanitário Municipal – Instituição de políticas públicas relacionadas à saúde e segurança no trabalho e de ações de fiscalização – Questão já submetida a pronunciamento do C. Órgão Especial – Incidente de inconstitucionalidade não conhecido – Inteligência do art. 980, parágrafo único, do CPC."

VOTO

Trata-se de incidente de inconstitucionalidade do § 3º do art. 36 do Código Sanitário do Município de São Paulo, Lei Municipal nº 13.725, de

9 de janeiro de 2004, suscitado pela Colenda 9ª Câmara de Direito Público, por ocasião do julgamento da Apelação nº 0004931-33.2013.8.26.0053, fls. 342/361. De acordo com o v. acórdão, o dispositivo dispõe sobre segurança e saúde do trabalhador, matéria legislativa de competência da União. Eis o texto do dispositivo impugnado:

"Título IV – Saúde e trabalho

Capítulo I – Disposições gerais

Art. 36 – A saúde do trabalhador deve ser resguardada, tanto nas relações sociais que se estabelecem entre o capital e o trabalho, quanto no processo de produção.

(...)

§ 3º – Para os efeitos do disposto no caput, as autoridades sanitárias deverão executar ações de inspeção em ambientes de trabalho, visando ao cumprimento da legislação sanitária vigente, incluindo a análise dos processos de trabalho que possam colocar em risco a saúde dos trabalhadores.".

Na origem, cuida-se de ação ordinária proposta por Atento Brasil S.A. contra a Municipalidade de São Paulo, objetivando a anulação de auto de infração de multa lavrado por agente da Coordenação de Vigilância em Saúde (COVISA).

A empresa alega que o assunto foge à competência legislativa municipal e que o auto não indicou as infrações imputadas.

Em grau de recurso, a 9ª Câmara de Direito Público suscitou este incidente de inconstitucionalidade, nos termos da súmula vinculante nº 10 e dos artigos 480 e 481, ambos do Diploma Processual, em acórdão com a seguinte ementa:

"Constitucional e Administrativo – Declaratória de nulidade – Auto de infração – Poder de polícia sanitária – Inspeção em ambientes de trabalho – Competências material e legislativa privativas da União – Falta de competência do Município – Reserva de Plenário – Súmula Vinculante nº 10. 1. Ação declaratória de nulidade de ato administrativo. Autuação por infração à legislação sanitária. Irregularidades no ambiente de trabalho. Código Sanitário que determina a execução pelo Município de ações de inspeção em ambientes de trabalho (art. 36, § 3º, da Lei Municipal nº 13.725/04). Competências material e legislativa privativas da União Federal (art. 21, XXIV, e 22 I, CF). Falta de competência do Município. 2. Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público (art. 97, CF). Cláusula de reserva de plenário. Súmula Vinculante nº 10 do STF. Suspensão do julgamento. Suscitação de incidente de inconstitucionalidade. Remessa dos autos ao E. Órgão Especial do Tribunal de Justiça."

Distribuídos, foram eles remetidos à Procuradoria Geral de Justiça, que, em

Acesso ao Sumário

seu parecer, opinou pelo não conhecimento do incidente de inconstitucionalidade, por ter o Órgão Especial já pronunciado sobre a matéria, fls. 368/371:

"1) Incidente de inconstitucionalidade. Art. 36, § 3º da Lei nº 13.725/04 do Município de São Paulo (Código Sanitário), que determina a execução pelo Município de ações de inspeção em ambientes de trabalho. 2) Questão já enfrentada pelo Órgão Especial, nos autos de Incidente de Inconstitucionalidade nº 0073528-48.2015.8.26.0000, que reconheceu a inconstitucionalidade dos arts. 36 a 43 da Lei nº 13.725/04. 3) Inviabilidade da arguição (art. 481, parágrafo único, do CPC). 4) Parecer pelo não-conhecimento."

Não se conhece do incidente.

Nos termos do parágrafo único do art. 949 do CPC, "os órgãos fracionários dos tribunais não submeterão ao plenário ou ao órgão especial a arguição de inconstitucionalidade quando já houver pronunciamento destes ou do plenário do Supremo Tribunal Federal sobre a questão.".

Em 17-2-2016, o Órgão Especial enfrentou a questão em análise, ao julgar a Arguição de Inconstitucionalidade nº 0073528-48.2015.8.26.0000, ocasião em que se pronunciou, por votação unânime de seus integrantes, a favor da tese de inconstitucionalidade dos arts. 36 ao 43 do Código Sanitário Municipal, por ser matéria afeta à competência administrativa exclusiva e legislativa privativa da União, art. 21, XXIV e art. 22, I, da CF/88:

"Arguição de Inconstitucionalidade. Arts. 36 a 43 da Lei nº 13.725, de 9 de janeiro de 2004, do Município de São Paulo. Código Sanitário Municipal. Instituição de políticas públicas relacionadas à saúde e segurança no trabalho e de ações de fiscalização. Usurpação de competência. Ofensa ao princípio federativo. Art. 144, da CESP. Ocorrência. Compete ao Congresso Nacional instituir normas relacionados ao direito do trabalho, art. 22, I, da CF, e à União organizar, manter e executar a inspeção do trabalho, art. 21, XXIV, da CF. Ao dispor sobre saúde e segurança no trabalho e execução de ações de inspeção em ambiente de trabalho, o Código Sanitário Municipal invadiu competência legislativa privativa do Congresso Nacional e administrativa da União, sendo patente a ocorrência de vício material. Incidente de inconstitucionalidade procedente."

Diante desse quadro, **não se conhece do incidente, determinando-se a restituição dos autos à Câmara suscitante.**

Acesso ao Sumário

Conflitos de Competência

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência nº 0083123-71.2015.8.26.0000, da Comarca de Brotas, em que é suscitante 10ª 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: "JULGARAM O CONFLITO PROCEDENTE E COMPETENTE A 4ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. V.U. IMPEDIDOS OS EXMOS. SRS. DES. FERREIRA RODRIGUES E JOÃO CARLOS SALETTI.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 156/16)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PAULO DIMAS MASCARETTI (Presidente sem voto), ADEMIR BENEDITO, PEREIRA CALÇAS, XAVIER DE AQUINO, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, MOACIR PERES, PÉRICLES PIZA, EVARISTO DOS SANTOS, MÁRCIO BARTOLI, FRANCISCO CASCONI, RENATO SARTORELLI, CARLOS BUENO, FERRAZ DE ARRUDA, ARANTES THEODORO, TRISTÃO RIBEIRO, NEVES AMORIM, BORELLI THOMAZ, JOÃO NEGRINI FILHO, SÉRGIO RUI, SALLES ROSSI, ALVARO PASSOS e AMORIM CANTUÁRIA.

São Paulo, 6 de abril de 2016.

ANTONIO CARLOS VILLEN, Relator

Ementa: CONFLITO DE COMPETÊNCIA. Câmara de Direito Público e Câmara de Direito Privado. Indenização por dano moral. Gestante. Morte do feto e perda do útero decorrentes de complicações inerentes à demora na realização do parto, em hospital da rede pública. Ação ajuizada contra o médico e a Municipalidade de Torrinha. Art. 3º, I.7, "a", da Resolução nº 623/13, alterada pela Resolução nº 736/16. Responsabilidade civil do Estado. Competência da Seção de Direito Público. Conflito conhecido, declarada a competência da 4ª Câmara de Direito Público.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de conflito de competência suscitado pela 10ª Câmara de Direito Privado em apelação interposta contra sentença que, nos autos de ação de indenização por dano moral causado por erro médico, julgou improcedente o pedido (fls. 321/324).

O recurso foi originalmente distribuído à mencionada 10ª Câmara de Direito Privado, que dele não conheceu por entender que: "Do exame da causa de pedir, vê-se que a autora pretende o reconhecimento da responsabilidade objetiva da PREFEITURA MUNICIPAL em virtude de serviço público de saúde prestado", razão pela qual a competência para o julgamento do recurso é da Seção de Direito Público, nos termos do art. 3º, I.7, da Resolução nº 623/13 (fls. 366/369).

Redistribuído à 4ª Câmara de Direito Público, esta também não conheceu do recurso, determinando a redistribuição para a Seção de Direito Privado por entender que o pedido tem como base o art. 951 do Código Civil, razão pela qual, nos termos do art. 5º, I.24 da Res. 923/13, a competência é daquela Seção (fls. 382/386).

Os autos foram novamente distribuídos à 10ª Câmara de Direito Privado que reiterou tratar-se se tratar de responsabilidade civil do Estado e suscitou o conflito (fls. 391/397).

A Douta Procuradoria Geral de Justiça opinou pela competência da Câmara suscitante (fls. 403/408).

É O RELATÓRIO.

A competência dos diversos órgãos do Tribunal firma-se pelos termos do pedido inicial, de acordo com o que dispõe o art. 103 do Regimento Interno. No caso dos autos, trata-se de ação de indenização por erro médico ajuizada contra médico da rede pública de saúde e contra o Município de Torrinha por gestante que, segundo alega, teve complicações decorrentes da demora na realização do parto, as quais resultaram na morte do recém-nascido e na retirada de seu útero.

De início, cumpre consignar que este Órgão Especial reconheceu a competência da Seção de Direito Privado para o julgamento de ações versando sobre erro médico embasadas no art. 951 do Código Civil, nos termos do que dispõe o art. 5º, I.24 da Resolução nº 923/13 deste Tribunal. Nesse sentido, vale mencionar os Conflitos de Competência nºs 0048785-08.2014.8.26.0000, Rel. VANDERCI ÁLVARES, j. 19.09.2014, e 0046265-75.2014.8.26.0000, Rel. XAVIER DE AQUINO, j. 08.10.2014. Embora os respectivos acórdãos tenham ressaltado que é irrelevante o fato de o polo passivo ser integrado por ente público ou privado, o que se verifica é que, ao contrário do que ocorre no caso concreto, aquelas ações foram ajuizadas apenas contra os hospitais conveniados

Acesso ao Sumário

do SUS.

No caso concreto, a autora ajuizou a ação contra o médico que a atendeu na rede pública, que ela afirma ter incorrido em erro médico, e contra a Municipalidade de Torrinha, por "não garantir o acesso aos serviços de saúde" (fl. 04), dada a "falta de infraestrutura mínima do Município para o atendimento necessário" (fl. 03).

É evidente que a responsabilidade civil do profissional tem embasamento no art. 951 do Código Civil, embora não conste da inicial a menção ao dispositivo. Por outro lado, não menos evidente é que a inclusão do Município no polo passivo tem fundamento na responsabilidade civil do Estado, ainda que isso também não tenha sido ressaltado de forma expressa na petição inicial.

A redação dada pela Resolução nº 648/14 ao art. 3º, I.7 da Resolução nº 623/13 já dispunha que é da Seção de Direito Público a competência para o julgamento de "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 [acidente de veículo]". O caso dos autos, reitere-se, versa exatamente sobre responsabilidade civil do Estado, o que firma a competência da Seção de Direito Público, nos termos daquele dispositivo.

Vale mencionar, nesse mesmo sentido, o julgamento do Conflito de Competência nº 0062875-84.2015.8.26.0000, Rel. Designado JOÃO CARLOS SALETTI, j. 16.12.2015, com a seguinte ementa:

> CONFLITO DE COMPETÊNCIA. Ação de indenização promovida contra Santa Casa e o médico assistente. Citação procedida na pessoa do Prefeito Municipal. Prefeitura Municipal que, em nome próprio, por ter assumido a entidade, contestou a causa. Demanda fundada na alegação de que o filho da autora faleceu dois dias após o parto lá realizado, por insuficiência respiratória aguda, fato que atribui à demora no atendimento e à negligência e despreparo do médico responsável. Responsabilidade civil decorrente de erro médico e na deficiência do serviço. Responsabilidade civil do Estado, neste caso do Município de Praia Grande. Irrelevante não ter sido retificado o polo passivo em primeira instância e a sentença nada ter referido, sendo acrescida a Municipalidade como apelante e corré na autuação apenas em Segundo Grau. Interesse jurídico da Prefeitura Municipal configurado. Hipótese dos autos que difere de outras em que a Santa Casa, como entidade particular de cunho beneficente, como de comum se observa, é acionada por ato médico por serviços lá prestados. **Figurando os entes estatais no polo passivo, acionados nessa qualidade, atraem fundamentos jurídicos de Direito Público ao julgamento, discutindo-se a responsabilidade civil do Estado que, por seus agentes, prestam serviço de forma**

Acesso ao Sumário

deficiente e eventualmente causam dano a terceiro. Competência atribuída à Seção de Direito Público (art. 3º, "I.7", da Resolução nº 623/2013, com a redação dada pela Resolução nº 648/2014). Conflito julgado procedente e competente a Câmara Suscitante (4ª Câmara de Direito Público) **(grifei).**

Tal entendimento foi reafirmado em precedente recente, o Conflito de Competência nº 0077857-06.2015.8.26.0000, Rel. SÉRGIO RUI, j. 02.03.2016, que versava sobre ação ajuizada contra a UNICAMP (autarquia) por erro médico praticado em seu hospital universitário.

Não bastasse isso, a recente Resolução nº 736/16 introduziu nova alteração no art. 3º, I.7 da Resolução nº 623/13, que passou a ter a seguinte redação de modo a por um fim definitivo à controvérsia:

I.7 – Ações de responsabilidade civil do Estado, compreendidas as decorrentes de ilícitos:

a. previstos no art. 951 do Código Civil, quando imputados ao Estado, aos Municípios e às respectivas autarquias e fundações;

b. (...);

Por fim, vale acrescentar que embora tenha adotado orientação diversa – minoritária – no primeiro precedente mencionado, altero meu entendimento para, diante das razões anteriormente expostas, dos dois precedentes mais recentes e da nova alteração do art. 3º, I.7, "a", da Resolução nº 623/13, declarar competente a Seção de Direito Público.

Por tudo isso, e considerando o disposto no art. 3º, I.7, "a" da Resolução nº 623/13, com a redação dada pela Resolução nº 736/16, entendo que a competência para o julgamento do recurso é da 4ª Câmara de Direito Público.

Pelo meu voto, conheço do conflito e declaro a competência da Colenda 4ª Câmara de Direito Público.

ACÓRDÃO

Acesso ao Sumário

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência nº 0004496-19.2016.8.26.0000, da Comarca de Barueri, em que é suscitante 12ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO, é suscitada 5ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "JULGARAM O CONFLITO PROCEDENTE E COMPETENTE UMA ENTRE AS CÂMARAS DA SEGUNDA E TERCEIRA SUBSEÇÃO DE DIREITO PRIVADO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO

ESTADO DE SÃO PAULO. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 29.258)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PAULO DIMAS MASCARETTI (Presidente sem voto), 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, NEVES AMORIM, BORELLI THOMAZ, JOÃO NEGRINI FILHO, SÉRGIO RUI, SALLES ROSSI, RICARDO ANAFE, ALVARO PASSOS, AMORIM CANTUÁRIA e ADEMIR BENEDITO.

São Paulo, 6 de abril de 2016.

XAVIER DE AQUINO, Relator

Ementa: CONFLITO DE COMPETÊNCIA AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE RELAÇÃO JURÍDICA DECORRENTE DA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO DE ENERGIA ELÉTRICA CUMULAÇÃO COM PEDIDO DE REPARAÇÃO DE DANOS MORAIS A Resolução nº 623/2013 conferiu às 11ª a 38ª Câmaras da Seção de Direito Privado a competência para julgamento de ações relativas a locação ou prestação de serviços, regidas pelo Direito Privado, inclusive as que envolvam obrigações irradiadas de contratos de prestação de serviços escolares e de fornecimento de água, gás, energia elétrica e telefonia Conflito procedente. Competência de uma das Câmaras da Segunda ou da Terceira Subseção de Direito Privado para o conhecimento e julgamento do recurso.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de conflito de competência suscitado pela 12ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo em face da 5ª Câmara de Direito Privado da Corte. Alega o suscitante cuidar-se de apelação tirada de ação declaratória de inexistência de relação jurídica c/c com pedido de danos morais proposta em face da Companhia Piratininga de Força e Luz que encaminhou o nome do Requerente, que nunca foi usuário dos serviços prestados pela Requerida, ao SCPC, causando-lhe constrangimento junto ao comércio. Acrescenta que distribuído o recurso à d. Câmara suscitada, houve

por bem o Relator, Desembargador Mônaco da Silva em não conhecer do apelo, determinando a redistribuição dos autos à Suscitante, ao fundamento de que, a matéria envolve responsabilidade civil de concessionária de serviço público.

Parecer da d. Procuradoria Geral de Justiça pela procedência do presente conflito.

É o relatório.

O conflito procede, sendo competente para julgamento uma entre as Câmaras da Segunda e Terceira Subseções do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

É conflito de competência suscitado pela 12ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo em face da 5ª Câmara de Direito Privado da Corte, alegando a d. Câmara suscitante cuidar-se de apelação tirada de ação declaratória de inexistência de relação jurídica c/c pedido de danos morais proposta em face da Companhia Piratininga de Força e Luz que encaminhou o nome do Requerente, que nunca foi usuário dos serviços prestados pela Requerida, ao SCPC, causando-lhe constrangimento junto ao comércio, sendo que, consoante afirmou a d. Câmara suscitada, 5ª Câmara de Direito Privado desta Corte, a matéria envolve responsabilidade civil de concessionária de serviço público, sendo a competência de uma das Câmaras de Direito Público deste Tribunal.

Sem razão, contudo.

Com efeito, consoante disciplina o Regimento Interno desta Corte, no seu artigo 103, *"A competência dos diversos órgãos do Tribunal firma-se pelos termos do pedido inicial, ainda que haja reconvenção ou ação contrária ou o réu tenha arguido fatos ou circunstâncias que possam modificá-la."*.

A Resolução nº 623/2013, no § 1º do seu artigo 5º, conferiu às 11ª a 38ª Câmaras da Seção de Direito Privado a competência para o exame das ações "relativas a locação ou prestação de serviços, regidas pelo Direito Privado, inclusive as que envolvam obrigações irradiadas de contratos de prestação de serviços escolares e de fornecimento de água, gás, energia elétrica e telefonia" (g.n.).

No caso presente, o Autor imputa à Requerida, Companhia Paulista de Força e Luz, responsabilidade objetiva amparando sua pretensão no art. 14 do Código de Defesa do Consumidor, objetivando ser ressarcido por danos morais diante do encaminhamento indevido de seu nome ao Serviço de Crédito e Proteção ao Consumidor – SCPC, decorrente de fraude, posto não ser o mesmo usuário dos serviços prestados pela ré.

A discussão, ainda que inexistente relação de prestador de serviços – usuário entre as partes envolvidas na demanda cinge-se a **contrato de prestação de serviços públicos** que, levado a efeito através de fraude de terceiros,

Acesso ao Sumário

culminou por imputar ao autor a pecha de mau pagador, encaminhando seu nome ao SCPC.

Como bem lançado no parecer da d. Procuradoria Geral de Justiça (fls. 128/133): "Destarte, a causa de pedir que fundamenta a pretensão inicial e principal é: **contrato de prestação de serviço público. 4.** Inolvidável que o autor-apelado motiva sua pretensão na inexistência de qualquer pacto, ou seja, de que inexistira qualquer convenção celebrada entre as partes, donde indevidos os débitos dele cobrados. Ocorre que, em verdade, a existência do contrato de prestação de serviços públicos é matéria relacionada ao mérito do pedido inicial, verdadeira causa de pedir, aqui, *a contrario sensu*, que motiva e justifica o pedido inicial e principal de inexistência de débito ou de cobrança indevida".

Portanto, a meu aviso, a competência para julgamento do recurso é de uma entre as Câmaras da Segunda e Terceira Subseção de Direito Privado, consoante o artigo 5º, § 1º da Resolução nº 623/2013 do Colendo Órgão Especial do Tribunal de Justiça.

Neste sentido, aliás, confira-se julgamento do CC nº 0082207-37.2015.8.26.0000, j. em 17 de fevereiro de 2016, Rel. o Desembargador MOACIR PERES, assim ementado:

> "CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA AÇÃO ANULATÓRIA DE DÉBITO DECORRENTE DA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO DE ENERGIA ELÉTRICA CUMULAÇÃO COM PEDIDO DE REPARAÇÃO DE DANOS MORAIS A Resolução nº 623/2013 conferiu às 11ª a 38ª Câmaras da Seção de Direito Privado a competência para julgamento de ações relativas a locação ou prestação de serviços, regidas pelo Direito Privado, inclusive as que envolvam obrigações irradiadas de contratos de prestação de serviços escolares e de fornecimento de água, gás, energia elétrica e telefonia Conflito procedente, com determinação. Competência de uma das Câmaras da Segunda ou da Terceira Subseção de Direito Privado para o conhecimento e julgamento do recurso."

Diante do exposto, julgo procedente o conflito, competente uma entre as Câmaras da Segunda e Terceira Subseção de Direito Privado deste Tribunal.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência nº 0011243-82.2016.8.26.0000, da Comarca de Mogi das Cruzes, em que é suscitante 13ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO, é suscitada 5ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "JULGARAM O CONFLITO PROCEDENTE E COMPETENTE A 5ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. V.U. IMPEDIDO O EXMO. SR. DES. BORELLI THOMAZ.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 29.260)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PAULO DIMAS MASCARETTI (Presidente sem voto), 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, NEVES AMORIM, JOÃO NEGRINI FILHO, SÉRGIO RUI, SALLES ROSSI, RICARDO ANAFE, ALVARO PASSOS, AMORIM CANTUÁRIA, ADEMIR BENEDITO e PEREIRA CALÇAS.

São Paulo, 4 de maio de 2016.

XAVIER DE AQUINO, Relator

Ementa: CONFLITO DE COMPETÊNCIA. AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS MORAIS E MATERIAIS, DECORRENTES DE ERRO MÉDICO NO TRATAMENTO DE NEOPLASIA, DURANTE ATENDIMENTO NO HOSPITAL-RÉU PELO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE – SUS. ARTIGO 951 DO CCB. RESOLUÇÃO Nº 736/2016 QUE DÁ NOVA REDAÇÃO AO ITEM I.7 DO ART. 3º DA RESOLUÇÃO Nº 623/2013, REMETENDO À SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO APENAS OS CASOS PREVISTOS NO ART. 951 DO CC "QUANDO IMPUTADOS AO ESTADO, AOS MUNICÍPIOS E ÀS RESPECTIVAS AUTARQUIAS E FUNDAÇÕES". ENTIDADE DE ASSISTÊNCIA PRIVADA – CONFLITO PROCEDENTE, COMPETENTE A C. CÂMARA SUSCITADA, 5ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO.

VOTO

Trata-se de conflito de competência suscitado pela 13ª Câmara de Direito Público deste Tribunal em face da 5ª Câmara de Direito Privado, tirado de agravo de instrumento contra decisão que deferiu tutela antecipada em ação de

Acesso ao Sumário

indenização por danos materiais e morais em decorrência de erro médico.

Alega a d. Câmara suscitante que na ação principal, colima a autora a responsabilidade civil dos agravados (corréus) nos termos dos arts. 186, 927, 949, 950 e 951, todos do Código Civil e também no Código de Defesa do Consumidor o que, ao teor do art. 103 do RITJSP, desloca a competência para a Primeira Subseção de Direito Privado, na medida em que o fato de prestar a requerida serviços para o SUS não é significativa de responsabilidade civil do Estado.

Parecer da d. Procuradoria Geral de Justiça pela procedência do conflito.

É o relatório.

Procede o conflito, competente a douta Câmara suscitada, 5ª Câmara de Direito Privado deste Tribunal de Justiça para processar e julgar o recurso.

Com efeito, cuida-se de conflito de competência suscitado pela 13ª Câmara de Direito Público deste Tribunal em face da 5ª Câmara de Direito Privado, tirado de agravo de instrumento contra decisão que deferiu tutela antecipada em ação de indenização por danos materiais e morais em decorrência de erro médico.

A d. Câmara suscitada, 5ª Câmara de Direito Privado, não conheceu do recurso, determinando a remessa dos autos a uma dentre a 1ª à 13ª Câmaras de Direito Público, amparada na Resolução nº 194/04, art. 2º, inc. II, "a" e do Provimento nº 7/2007 deste Tribunal, entendendo cuidar-se de ação de responsabilidade civil do Estado posto tratar a ação, basicamente, de erro médico-hospitalar decorrente de suposta omissão do agravante (hospital vinculado ao Sistema Único de Saúde – SUS) em agendar a cirurgia de mastologia que a agravada deveria se submeter.

Consoante disciplina o Regimento Interno desta Corte, no artigo 103, *"A competência dos diversos órgãos do Tribunal firma-se pelos termos do pedido inicial, ainda que haja reconvenção ou ação contrária ou o réu tenha arguido fatos ou circunstâncias que possam modificá-la."*.

Acesso ao Sumário

Neste passo, a Resolução nº 623/2013 da lavra do Colendo Órgão Especial desta Corte repartiu a competência entre as Seções do Tribunal de Justiça, disciplinando a competência da Primeira Subseção de Direito Privado *verbis*: "**Art. 5º.** A Seção de Direito Privado, formada por 19 (dezenove) Grupos, numerados ordinalmente, cada um deles integrado por 2 (duas) Câmaras, em ordem sucessiva, é constituída por 38 (trinta e oito) Câmaras, também numeradas ordinalmente, e subdividida em 3 (três) Subseções, assim distribuídas: (...) I – Primeira Subseção, composta pelas 1ª a 10ª Câmaras, com competência preferencial para o julgamento das seguintes matérias: 'I.24 - Ações e execuções relativas a responsabilidade civil do artigo 951 do Código Civil;'..."

Não obstante, no recente 30 de março de 2016, o Colendo Órgão Especial

desta Corte, objetivando tornar clara a competência das Seções de Direito Público e Privado quanto às ações de responsabilidade civil do artigo 951 do Código Civil, editou a Resolução nº 736/2016, que assim resolve, ***verbis***:

> *"**Art. 1º.** O item I.7 do art. 3º da Resolução nº 623/2013 passa a ter a seguinte redação:*
>
> ***"I.7 – Ações de responsabilidade civil do Estado, compreendidas as decorrentes de ilícitos:***
>
> ***a. previstos no art. 951 do Código Civil, quando imputados ao Estado, aos Municípios e às respectivas autarquias e fundações"***
>
> ***(...)***
>
> ***Art. 4º.** O item I.24 do art. 5º da Resolução nº 623/2013 passa a ter a seguinte redação:*
>
> *"**I.24** – Ações e execuções relativas a responsabilidade civil do art. 951 do Código Civil, salvo o disposto no item I.7 do art. 3º desta Resolução;".*

A autora-agravada postula, na ação que deu origem ao recurso de Agravo, a reparação de danos material e moral porque, acometida de neoplasia, fora atendida no **Instituto Brasileiro de Controle do Câncer – IBCC**, que tem a natureza jurídica de associação privada, através de convênio com o Sistema Único de Saúde – SUS, onde realizado procedimento cirúrgico que lhe acarretou inúmeras complicações físicas e psíquicas, daí ensejando os danos que pretende ver ressarcidos.

A causa de pedir decorre do atendimento médico do preposto do nosocômio requerido, cuidando-se, consoante se colhe do pedido inicial, de culpa concorrente quando "de forma equivocada, negligente, imprudente e antiética" não forneceram à paciente informações corretas, não dando entrada no pedido para liberação da cirurgia, cujo atraso na realização causou sequelas ao organismo da autora-agravante.

Consoante recente julgado deste Colendo Órgão Especial, Relator o Des. Moacir Peres, j. em 13 de abril de 2016, *verbis*:

> *"A Resolução nº 623/2013 foi recentemente alterada, passando a dispor, no seu artigo 3º, item I, que compete às 1ª a 13ª Câmaras da Seção de Direito Público a competência para o exame das 'ações de responsabilidade civil do Estado, compreendidas as decorrentes de ilícitos previstos no art. 951 do Código Civil, quando imputados ao Estado, aos Municípios e às respectivas autarquias e fundações' (item I.7, a).*
>
> *De outro lado, o artigo 5º da referida resolução determina que cabe à Primeira Subseção da Seção de Direito Privado, composta pelas 1ª a 10ª Câmaras, o julgamento das 'ações e execuções relativas a responsabilidade civil do art. 951 do Código Civil, salvo o disposto no item I.7 do art. 3º desta Resolução' (item I.24).*
>
> *Daí se conclui que, para a solução de conflitos de competência que envolvam a questão do erro médico, é necessário conhecer a natureza*

Acesso ao Sumário

jurídica do demandado. A natureza privada dos réus determina a competência da Seção de Direito Privado deste E. Tribunal; a pública, a da Seção de Direito Público.

No caso dos autos, trata-se de fundação privada (fls. 129). O fato de o atendimento ter sido prestado mediante convênio com o SUS não modifica a natureza jurídica da ré.

Por essa razão, aplica-se ao caso o disposto no artigo 5º da Resolução nº 623/13, e não a situação excepcional regulada pelo seu artigo 3º.".

Assim, em se tratando de entidade privada, ante as alterações da Resolução nº 623/2013, feitas pela Resolução nº 736/2016, julgo procedente o presente conflito, competente a 5ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO, para processar e julgar o recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência nº 0017118-33.2016.8.26.0000, da Comarca de Santos, em que é suscitante 10ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO, é suscitada 7ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "JULGARAM O CONFLITO PROCEDENTE E COMPETENTE A 7ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 23.193)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PAULO DIMAS MASCARETTI (Presidente sem voto), SALLES ROSSI, RICARDO ANAFE, ALVARO PASSOS, AMORIM CANTUÁRIA, ELCIO TRUJILLO, 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, NEVES AMORIM, BORELLI THOMAZ e JOÃO NEGRINI FILHO.

São Paulo, 18 de maio de 2016.

SÉRGIO RUI, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: Conflito de competência. Reparação civil. Ação declaratória que versa sobre contribuição haurida de vínculo associativo. Associação Policial de Assistência à Saúde – APAS. Pessoa jurídica de direito privado. Pretensão de cessação dos descontos da Taxa Cruz Azul. Alteração de Estatuto. Contribuição social deliberada em Assembleia despida de caráter compulsório. Competência que se inscreve no âmbito de atribuição das 1ª à 10ª Câmaras de Direito Privado. Inteligência do artigo 5º I.1 da Resolução nº 623/2013. Conflito procedente. Competência da 7ª Câmara de Direito Privado da Corte.

VOTO

Trata-se de conflito de competência suscitado pela 10ª Câmara de Direito Público em razão de a 7ª Câmara de Direito Privado considerar-se incompetente para conhecer e julgar recurso de apelação interposto contra a r. sentença de fls. 298/302, proferida, pelo douto magistrado da 5ª Vara Cível da Comarca de Santos, em ação declaratória cumulada com repetição de indébito e indenização manejada por Edina Cláudio Elisei em face da Associação Policial de Assistência à Saúde (APAS).

Fala-se em autora, pensionista da Polícia Militar do Estado de São Paulo, que angariou, sobre seus vencimentos, desconto de contribuição denominada Taxa Cruz Azul, haurida de vínculo associativo com a APAS para prestação de serviços médicos.

Distribuído o recurso à C. 7ª Câmara de Direito Privado – suscitada – alegou-se que: "Trata-se de ação declaratória cumulada com repetição de indébito e indenização em que a parte autora aduz, em síntese, que era descontado mensalmente do seu vencimento 2% a título de contribuição compulsória à Cruz Azul de São Paulo. Tal desconto foi considerado inconstitucional e proibido por decisão judicial. Entretanto, cessado o desconto compulsório, a entidade ré passou a efetuar a cobrança por conta própria. Entende a autora que o desconto é indevido. Pretende a interrupção da cobrança, a devolução dos valores indevidamente descontados e a reparação do dano moral. A presente controvérsia, portanto, é de natureza pública: o caso em análise gira em torno da pretensão de cessação do desconto da Taxa Cruz Azul".

Redistribuído o recurso à 10ª Câmara de Direito Público – suscitante – ponderou-se que o tema controvertido não diz respeito à matéria de Direito Público, "eis que fundada em relação contratual firmada entre as partes nesta demanda, enquanto particulares, sendo afeta à competência preferencial das 1ª a 10ª Câmaras de Direito Privado, nos termos do art. 5º, inciso I, item I.1, da

Acesso ao Sumário

Resolução nº 623/13: I – Primeira Subseção, composta pelas 1ª a 10ª Câmaras, com competência preferencial para julgamento das seguintes matérias: I.1 – Ações relativas a fundações de Direito Privado, sociedades, inclusive as paraestatais, associações e entidades civis, comerciais e religiosas;...".

Apontou-se, ainda, a natureza da Associação Policial de Assistência à Saúde – APAS, pessoa jurídica de direito privado, além de não versar a hipótese sobre filiação compulsória.

Destarte, suscitou-se o presente conflito negativo de competência.

A douta Procuradoria Geral de Justiça opinou pela procedência do conflito, reconhecendo-se a competência da 7ª Câmara de Direito Privado para processar e julgar o recurso de apelação.

É o relatório.

Pois bem.

A celeuma reflete obrigação de filiada aprovada em assembleia da Associação.

Nesse sentido:

"CONFLITO DE COMPETÊNCIA. Ação ordinária de condenação de obrigação decorrente de convenção – Ação movida por associação (APOMAS – Associação Policial Militar de Assistência à Saúde), com a pretensão de ver reconhecida a obrigação dos réus de 'repassarem os valores correspondentes das contribuições CBPM/CRAZ' à autora 'nas parcelas vincendas, condenando-os a pagarem os valores a mesmo título não descontados em suas folhas de pagamentos'. Pretensão fundada em obrigação do associado, prevista no estatuto da Associação. Fundada a pretensão em relação contratual (estatuto associativo, de natureza privada), e não se cuidando a matéria previdencial (seja privada ou pública), a matéria discutida no feito e a decidir é de caráter privado. Competência da Primeira Subseção de Direito Privado (art. 5º, I.1, da Resolução nº 623/13). Conflito julgado procedente, competente a Câmara suscitada (6ª Câmara de Direito Privado)" (TJSP, Órgão Especial, Conflito de Competência nº 0070158-61.2015.8.26.000, Rel. Des. João Carlos Saletti, j. em 11.11.2015).

Acesso ao Sumário

"COMPETÊNCIA – Ação declaratória de inexigibilidade de débito, ajuizada por associado contra associação civil (clube recreativo), de que filiado. Alegação de indevida cobrança da taxa de manutenção. Discussão da legitimidade de cobrança de despesa de manutenção por associação civil. Matéria recursal de competência da 1ª a 10ª Câmaras da Seção de Direito Privado deste TJSP (art. 5º, item I.1, da Resolução nº 623 do TJSP). Precedentes. RECURSO NÃO CONHECIDO." (TJ-SP – APL: 0004108-98.2012.8.26.0213, Relator: Roberto Mac Cracken, Data de Julgamento: 10/09/2015, 22ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 25/09/2015).

Por conseguinte, versando a questão sobre vínculo associativo, à Colenda Seção de Direito Privado da Corte está afeta a competência para julgamento do

recurso.

Cumpre anotar:

"ASSOCIAÇÃO – Cobrança de contribuição de servidor público estadual, policial militar – Sentença de procedência da ação, com condenação dos réus ao pagamento do repasse de valores de serviços assistenciais ambulatoriais e hospitalares. Associação voluntária do apelante. Não configuração de desconto compulsório, mas automático, decorrente da associação. Réu pode a qualquer momento se retirar da associação. Sentença mantida. Recurso não provido." (TJ-SP – APL: 0031298-77.2013.8.26.0576, Relatora: Fernanda Gomes Camacho, Data de Julgamento: 27/01/2016, 5ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 28/01/2016).

"Ação de cobrança de contribuição associativa – competência da 1ª à 10ª Câmaras da Seção de Direito Privado deste Tribunal por força da Resolução nº 194/2004 do Tribunal de Justiça – recurso não conhecido – determinação de redistribuição". (TJ-SP – APL: 0048135-59.2007.8.26.0564, Relator: Eros Piceli, Data de Julgamento: 16/07/2012, 33ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 20/07/2012).

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.1 de seu artigo 5º, conferiu às 1ª a 10ª Câmaras da Seção de Direito Privado a competência para o exame das "ações relativas a fundações de Direito Privado, sociedades, inclusive as paraestatais, associações e entidades civis, comerciais e religiosas".

Ademais, adverte-se:

"COMPETÊNCIA. Ação de indenização regressiva sobre indenização paga de veículo sinistrado de associado da autora, o qual não cumpriu sua obrigação estatutária de entregar o salvado e permanecer no quadro associativo por 12 meses. Demanda que envolve discussão sobre o vínculo associativo da ré e obrigações dele decorrentes. Matéria que se insere na competência das 1ª a 10ª Câmaras da Seção de Direito Privado do Tribunal. Aplicação do artigo 5º, itens I.1, I.28 e I.29 da Resolução nº 623/2013 do Colendo Órgão Especial. Recurso não conhecido, com determinação". (Apelação Cível nº 0025809-20.2013.8.26.0007, Voto nº 22.757, Des. Jacob Valente, 12ª Câmara de Direito Privado, j. 14.10.2015).

"Competência recursal. Associação civil. Ação de rescisão contratual c.c. devolução de quantias pagas, havendo reconvenção. A questão de fundo trata de restituição de contribuições associativas e não de honorários advocatícios. Competência recursal de uma das Câmaras entre 1ª e 10ª da Seção de Direito Privado deste Tribunal. Recurso não conhecido." (Apel. nº 0028304-32.2002.8.26.0004, Des. Campos Petroni, 27ª Câmara de Direito Privado, j. 26/11/2013).

Acesso ao Sumário

"Competência. Despesas associação de moradores. Clube. Cobrança. Ação relativa à arrecadação de contribuições para despesas comuns de manutenção das áreas comuns do empreendimento, regido por Estatuto – Discussão que não versa sobre despesas de condomínio – Competência preferencial, das Eg. 1ª a 10ª Câmaras de Direito Privado, conforme Provimento n° 194/04, do Órgão Especial do Eg. Tribunal de Justiça de São Paulo – Declinação de competência 'ex officio', determinando a redistribuição do feito para uma das Câmaras com competência preferencial do antigo Tribunal de Justiça (1ª a 10ª Câmaras da Seção de Direito Privado do Eg. TJSP) – Recurso não conhecido." (Apel. nº 9078184-36.2008.8.26.0000, Des. Júlio Vidal, 28ª Câmara de Direito Privado, j. 8/11/2011).

"COMPETÊNCIA RECURSAL – Cobrança de contribuição associativa – Matéria afeta a uma das dez primeiras Câmaras da Seção de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo – Resolução n° 194/2004 – Recurso não conhecido, determinada redistribuição." (Apel. n° 0011676-24.2008.8.26.0564, 33ª Câmara de Direito Privado, Des. Sá Duarte, j. 05/09/2011).

Por conseguinte, a decisão de conflito envolvendo questão dessa classe deve se orientar pela regra da Resolução nº 623/2013 – item I.1 do artigo 5º, culminando com a competência da 7ª Câmara de Direito Privado para o julgamento do recurso afeto à ação **sub judice**.

Nesse sentido:

"Conflito de competência – Ação cominatória cumulada com repetição de indébito e indenização por dano moral – Obrigação do associado quanto às despesas aprovadas em assembleia da associação - Conflito de interesse que envolve questão eminentemente de interesse privado – Lide não integrada por pessoa jurídica da administração pública – Matéria que não se relaciona àquelas de competência da Seção de Direito Público – Competência da Seção de Direito Privado – Resolução nº 623/13 (art. 5º, inciso I.1) – Precedentes da própria seção de direito privado – Competência da câmara suscitada (8ª Câmara de Direito Privado) – Conflito procedente". (Conflito de Competência n. 0050546-40.2015.8.26.0000, Relator Desembargador: NEVES AMORIM, j. em 21.10.2015).

Por tais razões, julga-se procedente o conflito, declarando-se competente para conhecer e julgar o recurso de apelação interposto a Colenda 7ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Acesso ao Sumário

CÂMARA ESPECIAL

Agravos de Instrumento

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2153702-10.2015.8.26.0000, da Comarca de Diadema, em que é agravante Municipalidade de Diadema, é agravado G.S.M. (MENOR).

ACORDAM, em Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Por maioria, negaram provimento ao recurso. Vencido o Relator sorteado com declaração. Acórdão com o 2º Juiz.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 37.293)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ADEMIR BENEDITO (VICE-PRESIDENTE) (Presidente sem voto), RICARDO DIP (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO), vencedor, ISSA AHMED, vencido e SALLES ABREU (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO CRIMINAL).

São Paulo, 14 de março de 2016.

RICARDO DIP, Relator Designado

Ementa: FISIOTERAPIA. CUSTEIO PELO PODER PÚBLICO. TUTELA ANTECIPADA.

– Prova inequívoca, para os fins de tutela de urgência, é prova de sentido uníssono, que, *prima facie*, não se mostra, por si só, controversa. Não é, contudo, prova absolutamente imunizada de confronto.

– No espectro de uma indicada situação de risco à saúde ou de um detrimento à qualidade da própria existência corporal, a cautelaridade há de prevenir, no confronto de bens jurídicos, o de mais valia, qual o objeto amplo do direito fundamental à vida: *in dubio pro vita*.

Não provimento do agravo.

Acesso ao Sumário

VOTO

RELATÓRIO:

1. A Municipalidade de Diadema manejou agravo contra o *decisum* que, nos autos de ação de obrigação de fazer ajuizada por G.S.M., menor representado por sua mãe, concedeu tutela antecipada para que a ora agravante custeie os tratamentos fisioterápicos pleiteados, sob pena de multa diária de R$ 200,00.

2. Alega a Municipalidade, em resumo, ausência dos requisitos autorizadores do deferimento da tutoria antecipada (*fumus boni iuris* e *periculum in mora*), pleiteando, subsidiariamente, a majoração do prazo de cumprimento da medida.

3. Deferiu-se o efeito suspensivo (*e*-págs. 64-5), vindo aos autos a resposta ao recurso (*e*-págs. 74-7), opinando a Procuradoria Geral de Justiça pelo provimento em parte, para conceder o prazo de 30 dias para cumprimento da obrigação (*e*-págs. 90-2).

É o relatório do necessário.

VOTO:

4. De partida, no tocante com a competência para apreciação do vertente feito, postergo meu entendimento pessoal no sentido de que a competência da Vara da Infância e Juventude e, no plano da distribuição interna da própria Corte, a competência da egrégia Câmara Especial somente são convocáveis diante da presença de **situação de risco** – em contraste com o amparo normal familiar que se conceda ao menor, circunstância não presente na espécie.

Faço-o em homenagem ao entendimento majoritário desta Câmara Especial.

5. Adriano de CUPIS, no merecidamente clássico *I Diritti della personalità*, lecionou que a tutela complementar da vida, da integridade física e da saúde reclama a garantia dos meios econômicos e financeiros idôneos a prover os cuidados necessários à preservação ou reintegração desses bens da personalidade, e observou que o Estado se obriga a assegurar o fornecimento desses meios para tornar possível a gratuidade da cura dos necessitados (Milão: Dott. Giuffrè, 1973, p. 148).

Acesso ao Sumário

Nossa Constituição Federal, em seu art. 196, afirmou que:

> "A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação".

A jurisprudência dos Tribunais superiores, a despeito de que dissidie quanto à natureza da norma inscrita no art. 196 da Constituição Federal de 1988, vale dizer, se norma de **eficácia contida** (ou restringível) ou se norma **programática**, é consensual em que se aplique ela de imediato, pois, ainda a

entender-se **programática**, essa norma

> "não pode converter-se em promessa constitucional inconsequente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado" (AgR no RE 271.286-STF, j. 12-9-2000).

O fato de haver, irrecusavelmente e de comum, um déficit não só restritamente normativo mas, assim o advertiu Sérvulo CORREIA, um déficit de proteção normativa da saúde, não exclui a necessidade de que se assegure de logo a proteção correspondente:

> "A inexistência ou insuficiência de normas jurídicas escritas (afirmou o professor de Lisboa) não dispensa o juiz de descobrir e aplicar o Direito" ("Introdução ao Direito da Saúde", *in* VV.AA. *Direito da saúde e bioética*. Lisboa: Lex, 1991, p. 45).

Não faltaria até quem preferisse uma propositada lacuna legislativa nesse tema (cf . a paradigmática reflexão epilogal – com o impressivo título "Faut-il légiférer?" – a que se lançou FRANCE QUERÉ , *in L'éthique et la vie*. Paris: Odile Jacob, p. 325-32). Todavia, é avistável, sobretudo em Estados nos quais, por força de suas dimensões territorial e pessoal, avulte a polaridade no Poder Judiciário (brevitatis causa, GOMES Canotilho. *Direito constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Almedina, 2000, p. 578), o inevitável risco de a lacuna de leis superar-se judicialmente em desarmonia variada com os critérios que de comum se propõem à consideração prudencial do **legislador**: a saber, articulações entre o social, o político e o jurídico, ou mais agudamente entre a ciência, a ética e o direito (como fez ver MARIE-THÉRÈSE MEULDERS-KLEIN, "La production de normes em matière bioéthique", *in* VV.AA.. *De la bioéthique au bio-droit*. Paris: direção de Claire Neirinck, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1994, p. 43).

De toda a sorte, os **direitos fundamentais** – entre os quais se conta o **direito de ser assistido na enfermidade** (cf. PEREZ. Rafael Gomez. *El libro de los derechos*. Madri: El Drac, 1995, p. 72), como direito imediatamente derivado do **direito à vida** (BLÁZQUEZ. Niceto. *Los derechos del hombre*. Madrid: BAC, 1980, p. 114 *et sqq.*) – exigem o **direito de jurisdição** (COLAUTTI. Carlos. *Derechos humanos*. Buenos Aires: Universidad, p. 93-5), a ponto mesmo de afirmar-se que, em muitas ocasiões, sua tutela "se identifique com os instrumentos de sua proteção judicial" (LUÑO, Antonio Enrique Perez. *Los derechos fundamentales*. Madri: Tecnos, 1995, p. 80). A esse propósito, é de Agustín GORDILLO a gráfica referência de a privação de justiça generalizada para a tutela dos direitos humanos equivaler ao testemunho de que "o rei está nu" (VV.AA. *Derechos humanos*. Buenos Aires: Fundación de Derecho

Acesso ao Sumário

Administrativo, 1998, p. VII-1).

É de Jorge MIRANDA este registro:

> "Por definição, os direitos fundamentais têm de receber, em Estado de Direito, protecção jurisdicional. Só assim valerão inteiramente como direitos, ainda que em termos e graus diversos consoante sejam direitos, liberdades e garantias ou direitos económicos, sociais e culturais" (*Manual de direito constitucional*. Coimbra: ed. Coimbra, 1998, tomo IV, p. 232).

6. Versam os autos demanda de obrigação de fazer ajuizada por menor contra a Municipalidade de Diadema, visando ao **custeio de tratamentos fisioterápicos** indicados para a continuidade do desenvolvimento do suplicante, portador de paralisia cerebral (diparesia espástica).

O relatório médico juntado na ação referencial informa que o menor já realiza fisioterapia neurológica no Instituto de Assistência Médica ao Servidor Público Estadual – Iamspe uma vez por semana, locomovendo-se por meio de cadeira de rodas e utilizando andador durante o tratamento.

A Médica assistente noticia, ainda, que teve o demandante melhora significativa desde o início da fisioterapia, indicando possível prognóstico de marcha domiciliar caso seja o menor submetido a outros métodos terapêuticos – fisioterapia motora intensiva e regular com método therasuit/pediasuit, fisioterapia neurológica aplicada, cuevas medeck, equoterapia, método neuroevolutivo Bobath, terapia ocupacional com método Bobath e therapy taping. Assevera, contudo, que os recursos do Iamspe são **insuficientes** para permitir essa evolução do autor (*e*-pág. 35 – Médica Beatriz Federmann, CRM 139.892).

Recolhe-se dos autos que o requerente também faz tratamento na Associação de Assistência à Criança Deficiente – Aacd, havendo indicação de que "**a ausência de estímulos motores causará grandes danos físicos como atrofias musculares, osteopenia, osteoporose e déficit nas funções motoras**" (*e*-págs. 36-7 – Médica Claudia Nakamura, CRM 87.341, e Fisioterapeuta Noelia Barbosa de Oliveira, Crefito 3-32.248-F).

7. As provas juntadas aos autos de referência até o momento – além dos relatórios mencionados, há também laudos de exames laboratoriais – **indiciam a necessidade imediata** das terapias almejadas, sob pena de **prejudicar-se o desenvolvimento da criança** ou mesmo **regredir** de seu progresso.

Por outro lado, a Municipalidade recorrente não trouxe provas bastantes para desautorizar a prescrição da Médica assistente, prescrição que, **ao menos nesta fase processual**, deve prevalecer sobre a resistência da suplicada.

Isso porque, **neste momento do processo**, o profissional técnico assistente é quem detém, *ut in pluribus*, um conhecimento mais próximo e profundo acerca

das condições do autor e, portanto, maior capacidade de avaliar quais são suas necessidades.

Suficientes os documentos juntados aos autos para justificar, assim, a concessão da tutela de urgência.

Prova inequívoca, para os fins de tutela de urgência, é prova de sentido uníssono, que, *prima facie*, não se mostra, por si só, controversa. Não é, contudo, prova absolutamente imunizada de confronto.

Ressalta-se que o autor, em suas contrarrazões, **não se opôs à realização de perícia no curso do processo**, aduzindo que o orçamento acostado à inicial visa apenas a comprovar o alto custo do tratamento, **não veiculando pretensão de que seja a fisioterapia realizada em clínica específica**.

8. No plano, por fim, de uma indicada situação de risco à saúde ou de um detrimento à qualidade da própria existência corporal, a cautelaridade há de prevenir, no confronto de bens jurídicos, o de mais valia, qual o objeto amplo do direito fundamental à vida: *in dubio pro vitā*.

9. No tocante com o prazo para cumprimento da medida de urgência, em que pese ao r. *decisum* agravado determinar o "imediato fornecimento" das terapias, fixou que a multa cominatória somente incida a partir do 31º após a intimação da Municipalidade agravante.

A razoabilidade deste prazo é corroborada pelo parecer da Procuradoria Geral de Justiça, cabendo, portanto, manter a r. decisão recorrida.

POSTO ISSO, pelo meu voto nego provimento ao agravo tirado pela Municipalidade de Diadema, mantendo a r. decisão proferida nos autos de origem n. (...) da Vara do Júri, da Infância, da Juventude e do Idoso da Comarca de Diadema.

É como voto.

DECLARAÇÃO DE VOTO VENCIDO

(Voto nº 5171)

Com o devido respeito, ousei discordar da douta maioria e, pelo meu voto, dava provimento ao agravo, com a seguinte declaração:

O julgamento do recurso se limita ao exame da presença ou não dos requisitos autorizadores da antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional, vedado o exame da matéria de fundo do feito originário, sob pena de supressão de grau de jurisdição.

Nos termos do artigo 273, *caput* e inciso I, do Código de Processo Civil de 1973, vigente ao tempo do julgamento, a concessão da tutela de urgência tem como pressupostos o *fumus boni iuris* – a aparência do bom direito, ou seja, a

Acesso ao Sumário

plausibilidade do direito invocado pelo agravado (num primeiro juízo, de mera verossimilhança); bem como o fundado receio de que uma das partes ocasione, antes do julgamento da lide, lesão grave ou de difícil reparação ao direito da outra (*periculum in mora*).

Com efeito, da leitura dos autos não se extrai a presença dos requisitos acima elencados. Ausentes a fumaça do bom direito e o *periculum in mora*.

Como já asseverado por esta C. Câmara Especial (**confira-se, a respeito, v. acórdão desta relatoria, prolatado no recurso de apelação nº 0076451-98.2012.8.26.0114, julgado em 23/02/2015, votação unânime**), ainda que a Constituição Federal, em seus artigos 196 e 198, inciso II, expressamente garanta a todos o direito universal, igualitário e integral à saúde, e em caráter prioritário em se tratando de crianças e adolescentes (art. 227, CF), *"Isso não significa, contudo, que a extensão do direito à saúde corresponda ao desejo à saúde idealizada por cada indivíduo, cabendo ao Poder Judiciário, no caso concreto, verificar qual a amplitude desse direito"*.

Logo, por ser alternativo o tratamento fisioterapêutico pelo método "Therasuit" postulado pelo agravado, sua melhor eficácia frente às terapias padronizadas e de igual finalidade já regularmente oferecidas no Sistema Único de Saúde, a justificar seu eventual custeio pelo Poder Público, depende de aprofundada avaliação em fase de dilação probatória.

E, além disso, o agravado já está realizando tratamento fisioterápico convencional na AACD e no IAMSPE, tendo obtido melhora significativa, conforme informações que constam nos autos.

Portanto, não preenchidos os requisitos necessários à antecipação da tutela jurisdicional, deve ser reformada a r. decisão vergastada.

Desta forma, pelo meu voto, **DAVA PROVIMENTO AO RECURSO**, para revogar a antecipação dos efeitos da tutela recursal.

ISSA AHMED, Relator sorteado vencido

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2247507-17.2015.8.26.0000, da Comarca de Indaiatuba, em que é agravante G.A.P. (MENOR), é agravado DIRETOR DO SERVIÇO SOCIAL DA INDÚSTRIA – SESI.

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 35466)**

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, 11 de abril de 2016.

LUIZ ANTONIO DE GODOY, Relator e Presidente da Seção de Direito Privado

Ementa: Agravo de instrumento – Mandado de segurança – Indeferimento do pedido de liminar visando à disponibilização de vaga na mesma série e sala de aula de irmão gêmeo na Rede Escolar SESI - Alegação de violação de direito líquido e certo – Não preenchimento dos requisitos para o deferimento da liminar – Instituição particular de ensino – Possibilidade de fixação de critérios próprios para ingresso de alunos, observados os limites legais e constitucionais aplicáveis à espécie – Instrução de serviço que assegura matrícula de irmão gêmeo, desde que não ultrapasse o limite de vagas disponíveis – Não demonstrada a existência de vaga excedente na hipótese – Decisão mantida – Agravo desprovido.

VOTO

Vistos,

Trata-se de agravo de instrumento tirado contra a r. decisão reproduzida a fls. 11 que em mandado impetrado por G.A.P. (menor) contra o Diretor do Serviço Social da Indústria – SESI, indeferiu a liminar visando a disponibilização de vaga na mesma série e sala de aula que sua irmã gêmea na rede escolar SESI (fls. 13).

Sustenta o agravante que ele e sua irmã gêmea se candidataram a vagas em escola mantida pelo SESI para o ano letivo de 2015 e, após a desistência de dois candidatos, apenas a segunda foi chamada para preencher uma das vagas. Relata que solicitado à Rede Escolar SESI a disponibilização da outra vaga ao impetrante, nos termos da instrução de serviço IS 01/2014, que fixa critérios para ingresso de alunos no 1º ano do ensino fundamental naquele estabelecimento, não teve seu pleito atendido, uma vez que a outra vaga foi disponibilizada a terceiro. Afirma ter sido desrespeitado o regulamento do SESI e o direito à educação, bem como alega que a distanciamento de sua irmã lhe gerou transtornos e, ainda, onerou sua família. Assevera estarem presentes os

Acesso ao Sumário

requisitos para a concessão da liminar para que lhe seja assegurada vaga na mesma sala de sua irmã gêmea no estabelecimento de ensino mantido pelo SESI.

Foi indeferido o pedido de antecipação da tutela recursal (fls. 117).

O recurso foi respondido (fls. 122/131), seguindo-se parecer da D. Procuradoria Geral de Justiça pelo desprovimento do recurso (fls. 133/134).

É o relatório.

Anote-se, de início, que a decisão liminar (de deferimento ou indeferimento da pretensão) somente deverá ser reformada se eivada de flagrante ilegalidade ou abuso de poder. É o que diz a sábia jurisprudência: *"A liminar como ato judicial entregue à livre convicção e prudente discrição do julgador só merece reparos quando entremostra flagrante ilegalidade ou abuso de poder"* (REsp. nº 85.916-RJ, 2ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, v. un., Relª Minª Nancy Andrighi, em 15/2/00, DJ de 26/6/00, pág. 140). Também já foi decidido que *"somente em casos excepcionais ou de decisão desprovida de razoabilidade ou teratológica abre-se ensejo à desconstituição de liminar proferida sob as alvíssaras dos seus pressupostos ou requisitos estadeados na lei de regência"* (REsp. nº 82.455-MG,1ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, v. un., Rel. Min. Milton Luiz Pereira, em 12/11/96, DJ de 9/12/96, pág. 49207).

No caso em exame, ao contrário do que argumenta o impetrante, não se vislumbram presentes os requisitos para a concessão da ordem em caráter liminar.

Tratando-se de instituição particular de ensino, é possível que esta estabeleça de critérios próprios para a admissão de alunos, inclusive relativos a disponibilização de vagas a irmãos, desde que observados os limites legais e constitucionais aplicáveis à espécie.

A mencionada instrução de serviço IS 01/2014 "fixa critérios para o ingresso de alunos no 1º ano do EF na Rede Escolar SESI-SP" e dispõe expressamente que, "Havendo inscrição de irmãos para o mesmo ano na mesma Unidade Escolar, sendo um sorteado, o(s) outro(s) terá(ão) direito à outra(s) vaga(s), desde que não ultrapasse(m) o limite estabelecido de vagas disponíveis" (fls. 44).

Acesso ao Sumário

Assim, cabia ao impetrante, ora agravante, comprovar de plano a existência de vaga excedente e a não observância da ordem do sorteio realizado.

Contudo, esta comprovação não veio aos autos.

Inexiste prova, portanto, de que o agravante tenha sido preterido em seu alegado direito à mencionada vaga.

Não demonstrada inequivocamente a plausibilidade do direito por ele alegado, era mesmo de rigor o indeferimento liminar da segurança.

Ressalte-se, por fim, que *"O deferimento de liminar, é providência*

meramente cautelar, outorgada pro tempore à parte, com finalidade de evitar danos futuros ou facultar exame mais ponderado da pretensão deduzida. Seu deferimento não implica no acolhimento do mérito, nem sua revogação pode inquinar de nula a decisão final" (RHC nº 109-RJ, 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, v. un., Rel. Min. Cid Flaquer Scartezzini, em 4/10/89, DJ de 23/10/89, pág. 16199). O mesmo raciocínio adota-se em caso de indeferimento liminar da medida postulada.

De qualquer forma, o juízo definitivo sobre a matéria será efetuado em sentença pelo Juiz de Direito. Por ora, no entanto, a r. decisão guerreada merece subsistir, por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Isto posto, pelo meu voto, nega-se provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2002875-50.2016.8.26.0000, da Comarca de Sorocaba, em que é agravante Fazenda do Estado de São Paulo, é agravada I.P.F. (MENOR).

ACORDAM, em Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao agravo de instrumento. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 38.123)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ADEMIR BENEDITO (VICE-PRESIDENTE) (Presidente) e XAVIER DE AQUINO (DECANO).

São Paulo, 18 de abril de 2016.

SALLES ABREU, Relator e Presidente da Seção de Direito Criminal

Ementa: Agravo de Instrumento. Decisão que determinou à Fazenda do Estado o fornecimento de medicamentos a adolescente com distúrbios hormonais. Alegação de incompetência absoluta do Juízo da Infância e da Juventude. Pedido de remessa do feito a uma das Varas da Fazenda Pública da Capital. Inadmissibilidade. Em mandado de segurança, a competência é estabelecida de acordo natureza da autoridade coatora e a sua sede funcional. Unidades administrativas descentralizadas dos órgãos estatais funcionam como extensões da unidade principal,

Acesso ao Sumário

possuindo as mesmas atribuições. Competência da Vara da Infância e da Juventude local, nos termos dos artigos 148, inciso IV, 209, ambos do Estatuto da Criança e do Adolescente. Recurso a que se nega provimento.

VOTO

Cuida-se de **agravo de instrumento**, com pedido de efeito ativo, interposto pela Fazenda do Estado de São Paulo contra decisão proferida nos autos do mandado de segurança impetrado por I.P.F., que afastou a alegação de incompetência absoluta, por entender competente para fornecer medicamentos hormonais de crescimento a impetrante a unidade regional da Secretaria Estadual de Saúde de Sorocaba. Busca a agravante a suspensão do "mandamus" e a remessa do feito a uma das varas da Fazenda Pública da Capital (fls. 1/5).

Negado o efeito ativo (fls. 60 e 61) e prestadas informações (fls. 65/66), opinou a D. Procuradoria Geral de Justiça pelo não provimento do agravo (fls. 69/72).

É o relatório.

A r. decisão não comporta reparo.

Em se tratando de mandado de segurança, a competência é estabelecida de acordo natureza da autoridade coatora e a sua sede funcional.

Nesse sentido, ao afastar a arguição de incompetência formulada pela recorrente, o Juízo "a quo", acertadamente, asseverou que: **"a atuação da Secretaria de Saúde é descentralizada através de suas regionais"** (fls. 53).

E, com efeito, as unidades administrativas descentralizadas dos órgãos estatais funcionam como extensões da unidade principal, possuindo as mesmas atribuições.

Portanto, não há que se cogitar em competência absoluta da Vara da Fazenda Pública da Capital, como pretendeu a agravante.

Além disso, a agravada é adolescente e reside em Sorocaba, razão porque, nos termos dos arts. 148, inc. IV, e 209, ambos do Estatuto da Criança e do Adolescente, a matéria é de competência absoluta do Juízo da Vara da Infância e da Juventude daquela comarca.

Esse é o entendimento desta C. Câmara Especial:

"APELAÇÃO. Mandado de Segurança. Fornecimento de medicamentos e insumos médicos. Situação que insere no âmbito de competência da justiça especializada. Incompetência absoluta do Juízo da Fazenda Pública. Nulidade reconhecida. Determinação de remessa dos autos para Vara competente para o processamento e

Acesso ao Sumário

julgamento de feitos relativos à matéria da Infância e da Juventude" (TJSP – Câmara Especial – Apelação nº 0016457.45.2011.8.26.0577 – Relator Desembargador Antônio Carlos Tristão Ribeiro – julgado em 10/06/2013).

Ante o exposto, pelo meu voto **nega-se provimento** ao agravo de instrumento.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2183986-98.2015.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante C.C.V., é agravado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Por maioria, negaram provimento ao recurso. Vencido o Relator sorteado com declaração. Acórdão com o 2º Juiz.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 38.844)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ADEMIR BENEDITO (VICE-PRESIDENTE) (Presidente sem voto), RICARDO DIP (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO), vencedor, ISSA AHMED, vencido e SALLES ABREU (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO CRIMINAL).

São Paulo, 16 de maio de 2016.

RICARDO DIP, Relator Designado e Presidente da Seção de Direito Público

Ementa: ACOLHIMENTO INSTITUCIONAL.

– 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 do agravo.

Acesso ao Sumário

VOTO

RELATÓRIO:

1. C.C.V., mãe da criança A.K.V.S. (nascida em (...) – e-pág. 18), que foi acolhida institucionalmente desde maio de 2014 (e-pág. 36), interpôs recurso de agravo (e-págs. 1-6) contra r. decisão (e-págs. 62) que, nestes autos, determinou a imediata colocação da menor em família substituta.

2. Sustenta a ora recorrente, em suma, que não foram esgotados os meios para inserir a infante no seio da família natural. Aduz que é prematura a decisão de colocar a menor em família substituinte.

3. Deferiu-se o pedido de eficácia recursal suspensiva (e-págs. 62-3), vindo aos autos informações da origem (e-págs. 75-7), opinando a douta Procuradoria Geral de Justiça pelo não provimento do recurso (e-págs. 141-3).

É o relatório.

VOTO:

4. Ataca-se r. decisão que determinou a consulta aos cadastros de adoção, para fins de colocação de criança em família substituta, em pretensão, ajuizada em maio de 2014, referindo-se que os pais da menor A.K.V.S., nascida em (...) e acolhida institucionalmente desde maio de 2014, não reuniam condições para cuidar dela.

Narra, ainda, que a criança foi submetida à instituição de acolhimento em razão de a mãe, usuária de entorpecentes, negligenciar os cuidados à filha. Apesar da institucionalização, ela sempre conviveu com a filha. Tampouco foram esgotados os meios para inserção da infante em família natural.

5. Há indicações bastantes nos autos que persuadem do acerto da r. decisão de origem, no sentido de que há indícios do abandono material, moral e intelectual da menor, o que autoriza e recomenda a decretação de medidas preparatórias para a colocação em família substituta, nos termos dos incisos II e IV do art. 100 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

A consciência da antijuridicidade do abandono implícita-se no próprio fato omissivo, suposto, como é da espécie, que seja ele de conhecimento ordinário por exigível a conduta oposta.

Acesso ao Sumário

6. Mediando acompanhamento da família da menor, verifica-se que a mãe não persistiu no compromisso de aderir ao tratamento para drogadição, bem como comparecia à visitação, em unidade de acolhimento, sob efeito de álcool (audiência concentrada – e-págs. 114-5, relatório – e-págs. 124-6), e os estudos técnicos indicam a falta de condições, da mãe da infante, para o cuidado regular da filha (e-págs. 101-6, 107-9, 119-20, 127-9). Consta que o pai foi citado em cartório (e-pág 101) e não demonstrou interesse em assumir a guarda. A avó materna declarou que não tinha condições de assumir os cuidados da neta (e-págs. 130-2).

A menor está acolhida há dois anos, sem progresso do núcleo familiar, situação que não pode se prolongar por tempo indeterminado. Registra-se que o relatório de atendimento e o estudo psicossocial, realizados em junho de 2015, sugeriram a colocação da infante em família substitutinte (e-págs. 130-2).

Verifica-se que foram adotados esforços, à exaustão, para a manutenção, da menor, no seio da família natural, e para auxiliar, sem adesão, a mãe na estruturação de sua vida. Visando ao princípio da proteção integral e dos superiores interesses da criança preconizados pela Lei n. 8.069/90 (de 13-7), deve, a meu ver, confirmar-se a r. decisão.

Na mesma trilha, a admitir a excepcional inserção em família substituta, antes do trânsito em julgado da destituição do poder familiar, são as decisões desta Corte, a título exemplificativo: Ag. 2101266-11.2014 – Rel. Des. AIRTON PINHEIRO DE CASTRO J. 13.10.2014; Ag. 2106604-63.2014 – Rel. Des. PINHEIRO FRANCO J. 13.11.2014; Ag. 097803-27.2015 – Rel. Des. WALTER BARONE J. 19.10.2015.

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.

NOS TERMOS EXPOSTOS, meu voto nega provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2210227-12.2015.8.26.0000, da Comarca de Jaboticabal, em que é agravante M.F.S. (MENOR), é agravado Prefeito do Município de Jaboticabal.

ACORDAM, em Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 39.440)**

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, 6 de junho de 2016.

ADEMIR BENEDITO, Vice-Presidente e Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: Agravo de instrumento – matrícula de menor em creche próxima à sua residência, em período integral – vaga não concedida – inadmissibilidade – inteligência do artigo 208, IV, da Constituição Federal, e do artigo 53, IV, do Estatuto da Criança e do Adolescente – recurso provido.

VOTO

Trata-se de agravo de instrumento, com pedido de antecipação dos efeitos da tutela recursal, interposto pela menor M.F.S. contra a decisão proferida pelo MM. Juiz Jorge Luís Galvão, da Vara da Infância e Juventude de Jaboticabal, que, em mandado de segurança, indeferiu o pedido liminar de concessão de vaga em creche à agravante.

Sustenta que a vaga pretendida constitui direito fundamental indispensável à boa formação e educação da menor. Alega que compete ao Município agravado disponibilizar a vaga independente de lista de espera por tratar-se de direito líquido e certo da agravante.

Requer a antecipação da tutela para determinar a disponibilização da vaga em período integral em creche da rede pública municipal ou particular conveniada localizada o mais próximo possível da residência da menor, ou, alternativamente, o custeio em creche particular até a disponibilização da vaga em unidade pública e, ao final, sua confirmação (fls. 1/8).

Deferida a antecipação dos efeitos da tutela (fls. 40/42), não foram apresentadas contrarrazões (fls. 51). A Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo provimento do recurso (fls. 53/55).

É o relatório.

O documento de fls. 26 demonstra que a criança está na faixa etária correspondente à vaga pretendida e, encontra-se em lista de espera (fls. 27/29).

A obrigação de disponibilizar gratuitamente vaga em creche próxima à residência da menor 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.

Dispõe a Constituição Federal, ainda, que os Municípios atuarão prioritariamente no ensino fundamental e na educação infantil, assegurando atendimento em creche e pré-escola às crianças de zero a cinco anos.

Nesse sentido a súmula 63 deste Tribunal:

"É indeclinável a obrigação do Município de providenciar imediata vaga em unidade educacional a criança ou adolescente que resida em seu território".

Acesso ao Sumário

Assim, nem mesmo eventual insuficiência de vagas pode impedir que as crianças exerçam seu direito à educação, pois se trata de direito fundamental que, em princípio, não pode ser condicionado pelo administrador.

Incumbe ao administrador prover o necessário para garantir o atendimento de creche e pré-escola, adequando o orçamento à demanda local e priorizando o acesso à educação.

As normas constitucionais relativas à educação possuem eficácia plena e aplicação imediata. Portanto, a intervenção do Judiciário a fim de assegurar a efetividade dessas normas não caracteriza indevida intromissão no âmbito de atuação de outro Poder, pois apenas cumprida a obrigação constitucional de prestar a tutela jurisdicional e compor litígios.

Nesse sentido dispõe a súmula 65 deste Tribunal:

"Não violam os princípios constitucionais da separação e independência dos poderes, da isonomia, da discricionariedade administrativa e da anualidade orçamentária as decisões judiciais que determinam às pessoas jurídicas da administração direta a disponibilização de vagas em unidades educacionais ou o fornecimento de medicamentos, insumos, suplementos e transporte de crianças ou adolescentes".

Frisa-se, ainda, que, salvo nos casos em que haja indícios de abuso ou fraude, o que não ocorre no caso dos autos, se a agravante se valeu do Poder Judiciário buscando a obtenção de vaga, presume-se a negativa administrativa.

Por fim, basta que o Município providencie vaga em unidade próxima à residência da criança para que sua obrigação esteja cumprida. Entende-se como próxima a instituição de ensino localizada até dois quilômetros da residência da menor.

Dessa forma, de rigor a reforma da decisão agravada.

Do exposto, dá-se provimento ao agravo para determinar a imediata matrícula da menor M.F.S. em creche que se localize até dois quilômetros de sua residência, em período integral, ratificada a liminar.

Acesso ao Sumário

Apelações

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0000357-91.2015.8.26.0571, da Comarca de Itapetininga, em que são apelantes J.V.O.G.

(MENOR) e M.A.F.S. (MENOR), é apelado Promotor de Justiça da Vara da Infância e Juventude de Itapetininga.

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 38.920)**

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, 21 de março de 2016.

ADEMIR BENEDITO, Relator e Vice-Presidente

Ementa: Apelação – Ato infracional – Conduta tipificada no artigo 157, § 2º, I e II, do Código Penal – Roubo majorado pelo emprego de arma e concurso de agentes – Materialidade e autoria demonstradas – Confissão, reconhecimento da vítima e depoimento policial – Afastamento da majorante relativa ao emprego de arma – Possibilidade – Circunstância não comprovada - Aplicação de medida socioeducativa de internação – Possibilidade – Infração cometida mediante grave ameaça – Condições pessoais dos adolescentes que recomendam imposição de tratamento ressocializador extremo – Recurso parcialmente provido – Sentença reformada tão somente para afastar a majorante prevista no inciso I do § 2º do artigo 157 do CP.

VOTO

Trata-se de ação de apuração de ato infracional oferecida pelo Ministério Público em face de J.V.O.G. e M.A.F.S., representados pela prática de ato infracional equiparado ao delito previsto no artigo 157, § 2º, I e II, do Código Penal.

Pela r. sentença de fls. 96/97, cujo relatório se adota, a ação foi julgada procedente, reconhecendo-se prática infracional e aplicando aos adolescentes a medida socioeducativa de internação por prazo indeterminado com reavaliações semestrais.

Inconformados, apelam os adolescentes, objetivando o recebimento do recurso no efeito suspensivo (fls. 112/127).

Acesso ao Sumário

Quanto ao mérito, em apertada síntese, requer a improcedência da representação por ausência de provas e, subsidiariamente, o afastamento da majorante relativa ao emprego de arma e a aplicação de medida socioeducativa em meio aberto. Pedem provimento ao recurso.

Recurso tempestivo, isento de preparo, com contrarrazões (fls. 130/135).

Mantida a decisão recorrida (fls. 136), a Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo não provimento do recurso (fls. 143/148).

É o relatório.

Inicialmente, cabe esclarecer que, embora tenha constado na representação que aos adolescentes se imputa a prática de ato infracional equiparado ao delito previsto no artigo 157, § 2º I e IV, trata-se, contudo, de apuração de ato infracional assemelhado ao crime descrito no artigo 157, § 2º I e II. Trata-se, portanto, de mero erro material que não trouxe quaisquer prejuízos às partes, até mesmo pelo fato de os adolescentes terem se defendido dos fatos, não de sua tipificação.

Apesar da revogação do inciso VI do artigo 198 do Estatuto da Criança e do Adolescente, ante a procedência da representação, a internação provisória inicialmente decretada convalidou-se.

Ao conferir apenas efeito devolutivo ao recurso, não violou o magistrado o disposto no artigo 520 do Código de Processo Civil, haja vista que aplicou a regra do inciso VII do referido dispositivo legal.

Assim, ao decretar a internação provisória do menor quando do recebimento da representação (fls. 35/36), o juiz antecipou os efeitos da tutela jurisdicional.

A respeito do assunto assinalou Galdino Augusto Coelho Bordallo, na obra "Curso de Direito da Criança e do Adolescente", 4ª edição, Lumen Juris, 2010, págs. 782 a 784, que:

> *"Nas ações socioeducativas teremos um duplo regime dos efeitos da apelação, tudo dependendo da situação do adolescente durante o curso do processo, isto é, se no momento da prolação da sentença esteja ele internado provisoriamente ou cumprindo alguma outra medida socioeducativa provisória.*
>
> *(...)*
>
> *Diverso será o regime dos efeitos da apelação quando tivermos uma sentença condenatória em processo socioeducativo em que o adolescente se encontre internado provisoriamente ou lhe tenha sido aplicada uma medida socioeducativa provisória. Quando subsistir uma das duas situações no momento da prolação da sentença condenatória – qualquer que seja a medida socioeducativa que venha a ser aplicada –, a apelação será recebida apenas no efeito devolutivo, na forma do art. 520, VII, do CPC.*

Acesso ao Sumário

(...)

Com a confirmação, na sentença, da internação provisória ou da medida socioeducativa provisória, a possível apelação que venha a ser interposta será recebida apenas no efeito devolutivo, o que possibilita que seja iniciada a execução provisória da medida socioeducativa cominada. O início imediato da execução provisória encontra-se em total consonância com as bases principiológicas do Direito da Criança e do Adolescente, eis que encontra-se atendida a Doutrina da Proteção Integral e o Princípio do Melhor Interesse da Criança e do Adolescente".

Quanto ao mérito, segundo consta, em (...), J.V. e M., respectivamente com (...) e (...) anos à época, em unidade de desígnios entre si e os imputáveis R.D.O. e F.R.O. e mediante grave ameaça exercida pelo emprego de arma de fogo em face de E.R.S.R., subtraíram em proveito comum R$ 200,00 em dinheiro pertencente ao Auto Posto (...), estabelecimento comercial em que a vítima trabalhava como frentista.

A materialidade e a autoria do ato infracional imputado ao adolescente estão comprovadas pelo auto de prisão em flagrante delito (fls. 04), boletim de ocorrência (fls. 16/19), auto de exibição e apreensão (fls. 20/21), e prova oral obtida sob o crivo do contraditório e de ampla defesa.

Ouvido em juízo, J.V. confessou a prática infracional, todavia negou qualquer envolvimento de M. (fls. 74/75).

M. também negou ter participado do roubo e não deu qualquer versão do ato infracional (fls. 77/78).

Sua participação, contudo, restou comprovada pelas demais provas produzidas.

Em primeiro lugar, valioso o depoimento da vítima (fls. 98/99), que não só reconheceu ambos os adolescentes, como também narrou detalhes da subtração.

Segundo E., os roubadores passaram de carro duas vezes para sondar a situação do posto de gasolina. Quando se sentiram à vontade, se aproximaram e anunciaram o assalto.

Em atos infracionais dessa natureza, praticados na clandestinidade, a palavra do ofendido é de fundamental importância na elucidação da autoria. Note-se que não há nenhuma razão para que se desconfie do relato da vítima, que sequer conhecia os apelantes.

Conforme assinalado na apelação cível 3023259-29.2013.8.26.0224, comarca da Guarulhos, relator Des. Pinheiro Franco, então Presidente da Seção de Direito Criminal, julgada em 12/05/2014, v.u.:

"Nunca é demais lembrar que a palavra do ofendido, nos casos de roubo, assume papel de importância capital, porque, em regra, é ele quem visualiza o agente e sua conduta. E quando o relato, guardando sintonia com o remanescente da prova colhida, se reveste de coerência, robustez

e segurança e não demonstra qualquer tendência para o exagero ou o prejuízo injusto, deve ser aceito como elemento hábil à procedência da representação (...).

Aliás, 'a vítima é sempre pessoa categorizada a reconhecer o agente, pois sofreu o traumatismo da ameaça ou da violência, suportou o prejuízo e não se propõe acusar inocente, senão procura contribuir – como regra – para a realização do justo concreto' (RJTACRIM – vol. 39 – Relator o então Juiz Renato Nalini)".

E o reconhecimento perpetrado pela vítima não merece as críticas ofertadas pela defesa.

O artigo 226, II, do Código de Processo Penal dispõe que o suspeito será colocado, se possível, ao lado de outros indivíduos semelhantes quando de seu reconhecimento. Trata-se, portanto, de mera recomendação procedimental, e não de norma cogente com aptidão para invalidar o ato ora impugnado, sobretudo porque realizado na presença do magistrado, das partes e de seus procuradores, em consonância com os princípios do devido processo legal, ampla defesa e contraditório.

Pesa contra os representados, finalmente, o depoimento do policial militar R.C.N. (fls. 100/101).

Segundo a testemunha, houve informação via rádio de que um roubo havia acabado de acontecer e foram passadas a ele a descrição dos suspeitos e do veículo em que fugiram. Após patrulhamento, dois dos suspeitos foram abordados e indicaram onde estavam os demais envolvidos: os adolescentes, que prontamente foram apreendidos.

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 do conjunto de prova coligido, justifica-se a responsabilização dos adolescentes pela prática do roubo.

O recurso comporta provimento, entretanto, no que diz respeito ao afastamento da majorante prevista no inciso I do § 2º do artigo 157 do Código

Acesso ao Sumário

Penal.

Ainda que a ausência de apreensão da arma ou laudo que ateste sua periculosidade não baste para afastar a materialidade da conduta, é necessário que ela seja comprovada pelos outros meios de prova admitidos.

No caso em tela, o emprego de arma de fogo só foi mencionado pela vítima durante a fase de inquérito, portanto, longe do crivo do contraditório e da ampla defesa.

Dessa forma, o afastamento da majorante é medida que se impõe.

No mais, a medida socioeducativa aplicada na origem merece ser mantida, principalmente porque o ato infracional foi praticado mediante violência real, o que autoriza a imposição da medida extrema, consoante disposto no artigo 122, I, da Lei 8.069/90.

Não se pode esquecer que o autor de roubo demonstra ousadia e periculosidade, características que reclamam acompanhamento mais eficiente e severo, que apenas a internação é capaz de proporcionar.

Esse o pensamento dominante nesta Câmara Especial, conforme restou decidido na apelação cível 0011967-46.2013.8.26.0015, relator Desembargador Ricardo Anafe, então Presidente da Seção de Direito Público, julgada em 28/04/2014:

> *"Nenhum reparo comporta também a sentença no que tange à medida socioeducativa aplicada. Com efeito, o envolvimento do apelante na prática de ato infracional correspondente ao crime de roubo, agravado pelo concurso de agentes, justifica indubitavelmente a aplicação da medida socioeducativa de internação, com fundamento no inciso I do art. 122 do Estatuto da Criança e do Adolescente, mesmo considerada a excepcionalidade da medida. Trata-se de conduta a expressar ousadia e periculosidade inequívoca. Exige, bem por isso, pronta e eficaz resposta estatal".*

Em que pese a sua primariedade (fls. 40), M. não relutou em associar-se com diversos indivíduos para praticarem ato infracional gravíssimo.

O caso de J.V. é ainda mais grave, já que ostenta outras passagens pela Vara da Infância e Juventude (fls. 39), o que revela que seu envolvimento com o meio infracional não é eventual.

De acordo com o princípio da proteção integral, a medida de internação visa a proporcionar reabilitação aos infratores que, como os apelantes, não encontraram orientação e mecanismos de contenção suficientes em sua família e que, com a medida, poderão contar com suporte psicológico, pedagógico e profissionalizante.

Todavia, diante de informação que consta do portal da Fundação CASA, dando conta de que a medida aplicada a M. foi extinta em 19/02/2016, a

continuidade do tratamento ressocializador resta prejudicada em relação a ele.

Por fim, assinala-se que J.V. 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, dá-se parcial provimento ao recurso tão somente para afastar a majorante prevista no inciso I do § 2º do artigo 157 do Código Penal, mantida, no mais, a sentença como lançada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0018969-96.2015.8.26.0015, da Comarca de São Paulo, em que é apelante Promotor de Justiça da 4ª Vara Especial da Infância e Juventude da Capital, são apelados G.S.M. e A.F.D.S. (MENOR).

ACORDAM, em Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Por maioria, negaram provimento ao recurso. Vencido o 3º Juiz com declaração de voto.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 29.225)**

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, 11 de abril de 2016.

XAVIER DE AQUINO, Decano e Relator

Ementa: Ato infracional equivalente ao crime previsto no artigo 157, § 1º e § 2º, inciso II do Código Penal. Representação julgada procedente com aplicação de medidas socioeducativas de liberdade assistida, pelo prazo mínimo de seis meses c.c. prestação de serviços à comunidade, por seis meses, sendo quatro horas semanais. Apelo ministerial pretendendo a substituição das medidas em meio aberto impostas pela medida extrema, tendo em vista a gravidade da infração perpetrada. Inadmissibilidade. Materialidade e autoria induvidosas. Confissão dos menores em Juízo corroborada pela palavra

Acesso ao Sumário

da vítima. Medidas socioeducativas incensuráveis, levando-se em conta não somente a gravidade dos atos infracionais, como também as circunstâncias pessoais dos jovens. Relatórios técnicos que atestam a primariedade dos menores, arrependimento, atividade laborativa e respaldo familiar. Apelo não provido, excepcionalmente.

VOTO

Trata-se de recurso de apelação interposto pelo Ministério Público contra a r. sentença (fls. 67/71), que julgou procedente a representação oferecida em desfavor dos menores G.S.M. (DN. (...)) e A.F.D.S. (DN. (...)), aplicando-lhes as medidas socioeducativas de liberdade assistida, pelo prazo mínimo de seis meses c.c. prestação de serviços à comunidade, por seis meses, sendo quatro horas semanais, pela prática de ato infracional equiparado à conduta tipificada no artigo 157, § 1º e § 2º, inciso II, do Código Penal.

Recurso ministerial visando à substituição das medidas em meio aberto aplicadas aos menores pela de internação, sob a assertiva, em síntese, de que praticaram infração de natureza grave e que a medida de internação se faz necessária para efeito de ressocialização (fls. 89/94).

O recurso foi recebido apenas no efeito devolutivo (fl. 110).

Contrarrazoados o apelo (fls. 105/109), a r. sentença foi mantida por seus próprios fundamentos (fl. 110) e, nesta instância, a Douta Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo provimento do recurso ministerial (fls. 119/123).

É o relatório.

A r. sentença guerreada merece ser mantida na íntegra.

Consta dos autos que no dia (...), por volta das (...), nesta cidade de São Paulo, os menores G.S.M. e A.F.D.S, juntamente com outros dois indivíduos não identificados, agindo em concurso e com unidade de propósitos, mediante grave ameaça para assegurar a impunidade do crime, subtraíram para si, das vítimas D.I. e T.G.V., para proveito comum, um par de fones de ouvido, uma folha de cheque, um telefone celular e um relógio de pulso, conforme descrito na peça inicial.

Respeitada a tese aduzida pela Defesa, as provas produzidas autorizam a procedência da representação.

A materialidade restou cabalmente demonstrada pelo Boletim de Ocorrência de nº (...) (fls. 4/8) e pelos autos de exibição, de apreensão, entrega (fl. 17).

De igual maneira não remanescem dúvidas a respeito da autoria.

Acesso ao Sumário

Com efeito, os menores confessaram a autoria do ato infracional (fl. 53) e, de forma segura e coesa, a vítima D.I. reconheceu o adolescente G.S.M. como um dos autores do roubo (fl. 63). Por tais motivos, correta a tipificação imputada, de forma equiparada.

Não se nega que a conduta infracional perpetrada pelos menores é considerada grave, o que autorizaria, *prima facie*, a aplicação da medida de internação, por força do disposto no inciso I do artigo 122 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

No entanto, de acordo com o § 1º do artigo 112 da Lei nº 8.069/90, além da gravidade da infração, a medida socioeducativa a ser aplicada deve levar em conta também a capacidade de seu cumprimento, bem como as circunstâncias pertinentes ao caso.

E, segundo o noticiado pelos Relatórios Técnicos Iniciais dos menores, G.S.M. e A.F.D.S., são primários, demonstram arrependimento, trabalham e possuem respaldo familiar adequado para ajudá-los em seus processos de ressocialização em medidas em meio aberto. Como se observa acerca do respaldo familiar do jovem A.F.D.S. : *"... a genitora refere que o adolescente lhe ajudava nas despesas domésticas, tem relacionamento amistoso com os familiares. Salienta que a família inteira se surpreendeu e se decepcionou com seu envolvimento haja vista não apresentar hábitos que sinalizassem envolvimento desta natureza."*; e, sobre G.S.M.: *"...entrevistamos a genitora, que denota preocupação frente a ação realizada pelo adolescente e menciona que não tinha necessidade cometer o ato infracional e na família somente existem pessoas de bem. Enaltece as qualidades dos membros da família e informa que o genitor sempre foi uma pessoa honesta e trabalhadora."* (fls. 45/50 e 52/56)

Depois, por força do *princípio da imediatidade*, levando-se em consideração o lapso temporal decorrido desde a data da prolação da r. sentença (5.11.2015 – fl. 71) até a presente data, eventual agravamento da medida socioeducativa, no presente caso, poderia afrontar mencionado princípio.

Tudo indica que os menores estão assimilando bem as medidas de prestação de serviços à comunidade e liberdade assistida (seis meses) fixada pelo MMº *a quo*, inexistindo notícia de descumprimento ou de nova prática infracional. Assim, reverter a situação deles, a esta altura, diante da peculiaridade da situação, pode representar retrocesso na socialização e até mesmo afronta à *teoria* da atualidade.

Pelo exposto, excepcionalmente, nego provimento ao apelo.

Acesso ao Sumário

DECLARAÇÃO DE VOTO VENCIDO

(Voto nº 37.698)

1. Adoto, à partida, o resumo processual já lançado aos autos pelo eminente Des. XAVIER DE AQUINO.

2. O Ministério Público do Estado de São Paulo apela da r. sentença que julgou procedente a representação em face de G.S.M. e A.F.D.S., impondo-lhes as medidas socioeducativas de liberdade assistida, pela prática de ato infracional correspondente ao crime definido no § 1º e inciso II, do § 2º, do art. 157 do Código Penal.

3. Pleiteia a aplicação de internamento, levando-se em consideração o acentuado grau de nocividade da conduta e as condições pessoais, desfavoráveis, dos menores infratores.

4. Com efeito, a prova dos autos é persuasória da autoria do ilícito objeto pelos adolescentes, da qual ora não se discute, de modo que o debate se cinge ao tratamento ressocializador a ser adotado.

5. A medida socioeducativa, na modalidade liberdade assistida, data máxima vênia, não se afigura a mais apropriada, ante a gravidade e circunstâncias do ato perpetrado, bem como as condições pessoais dos apelados (art. 112, § 1º, da Lei n. 8.069, de 13-7-1990).

6. O envolvimento dos apelantes na prática de ato infracional correspondente ao crime de roubo impróprio, em concurso de agentes, justifica a aplicação da medida socioeducativa de internação, com fundamento no inc. I do art. 122 do Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA (Lei n. 8.069, de 13-7-1990), mesmo considerada a excepcionalidade da medida.

Trata-se, na espécie, de conduta expressiva de ousadia e perigosidade inequívoca, a exigir, bem por isso, pronta e eficaz resposta estatal, em defesa não só da sociedade política, mas dos próprios adolescentes imputados.

No caso em tela, adolescente que, mediante concurso, pratica ilícito de roubo (ou infração a este equiparável), faz desvelar, com **sua própria conduta**, dados vistosos de sua periculosidade, o que acarreta **prognose reservada quanto à sua não iteração ilícita**.

Nesse quadro, a reação jurídica deve ser **eficaz** para prevenir um estímulo ao ilícito e a trivialização da violência. Jean LARGUIER, depois de alertar para o risco de medidas de indulgência não merecidas encorajarem a recidiva, sublinhou o drama da banalização da violência – alguma vez sob o escudo das ideologias da irresponsabilidade pessoal: *on n'ose plus appeler voleur un voleur* (*Criminologie et science pénitentiaire*. 8. ed. Paris: Dalloz, 1999, p. 27-8). Ora, a comissão de ilícito contra o patrimônio constitui forte motivo para prognóstico desfavorável quanto à não reiteração; diz , a propósito, MEYWERK: "Os

delitos contra a propriedade apresentam a tendência mais tenaz à reincidência". No mesmo sentido, MIDDENDORFF, com apoio em Seelig e Viernstein, concluiu que demais de os ofensores do direito de propriedade serem proclives à reincidência, mais inclinados à recidiva se mostram ainda os que atuam de modo violento. Prossegue aquele autor:

> "Gregor e Zink falam que a tendência a perseverar na direção traçada pelo primeiro delito se mostra 'extraordinariamente forte' nos crimes contra o patrimônio. Também Stutte e Saari consideram como prognosticamente desfavorável a tendência de cometer delitos contra a propriedade" (MIDDENDORFF, Wolf. *Teoría y práctica de la prognosis criminal*. Tradução castelhana de José María Rodríguez Devesa. Madri: Espasa-Calpe, Madrid, 1970, p. 131).

Nesse sentido:

> "INFÂNCIA e JUVENTUDE. Menor. Ato infracional. Equiparação ao crime de roubo qualificado por emprego de ameaça, arma de fogo e concurso de pessoas. Representação. Procedência. Internação. Admissibilidade. Observância do devido processo legal. HC indeferido. Inteligência dos arts. 121 e 122 do ECA. Está em harmonia com o princípio da tipicidade estrita das fattispecie que a autorizam, a aplicação de internação, por prazo indeterminado, a menor que praticou ato infracional mediante ameaça, emprego de arma e concurso de pessoas." (STF, HC 88755/SP, Relator: Min. CEZAR PELUSO, Julgamento: 29/08/2006, Órgão Julgador: Segunda Turma, Publicação DJ 29-09-2006, p. 67).

Além da gravidade abstrata do ato infracional, as condições pessoais dos adolescentes são desfavoráveis.

Consta nos relatórios polidimensionais elaborados por profissionais da Fundação Casa que o adolescente A.F.D.S. interrompeu os estudos e faz uso de maconha (e-págs. 45-50). Do mesmo modo, G.S.M. faz uso de entorpecente, é vulnerável ao meio infracional e não demonstra senso crítico adequado (e-págs. 52-6).

Em conformidade com o princípio da proteção integral, a medida de internação visa a proporcionar um acompanhamento paideico aos menores, que poderão contar com suporte psicológico e profissionalizante.

NOS TERMOS EXPOSTOS, meu voto dá provimento ao recurso do Ministério Público, para impor aos adolescentes G.S.M. e A.F.D.S. a medida socioeducativa de internação (autos de origem n. (...) da 4ª Vara Especial da Infância e Juventude da Comarca de São Paulo).

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 0003720-24.2015.8.26.0236, da Comarca de Ibitinga, em que é apelante/apelado J.P.N. (MENOR), é apelado Promotor de Justiça da Vara da Infância e Juventude de Ibitinga.

ACORDAM, em Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Por maioria, não reconheceram a nulidade da sentença, vencido o Relator sorteado nesta parte. No mérito, negaram provimento ao recurso. Com declaração de voto dos 2º e 3º juízes.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 29.149)**

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, 11 de abril de 2016.

XAVIER DE AQUINO, Decano e Relator

Ementa: Apelação – Ato infracional – Artigo 33, *caput*, da Lei nº 11.343/06 – Internação – Apelo visando ao recebimento do recurso no duplo efeito e, no mérito, o reconhecimento da precariedade da prova no que tange a autoria – Sentença prolatada em audiência una, logo após apresentação do adolescente e imediata oitiva de testemunhas de acusação, sem oportunizar à defesa apresentação de outras provas requeridas em defesa prévia – Cerceamento de defesa reconhecido *ex officio* – Vencido Relator nessa preliminar. No mérito, versão esculpatória do jovem que restou isolada nos autos, a prevalecer o depoimento uníssono dos policiais militares – Autoria comprovada – Internação que se mostra adequada à gravidade da infração, bem como às circunstâncias pessoais negativas do adolescente – Apelo não provido.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de apelação interposta pelo adolescente J.P.N. contra r. sentença (fls. 94/98) que julgou procedente a representação oferecida pelo Ministério Público e lhe aplicou medida socioeducativa de internação, por prazo

indeterminado, pela prática de ato infracional equiparado ao artigo 33, *caput*, da Lei nº 11.343/06.

Inconformado, apela requerendo a concessão de efeito suspensivo ao apelo e, no mérito, a improcedência da representação ante a fragilidade probatória, bem como o abrandamento da medida uma vez que a infração a ele imputada (tráfico de entorpecente) não deve ser considerada como grave o suficiente a justificar a imposição da medida extrema.

Processado o recurso, houve apresentação de contrarrazões (fls. 116/122) e, mantida a r. sentença por seus próprios fundamentos (fl. 109), nesta instância, adveio parecer da douta Procuradoria Geral de Justiça opinando pelo não provimento do apelo (fls. 138/145) e informação de que a medida socioeducativa de internação aplicada já foi julgada extinta (fls. 154/155).

É o breve relatório.

Alinho-me com aqueles que reclamam uma revisão do Estatuto da Criança e do Adolescente, tendo em vista os avanços tecnológicos e o sinal dos tempos. Todavia, enquanto permanecer essa lei em vigência, forçoso convir que devo aplicá-la e, além do mais, conquanto tenha passado quase oito anos no extinto e saudoso Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo, tenho que examinar os casos não com olhos de juiz criminal, mas sim como magistrado que julga casos da infância e da juventude.

Confesso que essa situação me incomoda, mas "Inês é morta"!

Ab initio, anoto que não há que se falar na concessão do efeito suspensivo ao presente recurso, não só em face de ele restar prejudicado diante do julgamento da matéria, como também, em razão do informado às fls. 154/155 noticiando que a medida socioeducativa aplicada ao jovem J.P.N. foi julgada extinta e ele entregue aos seus responsáveis.

Por outro lado, pelo meu voto, haveria de reconhecer, *ex officio*, evidente afronta ao devido processo legal, ao permitir o Magistrado a ocorrência de audiência una, tanto para a apresentação do adolescente quanto à instrução do feito, com o imediato sentenciamento do feito, sem oportunizar à defesa a apresentação de provas expressamente requeridas em defesa prévia (fls. 82/86).

A unicidade do ato, assim como realizado, tolheu por completo a possibilidade de oferecimento do rol de testemunhas e, por consequência, violou frontalmente o postulado da ampla defesa, merecendo ser aqui reconhecido, *ex officio*, por questão de eiva absoluta ante a violação ao *due process of law*.

Nesse passo, o Estatuto da Criança e do Adolescente, ao tratar do procedimento para apuração do ato infracional, determina, em seu artigo 184 que, oferecida a representação, o magistrado deverá designar audiência de apresentação, resolvendo sobre a decretação ou manutenção da internação, devendo, de acordo com o parágrafo primeiro, cientificar o adolescente e seus

Acesso ao Sumário

responsáveis acerca do teor da representação, para que, acompanhados de advogado, compareçam à audiência.

Tem-se, assim, que apenas após a oitiva, inicia-se o prazo para apresentação de defesa prévia, com a designação de audiência em continuação para oitiva das testemunhas.

Conclui-se, dos dispositivos analisados, que no Estatuto da Criança e do Adolescente estão previstas duas audiências, realizadas em momentos diversos. Uma para apresentação do jovem infrator e outra, "audiência em continuação", para oitiva de testemunhas arroladas pelas partes (artigo 184, *caput*, e artigo 186, § 2º).

No caso *sub judice*, ao receber a representação e decidir sobre a internação provisória, o juízo *a quo* designou "audiência una", para apresentação, instrução, debates e julgamento (fls. 38/39), em ofensa às garantias procedimentais acima mencionadas.

Indiscutível a possibilidade de aplicação subsidiária das normas gerais previstas na legislação processual pertinente (artigo 152 da Lei nº 8.060/90), mas o que somente tem lugar quando não se chocar com as regras específicas deste.

A Lei nº 8.069/90 estabelece procedimento que, se antes era análogo, hoje é bem diverso daquele vigente no Código de Processo Penal.

Não há audiência única com a concentração de atos no que se refere à coleta de provas; muito pelo contrário, estabelece o Estatuto da Criança e do Adolescente que para a apuração do ato infracional, primeiro realiza-se a audiência de apresentação e oitiva do adolescente, depois defesa prévia, seguindo-se de audiência de instrução.

Neste sentido, entendeu esta Egrégia Câmara, em recente decisão:

"Apelação. Apuração de ato infracional análogo a tentativa de roubo com emprego de arma de fogo e em concurso de agentes. Recurso da Defesa pretendendo a anulação da r. sentença. Designação de audiência una, de apresentação, instrução, debates e julgamento, pelo MM. Juízo 'a quo'. Nulidade do procedimento constatada. Estatuto da Criança e do Adolescente que prevê um rito especial para apuração de ato infracional atribuído à adolescente, com previsão de realização de duas audiências. Defensor intimado para apresentação de defesa prévia, antes da oitiva do menor em Juízo. Violação das garantias do contraditório e da ampla defesa. Anulação do processo, após o processo de representação para regular trâmite nos termos da legislação específica. Recurso provido. (Apelação n.º 000160-10.2015.8.26.0613, Relª Drª Lídia Conceição, J. 18/01/2016, v.u.).

Ademais, as Cortes Superiores não discrepam desse entendimento, tal como se observa no acórdão lavrado pelo Eminente Ministro Jorge Scartezzini:

Acesso ao Sumário

ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE – PROCESSUAL PENAL – ART. 10, § 3º, III, C/C § 2º, DA LEI 9.437/97 (PORTE DE ARTEFATO EXPLOSIVO OU INCENDIÁRIO SEM AUTORIZAÇÃO) – CONFISSÃO – HOMOLOGAÇÃO DA DESISTÊNCIA DE PRODUÇÃO DE OUTRAS PROVAS – AUDIÊNCIA UNA – CERCEAMENTO DE DEFESA – CONSTRANGIMENTO ILEGAL CARACTERIZADO – ORDEM CONCEDIDA.

– Hipótese em que, ante a confissão da prática do ato infracional pelo adolescente na audiência de apresentação, as partes dispensaram a produção de outras provas, o que foi homologado pelo MM. Juiz, passando-se, então, à instrução e julgamento do processo.

– A instrução probatória configura um dos meios pelo qual o paciente poderia exercer seu direito de defesa, o que não ocorreu, sendo que a ampla defesa, como princípio constitucional que é, deve ser exercida no âmbito do devido processo legal.

– Ordem concedida para anular a decisão que julgou procedente a representação oferecida pelo Ministério Público, a fim de que seja procedida prévia instrução probatória, determinando-se que o adolescente aguarde a apuração do ato infracional que lhe é imputado em liberdade.

(HC 32.324/RJ, QUINTA TURMA, julgado em 11/05/2004, DJ 01/07/2004, p. 232)

Como se vê, seja por que esse relator desvendou o conteúdo da norma de acordo com os preceitos enunciados na lei, na doutrina e na jurisprudência, seja porque assim o fazendo, conforme se verifica no teor do julgado acima elencado, na audiência una ocorreu o cerceamento de defesa, ainda que a parte não tenha alegado pelos argumentos acima expostos.

Desta forma, patente a ilegalidade do ato em afronta ao procedimento previsto nos artigos 184 e 187 da Lei nº 8.069/90, visto que o acúmulo de feitos e a busca pela celeridade não podem sobrepor às garantias constitucionais e legais, o que também viola os artigos 4º, 6º e 100, parágrafo único, inciso II do mesmo diploma legal.

Pelo exposto, pelo meu voto, daria provimento ao recurso para, *ex officio*, anular o processo a partir do recebimento da representação, porém, vencido este Relator nesta preliminar.

No mérito, impõe-se reconhecer presentes a materialidade e a autoria do ato infracional equiparado ao tráfico de entorpecente, assim como narrado na peça incoativa.

A materialidade extrai-se do boletim de ocorrência (fls. 14/17), auto de exibição e apreensão (fls. 18/20) e laudo toxicológico (fls. 78/79).

De igual forma, a autoria pode ser comprovada pela apreensão em flagrante (fls. 12/13) e depoimento das testemunhas de acusação, as quais foram

Acesso ao Sumário

uníssonas em apontar o apelante como o infrator que, juntamente com um imputável (M.), estava praticando a venda ilícita de entorpecentes.

A versão trazida pelo jovem, de que apenas estava repousando na casa de M., não convence. Sua alegação resta isolada nos autos, não podendo sobrepor ao depoimento firme e seguro dos policiais militares no sentido de que avistaram claramente a prática do comércio ilícito realizada pelo apelante e pelo imputável, onde ambos vendiam entorpecentes aos usuários que naquele local apareciam (declarações em mídia).

Não obstante, o apelante confessou não estudar, ser usuário de drogas e já ter passagem pela Vara da Infância e da Juventude por infração análoga, inclusive, tendo-lhe sido aplicada a medida de liberdade assistida.

Assim, considerando as peculiaridades do ato infracional, bem como as condições pessoais do menor, a medida de internação, além de necessária, era a mais adequada a viabilizar seu processo socializador.

Pelo exposto, vencido quanto a preliminar, no mérito, nego provimento ao apelo.

DECLARAÇÃO DE VOTO

(Voto nº 36.837)

1. Ouso divergir do r. voto de relatoria proferido, na espécie (e como sempre, de modo douto), pelo eminente Des. José Carlos Gonçalves XAVIER DE AQUINO.

2. Não me persuado da nulidade do processo, e, com ele, da r. sentença de origem, por erro procedimental conducente a cerceamento de defesa.

Parece-me invocável, para o caso **concreto**, o aforismo *nullité sans grief*, é dizer, não há declarar nulidade com míngua de prova do prejuízo quer para a acusação, quer para a defesa.

Há um liame teleológico entre o sistema de nulidades do processo penal e o concreto prejuízo das partes (e bem é lembrar que o **Código de Processo Penal se aplica ao processo minoril**). Sem que haja esse prejuízo – não o formulário, nem o abstrato, mas o singular e confirmado –, **não se reconhece nulidade no processo-crime**, **sequer a de color absoluto**, como fez ver paradigmático julgado do eg. Supremo Tribunal Federal:

> "(…) nem a nulidade absoluta, mesmo de fonte constitucional, pode fugir à exigência elementar da verificação de prejuízo" (voto do Min. SEPÚLVEDA PERTENCE – RTJ 168, p. 984, no *HC* 78.708; cf. ainda: *HC* 70.350 – Min. MOREIRA ALVES – RTJ 153/869; HC 61.346 – Min. ALDIR PASSARINHO – RTJ 110/1.046).

Acesso ao Sumário

3. Nesse mesmo sentido, lê-se em outro ven. julgado da colenda Suprema Corte federal (*HC* 99.485):

"(…) A jurisprudência deste Supremo Tribunal é firme no sentido de que a declaração de nulidade depende da ocorrência e demonstração de prejuízo efetivo para a defesa ou acusação, ou ainda, de comprovação de interferência indevida na apuração da verdade substancial e na decisão da causa, pois não se declara nulidade processual por mera presunção (…)".

4. Em caso símiles ao destes autos, manifestou-se o egrégio Superior Tribunal de Justiça:

"(…) O fato da realização de audiência una pelo juízo menorista, por si só, não é capaz de gerar a nulidade da condenação" (*HC* 45.527).

5. Do só fato de se ter realizado uma audiência, sem observância do rito previsto nas normas dos arts. 184 a 187 do Estatuto da Criança e do Adolescente, não resulta, *ipso facto*, prejuízo concreto algum.

No caso destes autos, a unicidade da audiência não implicou prejuízo ao menor, sob patrocínio representativo de Advogado, que, intervindo regularmente no feito, nenhuma irregularidade apontou.

POSTO ISSO, pelo meu voto, *cum magna reverentia* ao Douto Relator sorteado, não declaro a nulidade do processo.

É como voto.

RICARDO DIP, Desembargador Presidente da Seção de Direito Público

DECLARAÇÃO DE VOTO

(Voto nº 34928)

Vistos.

Acompanho, na íntegra, o r. voto condutor no que diz respeito ao processamento do recurso apenas em seu efeito devolutivo.

Com efeito, predomina o entendimento de que o recebimento da apelação interposta pelo adolescente a quem foi imposta medida socioeducativa de internação em seu efeito meramente devolutivo discrepa do intuito protetor implementado pela Constituição Federal de 1988, uma vez que o cumprimento das medidas socioeducativas somente após o trânsito em julgado da sentença esvaziaria seu caráter preventivo, pedagógico e disciplinador.

Ademais, apesar da revogação do inciso VI, do artigo 198, do Estatuto da Criança e do Adolescente, ante o julgamento procedente da representação, a internação provisória decretada *ab ovo* convalidou-se. Nesse cenário, o d. juiz de primeiro grau, ao conferir apenas efeito devolutivo ao recurso, aplicou a regra inserta no artigo 520, inciso VII, do Código de Processo Civil.

Acesso ao Sumário

Quanto à preliminar, contudo, tributado o devido respeito ao d. Relator, ouso dele divergir e o faço pelos seguintes fundamentos.

É certo que o Estatuto da Criança e do Adolescente, em seus artigos 184 a 187, prevê a realização de duas audiências, uma para apresentação do adolescente, oportunidade em que ele é cientificado do teor da representação, e outra de instrução, debates e julgamento, a qual deve comparecer acompanhado de advogado.

No caso dos autos, realizou-se uma única audiência (fls. 82/86), tendo sido nomeado advogado *ad hoc* ao adolescente, diante da ausência do advogado constituído.

Nada obstante, o cenário processual não autoriza o reconhecimento de qualquer nulidade. A uma, porque não há uma linha sequer nas razões recursais a respeito de concreto cerceamento de defesa e nem poderia haver mesmo, considerando-se que o defensor constituído pela genitora do adolescente ingressou nos autos em 28 de setembro de 2015 (fls. 64), com antecedência suficiente para que pudesse arrolar as testemunhas que pretendia ouvir na audiência una, que veio a se realizar quase um mês depois, aos 21 de outubro de 2015 (fls. 82/86). E a duas porque prevalece o entendimento de que "o fato da realização de audiência una pelo juízo menorista, por si só, não é capaz de gerar a nulidade da condenação" (STJ, HC 45.527-RJ, Rel. Ministra Laurita Vaz, 5ª Turma).

Isto posto, pelo meu voto, deixo de reconhecer, de ofício, qualquer nulidade processual, acompanhando, no mérito, o r. voto do E. Desembargador Relator para negar provimento ao recurso.

LUIZ ANTONIO DE GODOY, Desembargador Presidente da Seção de Direito Privado

ACÓRDÃO

Acesso ao Sumário

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0012762-86.2012.8.26.0015, da Comarca de São Paulo, em que são apelantes/apelados B.R.S. e I.F.M.J., é apelado/apelante Promotor de Justiça da 1ª Vara Especial da Infância e Juventude da Capital, e apelado A.M.P.

ACORDAM, em Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Em conformidade ao art. 942 e parágrafos do NCPC, no julgamento estendido decidiram, por maioria, negar provimento aos recursos. Vencido o Relator sorteado, com declaração. Acórdão com o 3º Juiz.", de conformidade com o voto do Relator Designado, que integra este acórdão.

(Voto nº 38.410)

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ADEMIR BENEDITO (VICE-PRESIDENTE) (Presidente), vencedor, RICARDO DIP (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO), vencido, SALLES ABREU (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO CRIMINAL), XAVIER DE AQUINO (DECANO) e LUIZ ANTONIO DE GODOY (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PRIVADO).

São Paulo, 9 de maio de 2016.

ADEMIR DE CARVALHO BENEDITO, Relator Designado e Vice-Presidente

Ementa: Apelação – Ato infracional – Conduta tipificada no artigo 157, § 2º, I e II, do Código Penal – Roubo majorado pelo emprego de arma e concurso de agentes – Procedência da representação – Materialidade e autoria comprovadas – Aplicação de medida socioeducativa de liberdade assistida – Possibilidade – Condições pessoais dos adolescentes e circunstâncias do delito que não recomendam a imposição de tratamento ressocializador extremo – Recursos desprovidos – Sentença mantida.

VOTO

Trata-se de ação de apuração de ato infracional oferecida pelo Ministério Público em face de B.R.S., I.F.M.J. e A.M.P., representados pela prática de ato infracional equiparado ao delito previsto no artigo 157, § 2º, I e II, do Código Penal.

Pela r. sentença de fls. 159/164, cujo relatório se adota, a ação foi julgada procedente, reconhecendo-se a prática infracional e aplicando aos adolescentes a medida socioeducativa de liberdade assistida, pelo prazo necessário a sua ressocialização.

Recorre a Defesa, objetivando o recebimento do recurso no efeito suspensivo. Preliminarmente, pugna pela prescrição, porque transcorrido prazo superior a dois anos entre o recebimento da representação e a prolação da sentença. No mérito, insurge-se contra o conjunto probatório e pleiteia o abrandamento da medida (fls. 173/181 e 231/242).

O Ministério Público também apelou, requerendo a aplicação de medida socioeducativa de internação aos jovens (fls. 184/188).

Recursos tempestivos, isentos de preparo, com contrarrazões (fls.

Acesso ao Sumário

194/200, 211/213 e 217/222).

Mantida a decisão recorrida (fls. 261), a Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo provimento do recurso do Ministério Público (fls. 267/271).

O recebimento do recurso somente no efeito devolutivo foi muito bem fundamentado pelo magistrado (fls. 243/245), razão pela qual se mostram desnecessárias novas considerações a propósito do tema.

Já a matéria preliminar arguida merece ser afastada.

Não se discute a aplicação da prescrição penal às medidas socioeducativas, sobretudo diante da Súmula 338 do Superior Tribunal de Justiça, que estabelece que "A prescrição penal é aplicável nas medidas socioeducativas.".

Todavia, nos autos, tal fenômeno não ocorre.

A prescrição da pretensão punitiva, como sabido, regula-se pela pena aplicada, artigo 110 e § do Código Penal.

Paralelamente, nos processos afetos à Justiça da Infância e Juventude, a prescrição da pretensão socioeducativa tem como base de cálculo o prazo fixado na sentença para cumprimento do tratamento ressocializador imposto.

Nos casos em que não tenha o magistrado estabelecido período determinado para o cumprimento da medida, deverá ser considerado o prazo máximo fixado pelo legislador para a internação, qual seja, três anos, segundo interpretação sistemática da legislação de amparo ao menor.

Nesse sentido, restou decidido pela Sexta Turma do STJ no julgamento do Recurso Especial nº 1.122.262/MG, relator Ministro Og Fernandes, em 07/12/2009, v. u.:

> *1. Sedimentou-se esta Corte a compreensão de que, tratando-se de medida socioeducativa aplicada sem termo, o cálculo da prescrição deve ter em vista o limite de 3 (três) anos previsto para a duração máxima da medida de internação (art. 121, § 3º, da Lei nº 8.069/90), ou, havendo termo certo, a duração da medida socioeducativa estabelecida pela sentença, reduzindo-se, ainda, pela metade, por se tratar de agente menor de 21 anos (grifo nosso).*

Com efeito, a r. sentença deixou de fixar termo para o cumprimento, devendo ser levado em conta o prazo máximo da internação, o que ensejaria o período prescricional de oito anos nos termos do artigo 109, VI, do Código Penal, que, combinado com a regra do artigo 115 do mesmo Diploma, é reduzido a quatro anos.

E o referido prazo não fluiu entre a data dos fatos (07/09/2012, fls. 1r) e a do recebimento da representação (09/09/2012, fls. 41); não transcorreu entre esta data e a da sentença (10.12.2014, fls. 164), e tampouco escoou entre este último evento e o presente julgamento.

Segundo consta, em (...), B., I., e A., respectivamente com (...), (...) e

(...) anos, em unidades de desígnios e mediante grave ameaça exercida pelo emprego de arma de fogo contra O.M.P. e A.S.S.A., subtraíram uma motocicleta Honda CG pertencente ao primeiro.

A materialidade e a autoria do ato infracional estão comprovadas pelo boletim de ocorrência (fls. 03/07), auto de exibição e apreensão (fls. 08), autos de reconhecimento de pessoa (fls. 11 e 12) e prova oral obtida sob o crivo do contraditório e da ampla defesa.

Ouvidos em juízo (fls. 87/88), os três adolescentes negaram qualquer envolvimento com o roubo da moto, asseverando que estavam andando de carro quando foram abordados por policiais que os acusaram da prática.

Trata-se, contudo, de versão inverossímil e isolada nos autos.

Pesa contra os três, sobretudo, a palavra das vítimas, que reconheceram os três adolescentes no distrito policial (fls. 11 e 12). Em juízo, A. foi reconhecido por ambas, e I. e B. foram reconhecidos cada um por uma delas.

Quanto à dinâmica do roubo, narraram os fatos em uníssono: estavam na motocicleta de um deles quando um veículo se aproximou. Dele, desceram os três adolescentes, que, empunhando arma de fogo, anunciaram o assalto e partiram na posse do bem. Menos de uma hora depois, a moto foi recuperada na posse dos jovens, que foram prontamente reconhecidos.

Em atos infracionais dessa natureza, praticados na clandestinidade, a palavra do ofendido é de fundamental importância na elucidação da autoria. Note-se que não há nenhuma razão para que se desconfie do relato das vítimas, que sequer conheciam o apelante.

Conforme assinalado na apelação cível 3023259-29.2013.8.26.0224, comarca da Guarulhos, relator Des. Pinheiro Franco, então Presidente da Seção de Direito Criminal, julgada em 12/05/2014, v.u.:

> *"Nunca é demais lembrar que a palavra do ofendido, nos casos de roubo, assume papel de importância capital, porque, em regra, é ele quem visualiza o agente e sua conduta. E quando o relato, guardando sintonia com o remanescente da prova colhida, se reveste de coerência, robustez e segurança e não demonstra qualquer tendência para o exagero ou o prejuízo injusto, deve ser aceito como elemento hábil à procedência da representação (...).*
>
> *Aliás, 'a vítima é sempre pessoa categorizada a reconhecer o agente, pois sofreu o traumatismo da ameaça ou da violência, suportou o prejuízo e não se propõe acusar inocente, senão procura contribuir – como regra – para a realização do justo concreto' (RJTACRIM – vol. 39 – Relator o então Juiz Renato Nalini)".*

Ainda, a majorante prevista no inciso I do parágrafo 2º do art. 157 não merece afastamento, assinalando-se que a ausência de apreensão do artefato não compromete a demonstração da materialidade do ato infracional, que, no caso,

Acesso ao Sumário

restou provado pela prova oral.

Segundo restou decidido no julgamento da apelação criminal nº 990.08.136385-2, relator Desembargador Guilherme G. Strenger, julgada em 11/11/2009:

> *"A ausência de apreensão do armamento e de exame pericial visando aferir sua potencialidade ofensiva não impede o reconhecimento da majorante.*
>
> *Constitui entendimento jurisprudencial que, se a palavra da vítima pode o mais, identificar o roubador, seria um contra-senso não admitir pudesse o menos, isto é, comprovar a presença e/ou a utilização de arma, não sendo imprescindível a sua apreensão"*

Correta, então, a responsabilização dos jovens pela prática infracional e, consequentemente, a sentença que julgou procedente a representação.

Tampouco merece reparo o tratamento ressocializador adotado na origem.

Ainda que as medidas socioeducativas tenham primordialmente natureza pedagógica e finalidade protetiva, revestem-se, de maneira secundária, de caráter sancionatório-aflitivo, uma vez podem submeter o adolescente em conflito com a lei à privação total ou parcial de sua liberdade.

Dessa forma, a reforma de uma decisão no sentido de agravar o tratamento socioeducativo aplicado a um adolescente não deve ser encarada como mera solução que lhe trará apenas benefícios, uma vez que se trata de providência sobre a sua liberdade.

No caso em tela, não se ignora a gravidade e reprovabilidade do ato infracional correspondente a roubo majorado.

Ainda assim, tal circunstância, por si só, não é suficiente para motivar a compressão da liberdade dos adolescentes, até mesmo pela excepcionalidade da medida de internação (artigo 122 § 2º do ECA).

Em primeiro lugar, importante notar que se trata da primeira passagem de I. e B. pela justiça especializada (fls. 49 e 50) e que A. ostenta apenas uma passagem por receptação ocorrida em fevereiro de 2012 (fls. 45), não existindo, nos autos, notícia de envolvimento em outros atos infracionais.

Mas a peculiaridade do caso que mais chama a atenção e torna a internação solução inadequada é o lapso temporal entre os fatos e esta decisão.

O ato infracional foi praticado em (...), há (...) anos e (...) meses, e os adolescentes permaneceram custodiados apenas por dois dias, estando em meio aberto desde então, sem que se tenha notícia de haverem voltado a transgredir a lei.

Segundo informação obtida em contato por correio eletrônico com o Departamento de Execuções da Infância e Juventude, os jovens cumpriram a medida socioeducativa aplicada de maneira satisfatória e as execuções foram

Acesso ao Sumário

extintas em 25/09/2015, 30/09/2015 e 03/11/2015 em relação a, respectivamente, I., B. e A.

Não há nos autos notícia de fato desabonador ou qualquer elemento que justifique, a essa altura, a regressão à medida mais gravosa, o que violaria, também, o princípio da atualidade.

Esgotada a natureza ressocializadora e pedagógica do tratamento socioeducativo, sobreviveria apenas a faceta sancionatória da internação, o que colide com a vocação primeira do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Diante desse panorama, realmente não se justifica a aplicação de medida socioeducativa privativa de liberdade.

Tampouco merece prosperar o apelo defensivo subsidiário, sendo certo que a mera advertência seria medida solução manifestamente inócua à situação dos jovens, que necessitavam de acompanhamento sistemático, ainda que em meio aberto, e responderam bem à liberdade assistida imposta.

Por fim, tendo I. atingido os 21 anos em (...), seu interesse recursal remanesce tão somente quanto à declaração de procedência ou improcedência da representação, não sendo sequer possíveis quaisquer consequências no âmbito da execução de medida socioeducativa.

Ante o exposto, nega-se provimento aos recursos, mantida a sentença como lançada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0006816-64.2015.8.26.0198, da Comarca de Franco da Rocha, em que é apelante G.M.O. (MENOR), é apelado SECRETÁRIO MUNICIPAL DA EDUCAÇÃO DE FRANCO DA ROCHA.

ACORDAM, em Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 39.386)**

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, 23 de maio de 2016.

ADEMIR BENEDITO, Relator e Vice-Presidente

Acesso ao Sumário

Ementa: APELAÇÃO – Mandado de segurança – vaga em creche – ensino infantil – procedência – pretensão de reforma da sentença que denegou a segurança pleiteada para assegurar matrícula à criança em creche próxima de sua residência – direito fundamental líquido e certo – ausência de violação aos princípios constitucionais da separação e independência dos poderes e da discricionariedade administrativa – inteligência dos artigos 205, 208, I e 211, § 2º, da CF, 53, V, 54, IV, 208, I, do ECA e súmulas 63, 64 e 65 do TJSP – apelação provida.

VOTO

Trata-se de apelação interposta pelo menor G.M.O. contra a sentença proferida pelo MM. Juiz Rafael Carvalho de Sá Roriz (fls. 66/67), que, em mandado de segurança, denegou a ordem, por entender estar ausente prova suficiente de ato ilegal por parte da autoridade impetrada.

Sustenta o menor G.M.O. que seus genitores são pessoas de baixa renda, estando atualmente desempregados, necessitando, assim, da rede pública para fim de ter efetivado seu direito à educação. Aduz que o mandado de segurança impetrado possui todas as condições necessárias, como violação a direito líquido e certo do recorrente e ato ilegal ou abuso de poder da autoridade recorrida. Sustenta, ainda, que é dever prioritário do Município propiciar o acesso às creches e pré-escolas de forma efetiva, criando condições que a possibilitem, sendo inaceitável a omissão do dever que lhe impôs a Constituição. Requer, assim, o provimento do recurso para o fim de reformar a r. sentença de primeiro grau (fls. 77/85).

Não foram apresentadas contrarrazões, a Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo provimento do recurso (fls. 99/105).

É o relatório.

Acesso ao Sumário

A criança está na faixa etária correspondente à vaga pleiteada (fls. 12) e o documento de fls. 16, demonstra a negativa da vaga solicitada, evidenciando assim pretensão resistida ao direito pleiteado e consequente intervenção judicial para sua garantia.

Depois, a documentação juntada aos autos demonstra o preenchimento de todos os requisitos: a existência do direito é certa; sua extensão está bem delimitada e seu exercício não depende de situações e fatos ainda indeterminados.

Não há como o Município negar a vaga pretendida.

A obrigação de disponibilizar gratuitamente vaga em creche próxima às residências dos menores decorre dos artigos 205, 208, IV, e 211, § 2º, da

Constituição Federal, e dos artigos 53, V, 54, IV, e 208, III, do Estatuto da Criança e do Adolescente, que impõem ao Estado o dever de assegurar o efetivo exercício dos direitos das crianças e adolescentes.

Dispõe a Constituição Federal, ainda, que os Municípios atuarão prioritariamente no ensino fundamental e na educação infantil, assegurando atendimento em creche e pré-escola às crianças de zero a cinco anos.

Nesse sentido a súmula 63 deste Tribunal:

"É indeclinável a obrigação do Município de providenciar imediata vaga em unidade educacional a criança ou adolescente que resida em seu território".

Assim, nem mesmo eventual insuficiência de vagas pode impedir que as crianças exerçam seu direito à educação, pois se trata de direito fundamental que, em princípio, não pode ser condicionado pelo administrador.

Incumbe ao administrador prover o necessário para garantir o atendimento de creche e pré-escola, adequando o orçamento à demanda local e priorizando o acesso à educação.

As normas constitucionais relativas à educação possuem eficácia plena e aplicação imediata. Portanto, a intervenção do Judiciário a fim de assegurar a efetividade dessas normas não caracteriza indevida intromissão no âmbito de atuação de outro Poder, pois apenas cumprida a obrigação constitucional de prestar a tutela jurisdicional e compor litígios.

Nesse sentido dispõe a súmula 65 deste Tribunal:

"Não violam os princípios constitucionais da separação e independência dos poderes, da isonomia, da discricionariedade administrativa e da anualidade orçamentária as decisões judiciais que determinam às pessoas jurídicas da administração direta a disponibilização de vagas em unidades educacionais ou o fornecimento de medicamentos, insumos, suplementos e transporte de crianças ou adolescentes".

Dessa forma, de rigor a reforma da sentença.

Do exposto, dá-se provimento à apelação para o fim de determinar que o Município de Franco da Rocha matricule o menor G.M.O. em unidade de ensino infantil localizada até dois quilômetros de sua residência, sob pena de pagamento de multa diária de R$ 300,00 (trezentos reais).

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0000026-67.2014.8.26.0564, da Comarca de São Bernardo do Campo, em que é apelante K.A.S., é apelado PROMOTOR DE JUSTIÇA DA VARA DA INFÂNCIA E

Acesso ao Sumário

JUVENTUDE DE SÃO BERNARDO DO CAMPO.

ACORDAM, em Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "NEGARAM PROVIMENTO ao recurso de apelação interposto pelo adolescente K.A.S., mantida, na íntegra, a r. sentença. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 38.290)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ADEMIR BENEDITO (VICE-PRESIDENTE) (Presidente) e XAVIER DE AQUINO (DECANO).

São Paulo, 23 de maio de 2016.

SALLES ABREU, Relator e Presidente da Seção de Direito Criminal

Ementa: Apelação – Infância e Juventude – Atos Infracionais equiparados a homicídio qualificado tentado e receptação – Recurso da defesa buscando absolvição por insuficiência de provas – Desprovimento – Autoria e materialidades demonstradas – Responsabilização de rigor – Medida socioeducativa de internação – Manutenção – Infração equiparada a homicídio qualificado cometida com o emprego de violência à pessoa – Conduta equiparada a crime hediondo – Necessidade da medida extrema como forma de viabilizar o processo de reeducação e ressocialização do adolescente – Recurso desprovido.

VOTO

Trata-se de recurso de apelação interposto contra a r. sentença de fls. 178/187, que julgou procedente a representação ofertada contra o adolescente **K.A.S.** e o responsabilizou pela prática de atos infracionais equiparados aos crimes previstos nos arts. 180, *caput*, c.c. art. 29, *caput*, e 121, § 2º, V, c.c. 14, II, por duas vezes, na forma do art. 69, todos do Código Penal, aplicando a medida socioeducativa de internação. Inconformada, recorre a defesa pleiteando a absolvição por insuficiência de provas e, subsidiariamente, o abrandamento da medida socioeducativa (fls. 191/198).

Contrariedade oferecida pelo Ministério Público às fls. 202/208.

A r. decisão foi mantida, remetendo-se os autos a este Egrégio Tribunal de Justiça (fls. 210).

A d. Procuradoria de Justiça opinou pelo desprovimento do apelo (fls. 214/219).

Acesso ao Sumário

É o relatório.

O recurso interposto não comporta provimento.

Consta da representação que na madrugada do dia (...), por volta das (...), na altura do nº (...) da Avenida (...), Vila (...), na cidade de (...), K.A.S., previamente ajustado e com unidade de propósitos com o imputável A.R.P., conduziu e transportou, em proveito próprio, o veículo (...), placas (...), de propriedade de R.S. e roubado de A.S. em (...), coisa que sabia ser produto de crime.

Consta, ainda, que, no mesmo horário, data e local, o adolescente, previamente ajustado e com unidade de propósitos com o imputável A.R.P., tentou matar os Policiais Militares C.M.S.J. e D.W.G.B., mediante disparos de armas de fogo, não se consumando o ato infracional por circunstâncias alheias à sua vontade.

A materialidade dos atos infracionais ficou demonstrada pelas circunstâncias descritas nos boletins de ocorrência (fls. 8/14 e 33/39), pelo auto de apreensão (fls. 15/19), pelo auto de exibição e apreensão (fls. 20/22), pelo auto de entrega (fls. 29/30) e pelos laudos periciais (fls. 166/170 e 171/172).

A autoria também é incontroversa.

Ouvido em juízo, **K.A.S.** alegou que, no dia dos fatos, estava na porta de sua casa quando seu amigo A. chegou e o convidou para andar de carro. Disse: *"aí, quando nós paramos num posto, uma viatura viu a gente. Aí começou uma confusão, é meio confuso, porque eu estava louco por causa das drogas. Eu saí do carro e me joguei no chão. Ele começou a virar o veículo no posto, mas estava indo perto da viatura. Os policiais falaram pra gente que o carro era roubado. Parece que quando eles passaram por mim, o A. saiu. Os policiais balearam ele e me balearam também na perna, então eu me joguei na frente da viatura. Eles me perguntaram se eu estava armado, e eu falei que não"* (fls. 101/102 – sic). Porém, disse saber que o carro era produto de crime e disse que A. dirigia o veículo no momento da abordagem. Afirmou ser usuário de maconha e cocaína e que não estuda. Ao ser questionado pelo MM. Juiz se tem conhecimento de que andar em veículo roubado é crime, respondeu afirmativamente (fls. 101/104).

C.M.S.J., policial militar, reconheceu o adolescente K.A.S. em juízo. Disse que estava realizando uma abordagem a uma pessoa quando o adolescente e seu comparsa A. passaram com o veículo "(...)" atrás da viatura. Disse que, pelo fato de o veículo não ser comum, recordou-se do roubo de um veículo igual realizado dias antes. Afirmou que eles não obedeceram a ordem de parada e que foram efetuados disparos de arma de fogo de dentro do veículo. Disse só ter visto a luz da explosão e, por isso, não saber precisar se os tiros foram efetuados a partir do passageiro ou do condutor do veículo roubado. Afirmou que, mais para frente, o motorista do carro (...) parou o veículo e o jogou para cima da

Acesso ao Sumário

viatura, ocasião em que se jogou ao chão para não ser atropelado e efetuou dois ou três disparos em direção à porta do veículo. O motorista saiu do veículo com arma em punho ameaçando atirar, momento em que o outro policial, a fim de se defender, efetuou disparo, atingindo o motorista. Disse que K.A.S. era passageiro e ficou sentado no banco do carro. Afirmou que havia uma pistola no assoalho do lado do passageiro, onde o adolescente se encontrava e essa arma estava usada e o cartucho estava preso na câmara de disparo. Asseverou que o motorista (A.) estava com um revólver calibre 38, com cápsulas deflagradas. Afirmou que o adolescente não saiu do veículo porque tinha sido atingido na região da perna. Alegou que K.A.S. lhe disse que estava no carro a convite de A. e não sabia que esse estava armado, negando, inclusive, ter atirado contra os policiais. Disse que desconhecia o adolescente (fls. 147-mídia).

D.W.G.B., policial militar, disse, na audiência, que, ao avistarem o veículo roubado, ele e seu colega deram ordem de parada, que não foi obedecida. Afirmou que o adolescente e seu comparsa saíram em alta velocidade e, posteriormente, frearam o carro bruscamente para que a viatura policial colidisse com o veículo. Disse que disparos foram efetuados do lado do passageiro, onde o adolescente K.A.S. se encontrava. Afirmou que, quando o adolescente e seu comparsa pararam, o sargento desceu da viatura e, nesse momento A. deu ré a fim de atropelar o sargento. Disse que o sargento se jogou no chão e efetuou disparos na parte do pneu para baixo do veículo. Afirmou que A. desceu do veículo com arma em punho e não obedeceu à ordem dada para deixar a arma, ocasião em que a testemunha efetuou disparos contra A.. Asseverou que K.A.S. não tentou fugir e estava baleado. Disse que A. estava com um revólver calibre 38 e no assoalho do banco onde estava sentado o adolescente havia uma pistola 765, que tinha sido usada (tinha uma cápsula deflagrada travando a pistola). Afirmou que não conhecia K.A.S. (fls. 147-mídia).

Cumpre dizer que os policiais não estão legalmente impedidos de depor em processos nos quais tenham participado da fase investigativa, revestindo-se seus relatos de relevante valor probatório, ainda mais quando prestados em juízo, sob o crivo do contraditório.

Acesso ao Sumário

Ademais, nada de concreto foi trazido aos autos no sentido de infirmar as palavras dos Policiais Militares, sendo certo que eles não teriam razão alguma para imputar falsamente a prática de ato infracional a adolescente que sabem ser inocente.

Frise-se, inicialmente, que o adolescente disse, em juízo, que tinha conhecimento de que o automóvel (...) era roubado (fls. 102).

Ademais, ele e seu comparsa tentaram se evadir no momento em que avistaram a viatura policial, o que indica que eles sabiam que o automóvel era de origem ilícita.

Segundo entendimento jurisprudencial: *"É interessante assinalar, ainda, por relevante, que em se cuidando do crime descrito no art. 180, 'caput', do Código Penal, a prova é sutil e difícil, daí avultando a importância dos fatos circunstanciais que envolvem a infração e a própria conduta do agente.* ***Não é por outra razão que a jurisprudência, de forma reiterada e unânime, tem reconhecido que a posse injustificada da res inverte o ônus da prova, de tal sorte que é perfeitamente possível atribuir a responsabilidade pelo crime de receptação dolosa ao agente que recebe bens de origem espúria e não apresenta justificativa cabal e palpável a respeito do fato"*** (TJSP – Apelação nº 0088214-36.2008.8.26.0050, Rel. Sérgio Coelho, 10/11/2011).

Com efeito, a procedência da representação e a consequente responsabilização do adolescente pela prática de ato infracional equiparado ao delito previsto no art. 180, *caput*, c.c. 29, *caput*, ambos do Código Penal, era medida de rigor.

Por outro lado, de rigor, também, a procedência da representação no que tange à prática do ato infracional equiparado ao delito previsto no art. 121, § 2º, V c.c. art. 14, II, por duas vezes, na forma do art. 69, todos do Código Penal.

As provas coligidas aos autos demonstram que o adolescente, de fato, teve a intenção de matar os policiais militares C.M.S.J. e D.W.G.B. com o intuito de assegurar a impunidade e vantagem no crime de receptação. Patente, pois, o *animus necandi* na conduta praticada, que só não se consumou por circunstâncias alheias à vontade do adolescente e de seu comparsa.

Repise-se que, segundo os relatos dos policiais militares em juízo, os disparos foram efetuados do lado do passageiro, onde o adolescente K.A.S. se encontrava.

Ademais, deverá ser mantida a qualificadora prevista no art. 121, § 2º, V, do Código Penal, pois, da detida análise do contexto fático, vislumbra-se que o adolescente e seu comparsa atiraram contra os policiais militares com a finalidade específica de assegurar a impunidade e vantagem do crime de receptação praticado anteriormente.

Com efeito, a responsabilização de K.A.S. pela prática de atos infracionais análogos aos delitos previstos nos arts. 180, *caput*, c.c. 29, *caput*, e art. 121, § 2º, V c.c. art. 14, II, por duas vezes, na forma do art. 69, todos do Código Penal é medida que se impõe.

No tocante à medida socioeducativa, além de sua necessidade e excepcionalidade terem sido devidamente justificadas pelo d. magistrado de primeiro grau, a internação mostrou-se adequada ao caso.

O ato infracional análogo ao crime previsto no art. 121, § 2º c.c. art. 14, II, na forma do art. 69, todos do Código Penal foi praticado mediante o emprego de violência efetiva contra a pessoa, enquadrando-se, portanto, na hipótese prevista

Acesso ao Sumário

no art. 122, I, da Lei nº 8.609/90.

Não se pode perder de vista, ainda, que se trata de ato infracional equiparado a crime hediondo, cuja repreensão estatal deve ocorrer com maior rigor.

Importante frisar, ainda, que consoante se depreende do relatório de diagnóstico polidimensional (fls. 92/96), o adolescente está em defasagem e precisa de acompanhamento especializado para compreender a inadequação e a extrema gravidade de seus atos.

Destarte, considerando as peculiaridades das infrações, bem como as condições pessoais do adolescente, nesse momento, a medida socioeducativa de internação, além de necessária é a mais adequada ao seu processo de reeducação e ressocialização.

Isto posto, pelo meu voto, **NEGO PROVIMENTO** ao recurso de apelação interposto pelo adolescente **K.A.S.**, mantida, na íntegra, a r. sentença.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0000372-42.2014.8.26.0071, da Comarca de Bauru, em que é apelante A.C.R. (MENOR), 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. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 29.487)**

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, 16 de maio de 2016.

XAVIER DE AQUINO, Decano e Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: Apelação Cível – Tráfico de entorpecentes – Sentença que julgou procedente a representação e aplicou ao adolescente semiliberdade – Alegação de desacerto na aplicação da medida – Materialidade e autoria comprovadas – Inviabilidade de abrandamento, dadas as condições pessoais do adolescente, bem como a gravidade do ato perpetrado

– Recurso não provido.

VOTO

Trata-se de apelação interposta por A.C.R. contra r. sentença que julgou procedente a representação contra ele oferecida e lhe aplicou medida socioeducativa de semiliberdade, por até três anos, pela prática de ato infracional equiparado ao crime previsto no artigo 33, *caput*, da Lei nº 11.343/06 (fls. 103/107).

Requer o apelante, em síntese, em virtude dos princípios da excepcionalidade, atualidade e razoabilidade, a fixação de medida socioeducativa não restritiva da liberdade. Postula, ainda, a antecipação da tutela, a fim de que seja expedido contramandado de busca e apreensão (fls. 110/120).

Apresentadas as contrarrazões (fls. 125/133), restou mantido o r. *decisum* (fls. 134). Nesta instância, opinou a Douta Procuradoria Geral de Justiça pelo não provimento da insurgência (fls. 141/149).

É o relatório.

O apelo não comporta provimento.

Primeiramente, não há que se falar na concessão do efeito suspensivo ao presente recurso, não só em face de ele restar prejudicado diante do julgamento da matéria, como também, em razão do decidido no Enunciado nº 6, do Fórum Permanente de Estudos dos Juízes da Infância e da Juventude do Estado de São Paulo – FOPEJISP: *'A despeito da mudança legislativa do art. 198, inc. VI do Estatuto da Criança e do Adolescente, persiste o efeito meramente devolutivo dos recursos interpostos contra sentença de procedência em processo de apuração de atos infracionais, devendo ser definido pelo magistrado na própria sentença a aplicabilidade imediata da medida socioeducativa para efeito de expedição da guia de execução, fundando a decisão nos princípios da imediatidade e da celeridade'*.

O pedido de antecipação da tutela, por sua vez, resta prejudicado em face do julgamento do inconformismo.

Incontroversos, *in casu*, materialidade e autoria.

Consta da inicial que *'policiais militares em patrulhamento pelo local dos fatos avistaram o adolescente saindo de um terreno. Este, ao perceber a presença da viatura policial, saiu correndo e na fuga dispensava objetos de seu bolso. Abordado, em revista pessoal, foram apreendidos no bolso lateral de sua bermuda 18 pinos de cocaína. Indagado, admitiu o tráfico para os milicianos. Na sequência, os policiais apreenderam R$ 179,75, que havia sido dispensado quando da fuga.'*.

A materialidade restou demonstrada do que se infere do auto de apreensão

Acesso ao Sumário

em flagrante (fls. 3/5), termos de depoimento (fls. 6 e 8), boletim de ocorrência (fls. 11/14), auto de exibição e apreensão (fls. 15/16), laudos periciais (fls. 17/18 e 57/60) e nota de culpa (fls. 21/22).

De igual modo não remanescem dúvidas a respeito da autoria, conforme se verifica das declarações do menor (fls. 31 e 71/72).

Outrossim, a r. sentença se mostra incensurável no que tange à medida socioeducativa aplicada.

De fato, esta não se mostra excessiva, tampouco abusiva; ao contrário, revela ser a mais adequada e necessária neste momento. Isto porque visa proporcionar a reabilitação, a reeducação e a socialização de menor infrator, impondo-lhes freios e responsabilidades, de modo que beneficiar o apelante com medida mais branda só o prejudicará.

Dúvida não há que as condições pessoais do adolescente militam desfavoravelmente à pretendida substituição. Sua situação de vulnerabilidade social é patente. Não trabalha, sendo que estudou apenas até a sexta série. O relatório do CRAS informa que a família é de baixa renda, a mãe é falecida e ele ainda evadiu-se da comunidade terapêutica, estando com paradeiro ignorado, situação que resta agravada porque abandonou o tratamento que fazia no CRMI – Centro de Referência em Moléstias Infectocontagiosas por ser soro positivo (fls. 64/65).

Em tais circunstâncias, não se vislumbram motivos suficientes a justificar a aplicação de medida menos gravosa.

Pelo exposto, nego provimento ao recurso, sem prejuízo da determinação das necessárias medidas protetivas ao menor pelo MM. Juízo da Primeira Instância.

ACÓRDÃO

Acesso ao Sumário

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0005268-02.2015.8.26.0037, da Comarca de Araraquara, em que é apelante Promotor de Justiça da Vara da Infância e Juventude de Araraquara, é apelado L.A.O.S. (MENOR).

ACORDAM, em Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento em parte ao recurso para, julgando procedente a representação, aplicar ao adolescente L.A.O.S. a medida socioeducativa de internação, por prazo indeterminado. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 36049)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores

ADEMIR BENEDITO (VICE-PRESIDENTE) (Presidente) e RICARDO DIP (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO).

São Paulo, 6 de junho de 2016.

LUIZ ANTONIO DE GODOY, Relator e Presidente da Seção de Direito Privado

Ementa: ESTATUTO DA CRIANÇA E ADOLESCENTE – Ato infracional equiparado ao crime previsto no art. 157, § 2º, I e II, c.c. artigo 61, inciso II, letra h, do Código Penal – Autoria e materialidade devidamente comprovadas – Confissão do adolescente corroborada pelos depoimentos dos policiais militares responsáveis por sua apreensão – Reconhecimento extrajudicial levado a efeito pela vítima confirmado em Juízo – Retratação do ofendido irrelevante no contexto probatório dos autos – Internação – Medida socioeducativa que se mostra necessária e proporcional à gravidade do fato e à situação de vulnerabilidade em que se encontra o representado – Inteligência do artigo 122 do ECA – Reparação de danos – Medida inócua e desarrazoada – Impossibilidade de cumprimento – Recurso do MP parcialmente provido.

VOTO

Vistos.

Ao relatório da r. sentença de fls. 151/154, acrescenta-se que a representação oferecida pelo Ministério Público em face do menor L.A.O.S, fundada na prática de ato infracional equiparado ao crime previsto no artigo 157, § 2º, I e II, c.c. artigo 61, inciso II, letra *h* (vítima maior de 60 anos), do Código Penal, foi julgada improcedente.

Recorre o Ministério Público, sustentando, em resumo, que as provas coligidas nos autos comprovam a autoria do ato infracional imputado ao adolescente representado e autorizam a procedência da representação. Pede o provimento do recurso, aplicando-se ao adolescente as medidas socioeducativas de internação e de reparação de danos.

Foram oferecidas contrarrazões pelo menor (fls. 178/184). Remetidos os autos a este Tribunal, a d. Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo parcial provimento do recurso (fls. 193/198).

Acesso ao Sumário

É o relatório.

VOTO.

O recurso comporta parcial provimento.

A materialidade do ato infracional está comprovada pelo boletim de ocorrência de fls. 05/09 e pelas palavras da vítima, que confirmou a subtração de um aparelho de telefonia móvel e de R$ 4.000,00 (quatro mil reais) em moeda corrente nacional.

A autoria, por sua vez, é inquestionável.

Com efeito, o adolescente, por ocasião de sua apresentação em Juízo, confessou com riqueza de detalhes a autoria do ato infracional. Confirmou que, agindo em concurso de agentes e mediante grave ameaça exercida com emprego de simulacro de arma de fogo, subtraiu da vítima os pertences descritos na representação.

A confissão do adolescente veio corroborada pelos depoimentos dos policiais militares que participaram de sua apreensão. Os policiais militares B. e T. contaram, de forma coerente e segura, que o representado foi abordado em patrulhamento de rotina e acabou por confessar a autoria do ato infracional.

Em suma, o reconhecimento levado a efeito pela vítima na fase policial foi confirmado sob o crivo do contraditório, motivo pelo qual a retratação do ofendido em Juízo não interfere com a certeza da autoria que se extrai dos demais elementos de convicção colhidos nos autos.

A procedência da representação é, portanto, medida de rigor.

Passa-se à análise da medida socioeducativa a ser aplicada.

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 art. 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 resposta estatal mais severa, justamente para que o infrator não reconheça 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.

Acesso ao Sumário

Ademais, as condições pessoais do apelado também recomendam a aplicação da medida de internação, visto que ostenta passagens anteriores pelo Juízo da Infância e da Juventude, não estuda e não trabalha, tudo a indicar que consta com frágil respaldo familiar, incapaz de afastá-lo do convívio com a marginalidade, de forma que a segregação se impõe, tanto para a sua proteção pessoal, quanto da sociedade.

Nesse sentido, precedentes desta C. Câmara Especial:

0004472-72.2014.8.26.0222 Apelação / Ato Infracional

Relator: **Carlos Dias Motta**

Comarca: Guariba

Órgão julgador: Câmara Especial

Data do julgamento: 04/05/2015

Data de registro: 07/05/2015

Ementa: Apelação. Ato infracional análogo ao crime de tráfico de drogas (art. 33, *caput*, da Lei nº. 11.343/06). Sentença que julgou procedente a representação, aplicando ao adolescente a medida socioeducativa de internação, pelo prazo mínimo de seis meses. Análise da prova oral. Autoria e materialidade comprovadas. Admissibilidade da aplicação da medida extrema. Condições pessoais do menor que recomendam a imposição da medida drástica. Antecedentes infracionais. Artigo 122, inciso II, do ECA. Internação que não vem como pena, senão como programa de reabilitação. Manutenção da medida imposta, que se mostra necessária para a ressocialização do jovem. Recurso não provido.

Igual sorte, contudo, não merece o recurso no que concerne à medida socioeducativa de reparação dos danos, porque ausente qualquer possibilidade de o adolescente suportá-la, já que sequer trabalha, para além de ser pessoa de parcos recursos financeiros, cenário no qual a medida pretendida revela-se inócua e despropositada (artigo 116, parágrafo único, do ECA).

Isto posto, pelo meu voto, dá-se provimento em parte ao recurso para, julgando procedente a representação, aplicar ao adolescente L.A.O.S. a medida socioeducativa de internação, por prazo indeterminado.

Conflitos de Competência

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência nº 0001968-12.2016.8.26.0000, da Comarca de Assis, em que é suscitante MM. JUIZ DE DIREITO DA 1ª VARA CÍVEL DE ASSIS, é suscitado MM. JUIZ DE DIREITO DA VARA DO JUIZADO ESPECIAL CÍVEL DE ASSIS.

ACORDAM, em Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Julgaram procedente o presente conflito

Acesso ao Sumário

de competência e o fizeram para DECLARAR COMPETENTE o Juízo da 1ª Vara Cível de Assis, ora suscitante, para conhecer e julgar a ação. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 37.307)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ADEMIR BENEDITO (VICE-PRESIDENTE) (Presidente) e XAVIER DE AQUINO (DECANO).

São Paulo, 18 de abril de 2016.

SALLES ABREU, Relator e Presidente da Seção de Direito Criminal

Ementa: Conflito negativo de competência. Ação de obrigação de fazer ajuizada contra o Município de Assis. Custeio de cirurgia para colocação de prótese peniana. Necessidade de realização de perícia médica de considerável complexidade, o que afasta a competência do Juizado Especial da Fazenda Pública. Art. 98, I da Constituição Federal e art. 10 da Lei 12.153/09. Competência do Juízo suscitante da 1ª Vara Cível de Assis.

VOTO

Trata-se de conflito de competência suscitado pelo MM. Juiz de Direito da 1ª Vara Cível da Comarca de Assis em face do MM. Juiz de Direito da Vara do Juizado Especial Cível da mesma comarca, nos autos da ação de obrigação de fazer ajuizada por E.G.S.

Processado o presente conflito de competência, foi designado o Juizado Especial Cível da Comarca de Assis para tratar das questões urgentes (fl. 18).

A d. Procuradoria Geral de Justiça ofertou parecer nos autos (fls. 22/24).

É o relatório.

Inicialmente, registra-se que configurado se acha o conflito negativo de competência, uma vez que ambos os juízos declinaram da competência para processar e julgar a ação de obrigação de fazer proposta por E.G.S.

Trata-se de ação de obrigação de fazer em que o autor pretende ver o Município de Assis condenado a lhe custear cirurgia para colocação de prótese peniana em razão da dificuldade de ereção que enfrenta como consequência dos seus problemas de saúde.

Na inicial informa que o custo da cirurgia é de R$ 10.000,00 e que após perícia médica, será indicada cirurgia e procedimento necessários para solução do seu problema.

A ação foi distribuída para o Juizado Especial Cível de Assis, o qual declinou

Acesso ao Sumário

de sua competência sob o fundamento de que a matéria discutida necessita de produção de prova pericial médica (e exames), de relativa complexidade, para analisar a necessidade de o autor ser submetido ao tratamento requerido.

Redistribuída a ação para a 1ª Vara Cível de Assis, a MM. Juíza suscitou o conflito negativo, sustentando que sua vara é materialmente incompetente para processar e julgar a presente ação.

Pois bem, analisando o pleito do autor (realização de cirurgia para colocação de prótese peniana), tem-se que como acertada a decisão do juízo suscitado e isto porque a competência dos Juizados Especiais, de acordo com o art. 98, I da Constituição Federal, restringe-se, além das limitações quanto ao valor da causa, às causas cíveis de menor complexidade.

É dos autos que para análise do pedido formulado pelo autor será necessária a realização de perícia médica, capaz de avaliar o seu quadro clínico e verificar a real necessidade da cirurgia requerida, o que, por si só, demonstra a complexidade da matéria a afastar a competência dos Juizados Especiais.

A Lei 12.153/09, que disciplina sobre os Juizados Especiais da Fazenda Pública, prevê apenas a realização do exame técnico necessário ao julgamento, que não demanda a mesma complexidade que a prova pericial médica necessita.

Ante o exposto, pelo meu voto julgo procedente o presente conflito de competência e o faço para **DECLARAR COMPETENTE** o Juízo da 1ª Vara Cível de Assis, ora suscitante, para conhecer e julgar a ação.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência nº 0077616-32.2015.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é suscitante MM. JUIZ DE DIREITO DA 9ª VARA CÍVEL DO FORO REGIONAL DE SANTO AMARO, é suscitado MM. JUIZ DE DIREITO DA 2ª VARA CÍVEL DO FORO REGIONAL DE ITAQUERA.

ACORDAM, em Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Declararam competência do M. Juízo suscitado, qual seja, o da digna 2ª Vara Cível do Foro Regional de Itaquera. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto Nº 37.104)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ADEMIR BENEDITO (VICE-PRESIDENTE) (Presidente) e SALLES ABREU (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO CRIMINAL).

São Paulo, 9 de maio de 2016.

RICARDO DIP, Relator e Presidente da Seção de Direito Público

Acesso ao Sumário

Ementa: CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA.

– Ação declaratória de inexistência de débito cumulada com reparação de danos – Competência funcional absoluta – Possibilidade de declinação de ofício.

– Verbete n. 77 da Súmula deste E. Tribunal de Justiça – Relação de consumo – Propositura da ação no foro do domicílio do autor – Opção do consumidor – Inteligência do art. 101 do Código de Defesa do Consumidor.

Competência do M. Juízo suscitado para apreciar e decidir na espécie.

VOTO

RELATÓRIO:

1. Versam os autos conflito negativo de competência suscitado pelo M. Juízo da 9ª Vara Cível do Foro Regional de Santo Amaro em face do M. Juízo da 4ª Vara Cível do Foro Regional de Itaquera, nos autos de uma ação declaratória de inexistência de débito cumulada com reparação de danos, ajuizada por Edimir Silva Alves em face de Net Serviços de Comunicação.

Desfiou-se o conflito sob o argumento de que a competência para julgar a ação é do M. Juiz suscitado, considerados a relação de consumo e o critério norteador da competência desta C. Câmara Especial.

Colheu-se manifestação da digna Procuradoria Geral de Justiça (fls. 29-31).

É o relatório.

VOTO:

2. O conflito negativo de competência está configurado, a teor do inciso II do art. 66 do novo Código de Processo Civil.

3. A demanda foi distribuída livremente ao magistrado suscitado que considerou inaplicável o art. 101 do Código de Defesa do Consumidor, por não se tratar de ação de responsabilidade civil do fornecedor de produtos e serviços. Aduziu, deste modo, a necessidade de observação da regra geral de fixação de competência, domicílio do réu.

4. Na hipótese dos autos, tratando-se de competência entre foros regionais da Capital, a regra é funcional, de natureza absoluta, há inequívoca possibilidade de declinação de ofício pelo magistrado.

Acesso ao Sumário

Observa-se , no entanto, que a controvérsia cinge-se a relação de consumo, prevista no inc. I do art. 101 do Código de Defesa do Consumidor.

5. A despeito da interpretação do M. Juízo suscitado, a norma em comento não se refere somente às ações de responsabilidade civil do fornecedor de produtos ou serviços, mas às relações de consumo em geral, considerado o princípio constitucional norteador da proteção ao consumidor (inc. XXXII do art. 5º e inc. V do art. 170 da Constituição Federal).

A proteção ao consumidor deve ser a mais ampla possível, permitindo-se a escolha do ajuizamento da ação no foro do lugar onde está a sede da demanda da pessoa jurídica (al. *a* do inc. III do art. 53 do novo Cód. Proc. Civ.) ou onde se acha a agência ou sucursal, quanto às obrigações ali contraídas (al. *b* do inc . III do mesmo art. 53, combinado com o § 1º do art. 75 do Código Civil) ou, ainda, no foro do domicílio do autor (inc. I do art. 101 do Código de Defesa do Consumidor).

O autor, desse modo, faz jus à faculdade prevista na norma consumerista e, tendo optado pelo foro de seu domicílio, essa eleição deve ser respeitada, assim, na espécie, o suscitado, a **2ª Vara Cível do Foro Regional de Itaquera**.

6. Aplica-se ao caso, o verbete n. 77 da Súmula deste E. Tribunal de Justiça, *in verbis*:

> "A ação fundada em relação de consumo pode ser ajuizada no foro do domicílio do consumidor (art. 101, I, CDC) ou no do domicílio do réu (art. 94 do CPC), de sorte que não se admite declinação de competência de ofício em qualquer dos casos".

Nesse sentido, já se decidiu nesta Câmara: CC 0061077-25.2014 – Rel. Des. ISSA AHMED, j. 02.03.2015; CC 0024220-43.2015 – Rel. Des. LIDIA CONCEIÇÃO, j. 26.10.2015.

DO EXPOSTO, assina-se a competência do M. Juízo suscitado, qual seja, o da digna 2ª Vara Cível do Foro Regional de Itaquera.

Acesso ao Sumário

Habeas Corpus

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de *Habeas Corpus* nº 2049387-91.2016.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é impetrante DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO e paciente G.M.D. (MENOR).

ACORDAM, em Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Denegaram a ordem. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 35481)**

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, 11 de abril de 2016.

LUIZ ANTONIO DE GODOY, Relator e Presidente da Seção de Direito Privado

Ementa: *HABEAS CORPUS* – Infância e juventude – Ato infracional equiparado ao tráfico ilícito de entorpecentes – Descumprimento de medida de semiliberdade – Aplicação de internação-sanção – Art. 122, III, do ECA – Posterior prorrogação da medida – Possibilidade – Relatório técnico que recomenda a permanência do menor em internação – Extensão da medida pelo prazo máximo legal, para que se efetivem as providências necessárias à recuperação definitiva do educando – Art. 122, § 1º, do ECA – Ilegalidade não verificada, sendo admissível a prorrogação da internação-sanção – Precedentes – Ordem denegada.

VOTO

Vistos.

Trata-se de *habeas corpus* impetrado contra r. decisão proferida pelo MM. Juízo do Departamento de Execuções da Infância e Juventude da Capital, que determinou a prorrogação da internação-sanção pelo prazo máximo de três meses. Sustenta a impetrante, em síntese, que a prorrogação da medida até o prazo máximo de três meses possui fundamento que desvia da finalidade da internação-sanção, porquanto o paciente já foi efetivamente sancionado pelo descumprimento da medida.

Foi indeferido o pedido de liminar concessão da ordem de *habeas corpus* e dispensadas as informações (fls. 147/148).

A Procuradoria Geral de Justiça manifestou-se propondo a denegação da ordem (fls. 153/156).

É o relatório.

Com efeito, no caso em epígrafe, a internação-sanção foi inicialmente

Acesso ao Sumário

decretada em razão de descumprimento reiterado e injustificável da medida de semiliberdade aplicada ao paciente pela prática de ato infracional equiparado ao crime de tráfico ilícito de entorpecentes (fls. 16/23), nos exatos termos do artigo 122, inciso III, da Lei 8.069/90.

A reiteração no descumprimento da medida anteriormente imposta restou demonstrada pelos documentos de fls. 47, 50/53, 74, 75, 79/81 e 84/86, ao passo que a internação-sanção foi primeiramente decretada por 45 dias após prévia audiência de justificação em que foi ouvido o adolescente (fls. 105/108), em decisão devidamente fundamentada.

Sobreveio o relatório técnico copiado a fls. 131/136, em que foi sugerido que o menor "permaneça na internação sanção até seu prazo máximo, para que seja possível que as metas sejam alcançadas minimamente" (fls. 135).

Assim, proferiu a Juíza de Direito a decisão reproduzida a fls. 143/144, determinando a prorrogação da internação-sanção, observado o prazo máximo de três meses.

Referida decisão está suficientemente motivada e amparada em sugestão dos técnicos da Fundação CASA, com vistas à observância do princípio da proteção integral, para que se efetivem as providências necessárias à melhoria do educando, tudo a fim de se propiciar a continuidade do processo socioeducativo em meio aberto, sem maiores riscos ao infrator e à coletividade, que exige sua recuperação e não merece ficar exposta a indivíduos despreparados para o convívio social (fls. 143).

Conclui-se, portanto, que a manutenção da internação será benéfica ao processo de recuperação do adolescente, inexistindo óbice à extensão da medida no caso concreto, ainda que tivesse sido anteriormente decretada por período inferior a três meses.

Cumpre ressaltar inexistir ilegalidade na prorrogação da internação-sanção, desde que observado o prazo previsto no art. 122, § 1º, do ECA, o que restou expressamente consignado na decisão apontada como coatora (fls. 144).

É entendimento assente no âmbito desta Colenda Câmara Especial a possibilidade de prorrogação da medida:

> *"HABEAS CORPUS – INTERNAÇÃO SANÇÃO – DESCUMPRIMENTO INJUSTIFICADO DE MEDIDA EM MEIO ABERTO – DECISÃO SUFICIENTEMENTE FUNDAMENTADA DO R. JUÍZO A QUO – CIRCUNSTÂNCIAS PESSOAIS DESFAVORÁVEIS QUE JUSTIFICAM O DECRETO JUDICIAL DE INTERNAÇÃO SANÇÃO E SUA PRORROGAÇÃO – DECISÃO QUE ATENDE AO PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO INTEGRAL – ORDEM DENEGADA"* (*Habeas Corpus* nº 2024716-38.2015.8.26.0000, São Paulo, Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, v. un., Rel. Des. Artur Marques, em 30/3/15).

Acesso ao Sumário

"*Habeas corpus* – ato infracional equiparado ao delito previsto no artigo 157, § 2º, I e II, do Código Penal – descumprimento de semiliberdade – decretação de internação-sanção do menor – impetração contra decisão que manteve a medida de internação-sanção pelo período máximo permitido – alegação de constrangimento ilegal – ausência de ilegalidade – ordem denegada" (*Habeas Corpus* nº 2251841-94.2015.8.26.0000, São Paulo, Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, v. un., Rel. Des. Eros Piceli, em 1º/2/16).

Em suma, não havendo qualquer ilegalidade a ser reconhecida na hipótese, mantém-se a determinação contida na decisão copiada a fls. 143/144.

Isto posto, pelo meu voto, denego a ordem.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de *Habeas Corpus* nº 2068643-20.2016.8.26.0000, da Comarca de Bragança Paulista, em que é impetrante A.E.S.B. e paciente M.S.S. (MENOR).

ACORDAM, em Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Denegaram a ordem. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 38.400)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ADEMIR BENEDITO (VICE-PRESIDENTE) (Presidente) e SALLES ABREU (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO CRIMINAL).

São Paulo, 9 de maio de 2016.

RICARDO DIP, Relator e Presidente da Seção de Direito Público

Ementa: *HABEAS CORPUS*.

– Infringência da norma do caput do art. 35 da Lei n. 11.343/2006.

– Impetração contra decisum que impôs ao paciente internação provisória, nos termos do art. 108 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

– Delito de extrema gravidade que justifica a medida imposta. Procedência originária da representação, com inflição de internamento.

Denegação da ordem.

Acesso ao Sumário

VOTO

RELATÓRIO:

1. Cuida o caso em exame de *habeas corpus* impetrado por A.E.S.B. em favor do adolescente M.S.S., internado provisoriamente por força de r. decisão de e-págs. 130-1, que recebeu a representação formulada em face do paciente pela prática de ato infracional equiparado ao crime previsto no *caput* do art. 35 da Lei n. 11.343/2006 (de 23-8).

2. Alega o impetrante, *ad summam*, ausência de fundamentação legal exigida pelo inc. IX do art. 93 da Constituição federal, e que a medida socioeducativa aplicada não respeitou as determinações do Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA (Lei n. 8.069, de 13-7-1990), em especial o disposto no parágrafo único do art. 108 e do art. 122. Argumenta, ainda, que o paciente é primário e não possui maus antecedentes, não sendo cabível a medida socioeducativa de internação, pleiteia a concessão de liminar a fim de que o paciente aguarde o deslinde da causa em liberdade (e-págs. 1-8).

Houve indeferimento da liminar (e-págs. 175-6), e, com as informações da origem (e-pág. 180), opinou a digna Procuradoria Geral de Justiça pela denegação do *writ* (e-págs. 182-5).

É o relatório do necessário.

VOTO:

3. O M. Juízo *a quo*, em decisão fundamentada e atenta aos ditames do parágrafo único do art. 108 do Estatuto da Criança e do Adolescente, concluiu bastantes a prova da materialidade e a existência de indícios de autoria (conforme minuciosa investigação de e-págs. 54-82), para aplicar a disputada medida provisória, que se teve por de imperiosa necessidade (e-págs. 130-1).

Observou-se, no caso, o princípio do livre convencimento motivado, consoante pacificada orientação jurisprudencial e doutrinária, com fundamento no inciso IX, do art. 93 da Constituição federal.

4. É de todo razoável a ideia de ostentar perigosidade em ato o adolescente que pratique associação para o tráfico de drogas, ilícito equiparado a crime hediondo, pois tem aquele o intuito do lucro fácil, sem esforço, com menosprezo do trabalho honesto, em prejuízo da vida de pessoas indeterminadas, com reflexos no seio da comunidade.

A decretação do internamento provisório, na hipótese concreta, atende ao princípio da proteção integral, pois afasta o adolescente do ambiente deletério que o levou à prática ilícita, para o início imediato de sua reestruturação, beneficiando-o com medidas pedagógicas ou terapêuticas necessárias a sua reeducação.

Preenchidos, assim, os requisitos previstos no art. 174 da Lei n. 8.069/1990

Acesso ao Sumário

(de 13-7), deve ser mantido o r. *decisum* que decretou a internação provisória do ora paciente.

DO EXPOSTO, pelo meu voto, denego a ordem.

Acesso ao Sumário

CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação n. 0012929-18.2014.8.26.0344, da Comarca de Marília, em que é apelante MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, são apelados R.G.A.B. (MENOR REPDO. P/ A.G.A.) e G.G.A.B. (MENOR REPDA. P/ A.G.A.).

ACORDAM, em Conselho Superior de Magistratura do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "DERAM PROVIMENTO AO RECURSO, V.U. DECLARARÁ VOTO CONVERGENTE O DESEMBARGADOR RICARDO DIP.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto CSM n. 29.201)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores PAULO DIMAS MASCARETTI (Presidente), ADEMIR BENEDITO, XAVIER DE AQUINO, LUIZ ANTONIO DE GODOY, RICARDO DIP e SALLES ABREU.

São Paulo, 8 de abril de 2016.

PEREIRA CALÇAS, Relator

Ementa: REGISTRO DE IMÓVEIS – ESCRITURA DE COMPRA E VENDA – AQUISIÇÃO DE BEM POR MENORES INCAPAZES – ORIGEM DESCONHECIDA DOS RECURSOS – NECESSIDADE DE ALVARÁ JUDICIAL – VERIFICAÇÃO, PELO MINISTÉRIO PÚBLICO E PELO ÓRGÃO JURISDICIONAL, DA EFETIVA PROTEÇÃO DO INTERESSE DOS MENORES – IMPOSSIBILIDADE DE REGISTRO – PRECEDENTES DO EGRÉGIO CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA – RECURSO PROVIDO.

Acesso ao Sumário

VOTO

Vistos.

Trata-se de recurso de apelação interposto em face de sentença que julgou improcedente dúvida suscitada pelo Oficial do 2º Registro de Imóveis de Marília, que negou registro de escritura de venda e compra, relativa à aquisição de bem imóvel por menores incapazes.

A sentença baseou-se no argumento de que não há prejuízo aos menores, mas ganhos, já que estão adquirindo patrimônio.

O recurso ressalta que há precedente da Corregedoria Geral da Justiça sobre a necessidade de alvará judicial para a aquisição e as NSCGJ, ademais, vão no mesmo sentido.

A D. Procuradoria de Justiça opinou pelo provimento do recurso.

É o relatório.

Passo a decidir.

O recurso comporta provimento.

Há precedentes do Egrégio Conselho Superior da Magistratura – apelações n. 0072005-60.2013 e 9000002-71.2014, por mim relatadas –, similares ao caso dos autos.

As razões de provimento do recurso, portanto, são as mesmas.

O item 41, 'e', do Cap. XIV, das NSCGJ, diz que o Tabelião de Notas, antes da lavratura de qualquer ato, deve:

> *"exigir os respectivos alvarás, para os atos que envolvam espólio, massa falida, herança jacente ou vacante, empresário ou sociedade empresária em recuperação judicial, **incapazes**, sub-rogação de gravames e outros que dependam de autorização judicial para dispor ou adquirir bens imóveis ou direitos a eles relativos, sendo que, para a venda de bens de menores incapazes, o seu prazo deverá estar estabelecido pela autoridade judiciária."*

O item é composto de duas partes distintas. A primeira parte diz que o Tabelião deve *"exigir os respectivos alvarás, para os atos que envolvam espólio, massa falida, herança jacente ou vacante, empresário ou sociedade empresária em recuperação judicial, **incapazes**, sub-rogação de gravames e outros que dependam de autorização judicial para dispor ou adquirir bens imóveis ou direitos a eles relativos"*. A segunda parte afirma que *"para a venda de bens de menores incapazes, o seu prazo deverá estar estabelecido pela autoridade judiciária."*

Ora, em nenhum momento o item dispõe que não é necessário alvará para a aquisição de imóvel por menor incapaz. Ao contrário. Ele é claro ao afirmar a exigência de alvará para atos que envolvam incapazes e outros que dependam de autorização judicial para dispor **ou adquirir** bens imóveis ou direitos a ele relativos.

A ressalva da segunda parte do item em nada infirma o que foi dito. Aliás, o dispositivo apenas repete o art. 220, parágrafo único, das NSCGJ – Cartórios Judiciais. Trata-se, tão somente, de uma precaução a mais, dada a relevância, perante o ordenamento, da alienação de bem de menor incapaz. Exigem as

Normas que, no caso específico de alvará para alienação, o prazo deverá estar estabelecido pela autoridade judiciária. De onde se conclui que, nos demais casos, embora necessário o alvará, não se exige a indicação de prazo.

Visto que as Normas não dispensam a apresentação de alvará, resta verificar se o Código Civil o faz. E a resposta também é negativa.

O art. 1.691 dispõe que os pais não podem alienar, ou gravar de ônus real, os imóveis dos filhos, nem contrair, em nome deles, obrigações que ultrapassem os limites da simples administração, salvo por necessidade ou evidente interesse da prole, mediante prévia autorização do juiz.

A sentença aduz que não se tratou de alienar nem de gravar de ônus real imóvel de menores. Ao contrário, cuidou-se de adquirir patrimônio em seu favor, o que vai ao encontro de seu melhor interesse. Nada se perdeu, mas se acresceu ao patrimônio dos incapazes. Daí porque seria desnecessária autorização judicial.

O argumento não convence. O negócio de compra e venda do imóvel implicou a contração de obrigação – pagamento do preço de R$ 105.000,00 – que ultrapassa, absolutamente, os limites da mera administração. E não há qualquer comprovação de necessidade ou evidente interesse dos incapazes, o que, justamente, deveria ter sido feito mediante pedido de alvará, quando o Juiz verificaria a presença de tais requisitos.

Não se indicou, na escritura, de onde vieram os recursos para a compra do imóvel. Há de se presumir, portanto, que se tratou de recursos próprios dos menores. É a única conclusão que permite a leitura do título.

Ora, se são recursos dos incapazes e se, como visto, o ato implicou a contração de obrigação que ultrapassa os limites da simples administração, é evidente que o alvará era necessário. Há uma série de circunstâncias que o Juiz Togado deve verificar para concluir que negócio de tal monta interessa mesmo ao incapaz ou se é necessário. Isso porque, na verdade, há possibilidade de que ele esteja sendo usado para encobrir fraude contra credores ou ao fisco, dado que o vendedor é seu pai.

Mesmo os aspectos relativos ao negócio em si deveriam ter sido apreciados pelo Ministério Público e pelo Juiz, no melhor interesse dos menores. Cite-se, ainda que na esfera jurisdicional, trecho do Acórdão do Agravo de Instrumento n. 152.031.4-0 – Rel. Des. Zélia Maria Antunes Alves, onde se esclarecem as razões pelas quais a intervenção é pertinente:

> *Agravo de Instrumento – Alvará – Aquisição de imóvel, com numerário de menor absolutamente incapaz – Avaliações elaboradas por imobiliárias – Inadmissibilidade – Necessidade de proteção do patrimônio do menor – Determinação de avaliação judicial, para aferição do real valor do bem – Recurso provido.*
>
> *"Em se tratando de operação de venda e compra, por menor,*

Acesso ao Sumário

Jurisprudência - CSM

absolutamente incapaz, com numerário próprio, representada por sua mãe, de rigor, para prevenir possível prejuízo, seja o bem imóvel, a ser adquirido, avaliado, por perito nomeado pelo Juízo.

Não basta, ao contrário do entendimento pela MM. Juíza 'a quo', embora louvável sua preocupação com os gastos com a perícia, a serem suportados pela própria menor, ora agravada, a juntada de avaliações, simples e sucintas, elaboradas por 03 (três) imobiliárias distintas, apresentadas por sua representante.

Tais avaliações, ainda que não se discuta a idoneidade das empresas que as realizaram, em razão de solicitadas por pessoa diretamente interessada na transação, não substituem, para o fim a que se destinam – compra de imóvel com numerário pertencente a menor, cujos interesses devem ser acima de tudo protegidos, a avaliação por perito judicial.

Impõe-se, na espécie, para a proteção e segurança do patrimônio da menor, ora agravada, total controle e pleno conhecimento, pelo Juízo e pelo Ministério Público, órgãos incumbidos pelo Estado de zelar pelos interesses dos incapazes, de todas as circunstâncias e pormenores do negócio, principalmente, o valor de mercado do imóvel.

Em assim sendo, imprescindível a avaliação judicial, por perito especializado, com descrição pormenorizada do imóvel e do local onde se situa, e, com indicação fundamentada de seu real valor de mercado."

Dessa maneira, por qualquer ângulo que se analise a questão, a conclusão é pela necessidade do alvará, razão pela qual andou bem o Oficial ao negar o registro da escritura pública.

Ante o exposto, pelo meu voto, DOU PROVIMENTO ao recurso.

DECLARAÇÃO DE VOTO VENCEDOR

(Voto n. 37.897)

VISTO

1. Adoto o relatório lançado no voto do eminente Relator, o Corregedor Geral da Justiça de São Paulo, Des. MANOEL DE QUEIROZ PEREIRA CALÇAS.

2. No registro de aquisição onerosa (compra e venda) de imóvel por incapaz, distinguem-se:

(i) a hipótese em que a compra se dá com emprego de numerário do incapaz;

(ii) a em que nada consta, na titulação, sobre a origem do valor pecuniário utilizado; e

Acesso ao Sumário

(iii) a última, na qual a aquisição se faz com expressa informação de que o preço foi satisfeito com montante doado ao comprador.

3. Na primeira hipótese, incide a norma do *caput* do art. 1.691 do Código Civil: o registro da aquisição exige autorização judicial, por óbvio prévia, porque a obrigação contraída pelo incapaz, qual a do pagamento do preço do imóvel, não é das que se possam considerar inseridas "nos limites da simples administração".

4. Nas outras duas hipóteses, contudo, não se exige o alvará judicial, por a ambas estender-se o disposto no art. 543 do Código Civil, em que se dispensa até a aceitação do absolutamente incapaz quando a doação é pura.

5. O título em exame nestes autos nada informa sobre a origem do numerário com que o imóvel objeto foi comprado. Daí a prudência com que se solve o tema de modo que se acolha a melhor parte em favor do incapaz.

6. Seria, acaso, de esperar do bom exercício do *cavere* notarial que, na escritura, em caso de aquisição onerosa por incapaz, sempre se indicasse a origem do valor monetário do preço despendido.

DO EXPOSTO, meu voto dá provimento à apelação do Ministério Público.

RICARDO DIP, Desembargador Presidente da Seção de Direito Público

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0014662-19.2014.8.26.0344, da Comarca de Marília, em que é apelante MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, são apelados V.C.G. e L.C.G.

ACORDAM, em Conselho Superior de Magistratura do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "DERAM PROVIMENTO AO RECURSO, V.U. DECLARARÁ VOTO CONVERGENTE O DESEMBARGADOR RICARDO DIP.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 29.214)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores PAULO DIMAS MASCARETTI (Presidente), ADEMIR BENEDITO, XAVIER DE AQUINO, LUIZ ANTONIO DE GODOY, RICARDO DIP e SALLES ABREU.

São Paulo, 8 de abril de 2016.

PEREIRA CALÇAS, Relator

Ementa: REGISTRO DE IMÓVEIS – ESCRITURA DE COMPRA E VENDA – AQUISIÇÃO

Acesso ao Sumário

DE BEM POR MENORES INCAPAZES – ORIGEM DESCONHECIDA DOS RECURSOS – NECESSIDADE DE ALVARÁ JUDICIAL – VERIFICAÇÃO, PELO MINISTÉRIO PÚBLICO E PELO ÓRGÃO JURISDICIONAL, DA EFETIVA PROTEÇÃO DO INTERESSE DOS MENORES – IMPOSSIBILIDADE DE REGISTRO – PRECEDENTES DO EGRÉGIO CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA – RECURSO PROVIDO.

VOTO

Trata-se de recurso de apelação interposto em face de decisão que julgou improcedente dúvida suscitada pelo Oficial do 2º Registro de Imóveis de Marília, que negou registro de escritura de venda e compra, relativa à aquisição de bem imóvel por menores incapazes.

A sentença baseou-se no argumento de que não há prejuízo aos menores, mas ganhos, já que estão adquirindo patrimônio.

O recurso ressalta que há precedente da Corregedoria Geral da Justiça sobre a necessidade de alvará judicial para a aquisição e as NSCGJ, ademais, vão no mesmo sentido.

A D. Procuradoria de Justiça opinou pelo provimento do recurso.

É o relatório.

O recurso comporta provimento.

Há precedentes do Egrégio Conselho Superior da Magistratura – apelações nº 0072005-60.2013, 9000002-71.2014 e 0007371-65.2014.8.26.0344 –, similares ao caso dos autos.

As razões de provimento do recurso, portanto, são as mesmas.

O item 41, 'e', do Cap. XIV, das NSCGJ, diz que o Tabelião de Notas, antes da lavratura de qualquer ato, deve:

*"exigir os respectivos alvarás, para os atos que envolvam espólio, massa falida, herança jacente ou vacante, empresário ou sociedade empresária em recuperação judicial, **incapazes**, sub-rogação de gravames e outros que dependam de autorização judicial para dispor ou adquirir bens imóveis ou direitos a eles relativos, sendo que, para a venda de bens de menores incapazes, o seu prazo deverá estar estabelecido pela autoridade judiciária."*

O item é composto de duas partes distintas. A primeira parte diz que o Tabelião deve *"exigir os respectivos alvarás, para os atos que envolvam espólio, massa falida, herança jacente ou vacante, empresário ou sociedade empresária*

em recuperação judicial, ***incapazes****, sub-rogação de gravames e outros que dependam de autorização judicial para dispor ou adquirir bens imóveis ou direitos a eles relativos"*. A segunda parte afirma que *"para a venda de bens de menores incapazes, o seu prazo deverá estar estabelecido pela autoridade judiciária."*

Ora, em nenhum momento o item dispõe que não é necessário alvará para a aquisição de imóvel por menor incapaz. Ao contrário. Ele é claro ao afirmar a exigência de alvará para atos que envolvam incapazes e outros que dependam de autorização judicial para dispor **ou adquirir** bens imóveis ou direitos a eles relativos.

A ressalva da segunda parte do item em nada infirma o que foi dito. Aliás, o dispositivo apenas repete o art. 220, parágrafo único, das NSCGJ – Cartórios Judiciais. Trata-se, tão somente, de uma precaução a mais, dada a relevância, perante o ordenamento, da alienação de bem de menor incapaz. Exigem as Normas que, no caso específico de alvará para alienação, o prazo deverá estar estabelecido pela autoridade judiciária. De onde se conclui que, nos demais casos, embora necessário o alvará, não se exige a indicação de prazo.

Visto que as Normas não dispensam a apresentação de alvará, resta verificar se o Código Civil o faz. E a resposta também é negativa.

O art. 1.691 dispõe que os pais não podem alienar, ou gravar de ônus real, os imóveis dos filhos, nem contrair, em nome deles, obrigações que ultrapassem os limites da simples administração, salvo por necessidade ou evidente interesse da prole, mediante prévia autorização do juiz.

A sentença aduz que não se tratou de alienar nem de gravar de ônus real imóvel de menores. Ao contrário, cuidou-se de adquirir patrimônio em seu favor, o que vai ao encontro de seu melhor interesse. Nada se perdeu, mas se acresceu ao patrimônio dos incapazes. Daí porque seria desnecessária autorização judicial.

O argumento não convence. O negócio de compra e venda do imóvel implicou a contração de obrigação – pagamento do preço de R$ 105.000,00 – que ultrapassa, absolutamente, os limites da mera administração. E não há qualquer comprovação de necessidade ou evidente interesse dos incapazes, o que, justamente, deveria ter sido feito mediante pedido de alvará, quando o Juiz verificaria a presença de tais requisitos.

Não se indicou, na escritura, de onde vieram os recursos para a compra do imóvel. Há de se presumir, portanto, que se tratou de recursos próprios dos menores. É a única conclusão que permite a leitura do título.

Ora, se são recursos dos incapazes e se, como visto, o ato implicou a contração de obrigação que ultrapassa os limites da simples administração, é evidente que o alvará era necessário. Há uma série de circunstâncias que o Juiz Togado deve verificar para concluir que negócio de tal monta interessa mesmo

Acesso ao Sumário

ao incapaz ou se é necessário. Isso porque, na verdade, há possibilidade de que ele esteja sendo usado para encobrir fraude contra credores ou ao fisco, dado que o vendedor é seu pai.

Mesmo os aspectos relativos ao negócio em si deveriam ter sido apreciados pelo Ministério Público e pelo Juiz, no melhor interesse dos menores. Cite-se, ainda na esfera jurisdicional, trecho do Acórdão do Agravo de Instrumento nº 152.031.4-0 – Rel. Des. Zélia Maria Antunes Alves, onde se esclarecem as razões pelas quais a intervenção é pertinente:

Agravo de Instrumento – Alvará – Aquisição de imóvel, com numerário de menor absolutamente incapaz – Avaliações elaboradas por imobiliárias – Inadmissibilidade – Necessidade de proteção do patrimônio do menor – Determinação de avaliação judicial, para aferição do real valor do bem – Recurso provido.

"Em se tratando de operação de venda e compra, por menor, absolutamente incapaz, com numerário próprio, representada por sua mãe, de rigor, para prevenir possível prejuízo, seja o bem imóvel, a ser adquirido, avaliado, por perito nomeado pelo Juízo.

Não basta, ao contrário do entendimento pela MM. Juíza 'a quo', embora louvável sua preocupação com os gastos com a perícia, a serem suportados pela própria menor, ora agravada, a juntada de avaliações, simples e sucintas, elaboradas por 03 (três) imobiliárias distintas, apresentadas por sua representante.

Tais avaliações, ainda que não se discuta a idoneidade das empresas que as realizaram, em razão de solicitadas por pessoa diretamente interessada na transação, não substituem, para o fim a que se destinam – compra de imóvel com numerário pertencente a menor, cujos interesses devem ser acima de tudo protegidos, a avaliação por perito judicial.

Impõe-se, na espécie, para a proteção e segurança do patrimônio da menor, ora agravada, total controle e pleno conhecimento, pelo Juízo e pelo Ministério Público, órgãos incumbidos pelo Estado de zelar pelos interesses dos incapazes, de todas as circunstâncias e pormenores do negócio, principalmente, o valor de mercado do imóvel.

Em assim sendo, imprescindível a avaliação judicial, por perito especializado, com descrição pormenorizada do imóvel e do local onde se situa, e, com indicação fundamentada de seu real valor de mercado."

Dessa maneira, por qualquer ângulo que se analise a questão, a conclusão é pela necessidade do alvará, razão pela qual andou bem o Oficial ao negar o registro da escritura pública.

Ante o exposto, DOU PROVIMENTO ao recurso.

Acesso ao Sumário

DECLARAÇÃO DE VOTO VENCEDOR

(Voto n. 37.898)

VISTO

1. Adoto o relatório lançado no voto do eminente Relator, o Corregedor Geral da Justiça de São Paulo, Des. MANOEL DE QUEIROZ PEREIRA CALÇAS.

2. No registro de aquisição onerosa (compra e venda) de imóvel por incapaz, distinguem-se:

(i) a hipótese em que a compra se dá com emprego de numerário do incapaz;

(ii) a em que nada consta, na titulação, sobre a origem do valor pecuniário utilizado; e

(iii) a última, na qual a aquisição se faz com expressa informação de que o preço foi satisfeito com montante doado ao comprador.

3. Na primeira hipótese, incide a norma do *caput* do art. 1.691 do Código Civil: o registro da aquisição exige autorização judicial, por óbvio prévia, porque a obrigação contraída pelo incapaz, qual a do pagamento do preço do imóvel, não é das que se possam considerar inseridas "nos limites da simples administração".

4. Nas outras duas hipóteses, contudo, não se exige o alvará judicial, por a ambas estender-se o disposto no art. 543 do Código Civil, em que se dispensa até a aceitação do absolutamente incapaz quando a doação é pura.

5. O título em exame nestes autos nada informa sobre a origem do numerário com que o imóvel objeto foi comprado. Daí a prudência com que se solve o tema de modo que se acolha a melhor parte em favor do incapaz.

6. Seria, acaso, de esperar do bom exercício do *cavere* notarial que, na escritura, em caso de aquisição onerosa por incapaz, sempre se indicasse a origem do valor monetário do preço despendido.

DO EXPOSTO, meu voto dá provimento à apelação do Ministério Público.

RICARDO DIP, Desembargador Presidente da Seção de Direito Público

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação n.º 1057061-65.2015.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante C.N.F.S.,

Acesso ao Sumário

é apelado 4º OFICIAL DE REGISTRO DE IMÓVEIS DA COMARCA DA CAPITAL.

ACORDAM, em Conselho Superior de Magistratura do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO, V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto CSM n.º 29.127)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores PAULO DIMAS MASCARETTI (Presidente), ADEMIR BENEDITO, XAVIER DE AQUINO, LUIZ ANTONIO DE GODOY, RICARDO DIP e SALLES ABREU.

São Paulo, 8 de abril de 2016.

PEREIRA CALÇAS, Relator

Ementa: REGISTRO DE IMÓVEIS – Dúvida julgada procedente, impedindo-se o registro de Escritura Pública de Transação – Quebra dos princípios da legalidade e da continuidade – Recurso desprovido.

VOTO

Trata-se de dúvida suscitada pelo Oficial do 4º Cartório de Registro de Imóveis da Capital, afirmando ser inviável o registro da Escritura Pública de Transação de fls. 24/31, por conta da quebra dos princípios da legalidade e da continuidade.

A recorrente é separada judicialmente de L.S.D. e, na partilha, constou que os bens reverteriam a ela. No entanto, no que toca aos imóveis de matrículas (...) e (...), o outorgante, L., os alienou fiduciariamente ao Banco (...). A outorgada, que, conforme a Escritura, era a real titular do imóvel, ajuizou ação de nulidade de negócio jurídico, que está em grau de recurso. Pretende registrar a escritura para esclarecer a terceiros que o outorgante concorda com a reversão dos imóveis a ela. O título também aponta que cabe a ela o gozo de todos os direitos inerentes à posse e à propriedade.

A sentença circundou o entendimento de que o título não pode ser registrado, seja porque não existe previsão legal para o registro, seja porque a recorrente não consta da escritura.

A recorrente alega que não há vedação legal ao registro da Escritura, que privilegiaria o princípio da boa-fé objetiva e garantiria seus direitos. Diz, também, que não haveria prejuízo a terceiros e que a Lei n.º 13.097/15, em seus artigos 54 e seguintes, permite o registro.

A Douta Procuradoria Geral de Justiça manifestou-se pelo desprovimento do recurso.

Acesso ao Sumário

É o relatório.

O recurso não comporta provimento.

Na esfera registrária, o princípio da legalidade assume a função atribuída ao registrador de exercer o controle sobre os títulos que ingressam para registro na serventia imobiliária. Como destaca Narciso Orlandi Neto, "estabelece a lei, pois, um filtro de legalidade para os títulos, sujeitando-os, antes do registro, à qualificação" (ORLANDI NETO, Narciso. Retificação do registro de imóveis. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 1999, p. 74).

Segundo Luiz Guilherme Loureiro, "na esfera do direito registral, o princípio da legalidade pode ser definido como aquele pelo qual se impõe que os documentos submetidos ao Registro devem reunir os requisitos exigidos pelas normas legais para que possam aceder à publicidade registral. Destarte, para que possam ser registrados, os títulos devem ser submetidos a um exame de qualificação por parte do registrador, que assegure sua validade e perfeição." (LOUREIRO, Luiz Guilherme. Registros Públicos: teoria e prática. 5ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 307).

Pois bem. O rol dos atos suscetíveis de registro é taxativo, quer dizer, a enumeração é *numerus clausus*, razão pela qual apenas os atos expressamente previstos em lei, ainda que fora da lista do artigo 167, I, da Lei n.º 6.015/1973, são passíveis de registro.

Ao fazer o juízo de legalidade do título, o Oficial, de maneira correta, verificou que não existe previsão legal para o seu registro. Ao contrário da regra de que, ausente vedação expressa, permite-se o ato, aqui, em matéria registrária, ausente previsão expressa, não se permite o ato.

Nem se diga que a Lei n.º 13.097/15 daria guarida à pretensão da recorrente. Não há qualquer dispositivo nesse sentido. Basta ler os artigos 54 e seguintes e se verá que eles tratam de registro e averbação de ações ou decisões judiciais. O que a recorrente pretende é o registro de escritura pública.

Não fosse apenas isso, a recorrente não figura nas matrículas e, portanto, o registro da escritura feriria o princípio da continuidade.

Afrânio de Carvalho explica o princípio da continuidade da seguinte forma: *"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 a preexistência do imóvel no patrimônio do transferente" (Registro de Imóveis, Editora Forense, 4ª Ed., p. 254).*

Ora, se a recorrente não consta da matrícula, restaria ferido o princípio, já que pessoa estranha ao domínio do bem viria a fazer parte do folio real.

O ferimento dos princípios acima impede, absolutamente, o registro do

Acesso ao Sumário

título, de maneira que são impertinentes os demais argumentos trazidos pela recorrente.

Nesses termos, pelo meu voto, nega-se provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1071732-93.2015.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante S.M.V.A., é apelado 16º OFICIAL DE REGISTRO DE IMÓVEIS DA COMARCA DA CAPITAL.

ACORDAM, em Conselho Superior de Magistratura do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO, V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 29.124)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores PAULO DIMAS MASCARETTI (Presidente), ADEMIR BENEDITO, XAVIER DE AQUINO, LUIZ ANTONIO DE GODOY, RICARDO DIP e SALLES ABREU.

São Paulo, 8 de abril de 2016.

PEREIRA CALÇAS, Relator

Ementa: REGISTRO DE IMÓVEIS – Dúvida inversa julgada procedente – Escritura pública de venda e compra outorgada após partilha de divórcio – Nota de devolução com exigência para recolhimento do ITBI – Interessado (outorgante) que fora casado pelo regime da comunhão universal – Comunicabilidade dos bens adquiridos antes do casamento – Ato translativo que constitui fato gerador da obrigação tributária – Legalidade da exigência – Recurso não provido.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de recurso de apelação interposto contra sentença proferida pela MMª. Juíza Corregedora Permanente do 16º Oficial de Registro de Imóveis da Comarca de São Paulo que, ao julgar procedente dúvida inversa suscitada, manteve a recusa de registro de escritura pública de compra e venda, sob o fundamento de que a celebração do casamento resultou na comunicação dos bens em razão do regime da comunhão universal, tornando obrigatório o pagamento do ITBI (da parte ideal que o varão recebeu além de sua meação), conforme

inteligência do art. 289 da Lei nº 6.015/73.

O apelante sustenta, em síntese, que o recolhimento do tributo não é devido, uma vez que o bem foi adquirido em sua integralidade em 16/05/1983 (através de escritura pública outorgada em 1983, objeto do R-(...) do 16º RI), ou seja, antes do casamento ocorrido em 10/01/1985, tornando indevida a exigência referente ao pagamento da obrigação tributária (ITBI).

A Registradora ofertou manifestação às fls. 34/36.

O Ministério Público apresentou parecer às fls. 39/40.

A MMª. Juíza Corregedora Permanente acolheu as ponderações do Oficial do Registro de Imóveis e manteve a recusa à realização do ato, julgando procedente a dúvida inversa (fls. 41/43).

O interessado interpôs recurso de apelação, reiterando as razões anteriormente expostas (inexistência de fato gerador do tributo), pugnado pela liberação da exigência (fls. 50/52).

A Douta Procuradoria de Justiça manifestou-se pelo não provimento do recurso (fls. 63/64).

É o relatório.

Para bem compreender a situação posta neste recurso de apelação cumpre realçar que o interessado pretende obter a formalização do registro público imobiliário e permitir o ingresso da escritura pública de venda e compra outorgada em favor de D.S. E OUTRO (fls. 06/10), afastando-se a exigência formulada pelo 16º RI de São Paulo (fls. 12), sob a alegação de que o imóvel objeto da matrícula nº (...) foi adquirido pelo apelante em 16/05/1983 (fls. 14), antes do matrimônio contraído sob o regime da comunhão universal de bens (fls. 16/17).

O interessado adquiriu o imóvel objeto da matrícula nº (...) ainda na condição de solteiro, porém a realização do casamento pelo regimento da comunhão universal de bens implicou na comunicabilidade de todos os bens, inclusive os adquiridos anteriormente à vigência do matrimônio, consoante dispõe o art. 262 do Código Civil de 1916, aplicável ao caso. O casamento formalizado em 10/01/1985 modificou a situação do imóvel, pois o cônjuge virago Z.C.S. passou a titularizar a parte ideal de 50% do bem, tanto que houve posterior partilha em relação ao mesmo imóvel.

Não há como reconhecer qualquer ilegalidade na exigência trazida pela nota de devolução, o que desautoriza a realização do registro. É preciso respeitar o dispositivo que obriga o pagamento dos tributos no caso de transmissão de bens e direitos (art. 289 da Lei nº 6.015/73) para decidir sobre a oportunidade de desfazer a qualificação feita pelo registrador e, no caso, a insurgência do interessado quanto ao risco de pagamento em duplicidade *(bis in idem)*, não alcança o peso que anima permitir o ingresso da escritura de venda e compra,

porque houve comunicação do bem em decorrência do casamento (regime da comunhão universal) e o imóvel foi devidamente partilhado quando da dissolução do vínculo pelo divórcio, o que é suficiente para justificar o apontamento para recolhimento do tributo (ITBI). O episódio, para ficar em apenas um dos detalhes deste expediente, não permite qualquer intervenção judicial para impor o registro imobiliário, notadamente na pendência de questão tributária.

A Carta de Sentença decorrente de partilha é um ato jurídico sujeito ao registro público e, como tal, conduz à transmissão do domínio, inclusive de parte ideal que excede a meação do cônjuge casado pela comunhão universal, devendo o interessado comprovar o adimplemento do imposto. Somente será ilícita a exigência com o alerta sobre o recolhimento do tributo e aí, sim, caberá intervenção do órgão correcional para liberar o interessado do cumprimento se houver inobservância da legislação, o que não ocorreu. O direito deduzido (ausência de fato gerador) não é sequer verossímil e inexiste controvérsia jurídica sobre a regularidade da cobrança, podendo ser citado, para contrapor ao que se diz na inicial e nas razões recursais, o que está escrito no art. 289 da Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973, art. 30, XI da Lei nº 8.935, de 18 de novembro de 1994, art. 134, VI do Código Tributário Nacional (CTN) e Normas de Serviço da Corregedoria Geral da Justiça NSCGJ, II, XX, 106.1.

Não bastasse, o óbice encontrado pelo Oficial Registrador precisa ser resolvido sem ofender o princípio da continuidade, uma vez que o interessado, além do natural adimplemento da obrigação tributária, precisa formalizar primeiro o registro da partilha para regularizar a titularidade do imóvel, em seu aspecto subjetivo, permitindo a posterior outorga da escritura pública e a consequente qualificação registral do título quando da sua apresentação na unidade de serviço extrajudicial.

Portanto, não há dúvida que a sentença de procedência proferida pela MMª. Juíza Corregedora Permanente deve ser integralmente mantida.

Nestes termos, pelo meu voto, à vista do exposto, nego provimento ao recurso.

Acesso ao Sumário

NOTICIÁRIO

MÔNICA TUCUNDUVA SPERA MANFIO (Juíza Diretora do Fórum da Comarca de Assis)

Discurso proferido por ocasião da instalação da 3ª Vara Criminal da Comarca de Assis (Cerimônia realizada em 28.04.2016)

EXCELENTÍSSIMO SENHOR DESEMBARGADOR PAULO DIMAS DE BELLIS MASCARETTI, digníssimo Presidente do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, em nome de quem cumprimento todas as autoridades e personalidades presentes já nominadas pelo Cerimonial, SENHORAS e SENHORES:

De início, externo minha imensa satisfação em participar desta significativa solenidade de instalação da 3ª Vara Criminal da Comarca de Assis, na qualidade de Juíza Diretora do Fórum e mais do que isso, como cidadã natural de Assis, onde já exerço a judicatura como Juíza Titular desde 2006. E, nessa condição, tenho a possibilidade de testemunhar como essa Comarca tem crescido, se desenvolvido e, sobretudo, se destacado na região, inclusive sendo uma das Comarcas que, a partir do mês de setembro, será elevada à entrância final, nos termos da Lei Complementar nº 1.274, de 17 de setembro de 2015.

Nesses dez anos em que aqui me encontro e, como confirmação do resultado de crescimento da Comarca, tivemos a instalação do Setor de Execução Fiscal, da Vara do Juizado Especial, da 4ª Vara Cível, alterada em razão do remanejamento de competência, ocasião em que a Comarca também se beneficiou com a Vara da Família e das Sucessões, a instalação do Cejusc, da Oficina de Pais e Filhos, além do avanço do processo digital.

Ou seja, a cidade cresceu e se aprimorou. Por outro lado, com esse crescimento (e o progresso traz consigo efeitos diretos em relação ao aumento de demandas judiciais), os problemas sociais também se intensificaram, entre eles o aumento e gravidade da criminalidade, fazendo-se necessário aparelhar o judiciário local para atender ao reclamo social por uma prestação jurisdicional de maior eficácia, justificando a instalação de mais uma Vara Criminal, a qual contará com competência cumulativa de Infância e Juventude, de modo que, também, portanto, enfrentará a questão dos menores infratores e aqueles em situação de risco, assunto extremamente delicado e diretamente relacionado à segurança pública, causa de grande preocupação na nossa sociedade. Ademais, melhorar a estrutura de atendimento nas comarcas sempre é uns dos grandes desafios dos Tribunais do país.

Acesso ao Sumário

Posso afirmar que o Judiciário de Assis, de uma forma geral, já tem se

revelado comprometido em fornecer aos usuários uma prestação jurisdicional mais humana, sensível às necessidades locais, com bases sólidas nos princípios da dignidade da pessoa humana, da solidariedade e da efetividade, buscando compreender as aflições e os anseios da sociedade local. E a instalação dessa nova Vara com certeza trará mais agilidade no processo e garantirá o efetivo acesso à justiça, princípios insculpidos na Carta Magna. Nesse contexto, vê-se que todas as iniciativas para o aprimoramento do serviço público estão voltadas para a melhoria da vida da comunidade. Como dizia o profeta Isaías, "a paz é fruto da justiça". Assim, não há dúvida acerca da importância da atuação dos órgãos da Justiça e de todos os seus operadores, que possuem a nobre tarefa de pacificação social.

Certamente essa prestação será ainda mais aperfeiçoada e os desafios serão conduzidos da melhor forma possível pelos serventuários cedidos pelas atuais Varas Criminais sob a direção do nosso estimado colega Dr. Alexandre Rodrigues Ferreira, cuja competência é notória e dispensa comentários.

Aproveito a oportunidade para expressar nossos sinceros agradecimentos à Presidência do Tribunal de Justiça, na pessoa de seu Presidente, Desembargador Paulo Dimas de Bellis Mascaretti, que hoje se encontra conosco e preside a solenidade, desejando votos de sucesso no comando do Tribunal, parabenizando-o pelo seu destacado lado humano e otimista, que valoriza Magistrados e funcionários. Isso me faz sentir orgulho de ser integrante da Magistratura paulista.

Agradeço ainda ao Juiz Assessor da Presidência, Dr. Fernando Figueiredo Bartoletti, também presente nesta data, pelo empenho, pela eficiência e atenção especial dedicada à instalação da Vara, bem como somos gratos ao nosso Juiz Coordenador da 5ª Região Administrativa Judiciária, Dr. Antonio Roberto Sylla, por todo apoio e cooperação e por estar sempre presente nas questões relacionadas a nossa Comarca.

Agradeço aos colegas Magistrados das Varas Criminais que cederam servidores para a nova Vara, Dr. Thiago Baldani Gomes de Filippo e Dr. Adugar Quirino do Nascimento Souza Junior, bem como ao Dr. Adilson Russo de Moraes, Juiz da 2ª Vara Cível, que cedeu espaço para a instalação do cartório do 3º Ofício criminal e a todos os colegas que colaboraram para a concretização desta conquista.

Acesso ao Sumário

Ressalto ainda o empenho dos nossos serventuários da Administração Geral do Fórum, hoje representada pelo Supervisor Leonardo Regi Francisco Nassaro, além de destacar o anterior trabalho desenvolvido por Valéria Aparecida Silva Vieira Bordin, bem como agradeço o constante apoio do Escrivão Paulo Cezar Dias, e de todos os demais servidores, pois cada um, em seu papel relevante, tornou-se essencial na condução das providências e adaptações necessárias de acomodação para o adequado funcionamento da recente vara.

Saliento e já agradeço o respeitoso e próximo relacionamento do Poder Judiciário local com o Ministério Público, com a Ordem dos Advogados, (na pessoa do Dr. Carlos Pinheiro), com os Poderes Executivo e Legislativo, as Polícias Civil e Militar.

Enfatizo que, temos para Assis, como exemplo, as palavras do Sr. Presidente, proferidas por ocasião da posse do Conselho Superior da Magistratura, em janeiro de 2016, desejando que aqui também se concretize a mesma ideia de um judiciário atuante, transparente, respeitado e acreditado, que busca excelência e efetividade na sua prestação e que também garante um judiciário forte, independente e com prestígio institucional.

Fica aqui registrado esse nosso compromisso com a justiça.

Finalizo com as palavras de Dalai Lama: "Só existem dois dias no ano que nada pode ser feito. Um se chama ontem e o outro se chama amanhã. Portanto, hoje é o dia certo para amar, acreditar, fazer e principalmente viver".

Assim, que no dia de hoje possamos vivenciar um momento de conquista e vitória para a nossa cidade de Assis.

Desejo sucesso e prosperidade a toda a equipe da 3ª Vara Criminal. Que todos nós tenhamos saúde e disposição para cumprir a missão pública que nos foi confiada e que Deus esteja sempre conosco.

Uma boa tarde a todos e muito obrigada.

Assis, 28 de abril de 2016.

ALESSANDRO CORREA LEITE (Juiz Titular da 2ª Vara de Martinópolis)

Discurso proferido por ocasião da instalação da 2ª Vara da Comarca de Martinópolis (Cerimônia realizada em 28.04.2016)

Boa tarde,

Inicialmente, cumprimento o Senhor Presidente do Tribunal de Justiça de São Paulo, Desembargador Paulo Dimas, em nome de quem estendo minhas saudações a todos os integrantes da mesa, demais autoridades aqui presentes e a todos os convidados.

O Tribunal de Justiça de São Paulo é o maior tribunal do mundo e hoje,

com a instalação da 2ª Vara da Comarca de Martinópolis, ele cresce mais um pouquinho.

A criação dessa nova vara vem ao encontro da necessidade de se fazer frente à crescente judicialização dos conflitos sociais.

Para se ter ideia, o Conselho Nacional de Justiça divulgou em setembro passado, o relatório justiça em números, relativamente ao ano de 2014, informando que tramitavam na Justiça Brasileira cerca de 100 milhões de processos, sendo que, somente no Estado de São Paulo eram 26%, ou seja, 26 milhões de processos.

E com certeza, na divulgação do relatório de 2015 esse número será ainda maior.

Nesse contexto, para que seja possível apresentar uma resposta efetiva e cumprir com o Princípio Constitucional da Duração Razoável do Processo, o Poder Judiciário precisa se expandir. Mas não basta, apenas, a criação de novas varas.

É necessário, também, o uso da tecnologia da informação, para simplificação e otimização de procedimentos bem como de servidores comprometidos com a atividade judicial. Afinal, o fator humano ainda é decisivo para o sucesso de qualquer pretensão.

E, neste ponto, Martinópolis é uma Comarca privilegiada.

Como se não bastasse a instalação dessa nova Vara, que é 100% digital, ela conta com servidores extremamente comprometidos.

Apesar do aumento do número de demandas, nos últimos anos, tem diminuído consideravelmente a quantidade de processos nesta Comarca.

Fato que não é mera retórica.

Vejam:

Ao final de 2014, estavam em trâmite 10.170 processos.

Ingressaram no ano de 2015 mais 2.230.

Contudo, ao final de 2015 tínhamos 8.328 processos.

O mesmo se deu no Juizado Especial.

2014 terminou com 1.450 processos.

Em 2015 foram distribuídos mais 1.016.

E, ao final de 2015, tínhamos apenas 1.363 processos em curso.

Acesso ao Sumário

Números que mostram, sem sombra de dúvidas, o comprometimento que os servidores desta comarca têm com o desempenho de suas funções.

E mostram, também, que estamos no caminho certo.

Nada melhor, portanto, do que aproveitar essa oportunidade para parabenizar os servidores desse fórum pelo excelente trabalho desenvolvido e, também, para firmar um compromisso, diante de todos, de que a atuação nos próximos anos será ainda melhor.

Isto, porque sabemos que a maior causa de descontentamento do cidadão em relação ao Poder Judiciário pode ser atribuída à longa espera para a obtenção de uma resposta para a sua demanda, fato rotulado como "dano marginal do processo", em que todos perdem.

Cândido Rangel Dinamarco já ensinava que "de todos os nossos fantasmas, o que mais assombra é o tempo – o tempo-inimigo, que corrói direitos e contra o qual o juiz deve travar uma guerra sem tréguas, mas que até agora não aprendemos como combater".

Podem ter certeza, que aqui em Martinópolis, trabalharemos arduamente para vencer essa guerra e tornar a prestação da tutela jurisdicional mais célere, sempre respeitando a Constituição da República e às leis do País, objetivando assegurar e promover a justiça.

Aproveito a ocasião para agradecer, também, à colaboração do Poder Executivo e Legislativo de Martinópolis e Indiana, que nos prestaram grande auxílio, por meio da celebração de convênios, tanto para locação de imóveis, reforma e manutenção das instalações, como também para a cessão de servidores.

Assim, agradeço a Sra. Ilza Filazi Ascênio, Prefeita de Martinópolis, à Sra. Celeide Aparecida Floriano, Prefeita de Indiana, ao Sr. João Ramos, presidente da Câmara de Vereadores de Martinópolis, e ao Sr. Jorge Grigoleto, presidente da Câmara de Indiana, estendendo meus agradecimentos a todos os outros vereadores.

Tenham certeza que a colaboração e a integração entre os três poderes foram essenciais para essa a concretização.

Merece destaque também, e um agradecimento especial, por todo o trabalho e apoio que nos concedeu, o Sr. Secretário da Justiça do Estado de São Paulo, Dr. Aloísio de Toledo César.

Muito obrigado a todos.

Acesso ao Sumário

GUSTAVO HENRIQUE DE ANDRADE (Promotor de Justiça)

Discurso proferido por ocasião da instalação da 2ª Vara da Comarca de Martinópolis (Cerimônia realizada em 28.04.2016)

Excelentíssimo Senhor Doutor Desembargador PAULO DIMAS, Presidente do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, na pessoa de quem cumprimento todas as demais autoridades presentes - não em nome próprio, mas em nome do Dr. Gianpaolo Poggio Smanio, Procurador-Geral de Justiça do Ministério Público do Estado de São Paulo.

Hoje é um dia de muita alegria para a sociedade de Martinópolis e de Indiana.

A instalação da segunda vara judicial de Martinópolis permitirá ao Poder Judiciário local observar de forma plena o direito fundamental à razoável duração do processo, prerrogativa de todo cidadão que litiga em juízo.

Essa grande conquista para a comarca reivindica agradecimentos a algumas pessoas, sem as quais, a instalação da segunda vara não seria possível.

Dr. Desembargador ALOISIO TOLEDO CÉSAR, Secretário de Estado da Justiça e de Defesa da Cidadania, a pedra angular da 2ª Vara de Martinópolis, pela interlocução perante a Presidência do Tribunal que assegurou a efetiva instalação desta vara.

Dr. Vitor Gambassi Pereira, hoje Juiz de Direito da 1ª Vara do Foro Distrital de Hortolândia.

Dr. Galileu Marinho das Chagas, Procurador Jurídico do Município de Martinópolis.

O ex-prefeito de Martinópolis Antônio Leal Cordeiro, igualmente fundamental para a instalação da segunda vara.

Acesso ao Sumário

A todos os zelosos serventuários da justiça aqui presentes, sem os quais o sistema de justiça não pode prosperar.

E, em especial, o Dr. VANDICKSON SOARES EMÍDIO, Juiz Titular da 1ª Vara Judicial de Martinópolis e o Dr. ALESSANDRO CORREA LEITE, Juiz Titular da mais nova vara da comarca, os quais estarão incumbidos de distribuir a justiça a cada cidadão de Martinópolis e de Indiana.

Tenham, Dr. Vandickson e Dr. Alessandro e Sr. Presidente, o Ministério Público local como verdadeiro aliado, comprometido com a boa, adequada e justa prestação jurisdicional na comarca de Martinópolis.

Ao trabalho.

Muito obrigado.

MANOEL DE QUEIROZ PEREIRA CALÇAS (Corregedor-Geral do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo)

Discurso proferido por ocasião da posse solene dos novos Desembargadores João Batista Amorim de Vilhena Nunes e Marcelo Fortes Barbosa Filho (Cerimônia realizada em 05.05.2016)

Excelentíssimo Senhor Presidente do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Desembargador Paulo Dimas de Bellis Mascaretti. Digníssimas Autoridades, cujos nomes foram declinados pelo cerimonial desta augusta e secular Corte de Justiça. Senhores serventuários e servidores da Justiça. Caríssimos colegas de Magistratura. Ilustres Advogados. Doutos representantes do Ministério Público. Senhoras e Senhores.

Excelentíssimo Senhor Desembargador Marcelo Fortes Barbosa Filho.

Excelentíssimo Senhor Desembargador João Batista Amorim de Vilhena.

Reunimo-nos todos nesta tarde paulistana, neste majestoso ambiente do Palácio da Justiça de São Paulo, extraordinário exemplar arquitetônico de sóbria imponência, projetado pelo gênio e talento do arquiteto Ramos de Azevedo, cujo traçado neoclássico, inspirado na arquitetura gaulesa, constitui singular marco da terra bandeirante, monumento duradouro que os paulistas edificaram para, em caráter perene, servir de augusto templo e de sacrário da Justiça da gente de Piratininga.

A beleza arquitetônica deste cenário, impregnada de história e de tradição leva-nos a relembrar a Constituição Imperial de 23 de março de 1824 que determinou, no artigo 158, que "para julgar causas, em segunda e última instância, haverá, nas Províncias do Império, relações que forem necessárias para comodidade dos povos". Em cumprimento ao mandamento constitucional Dom Pedro II edita o Decreto Legislativo Imperial 2.342, de agosto de 1873, o qual criou o Tribunal da Relação de São Paulo e Paraná, que foi instalado aos 3 de fevereiro de 1874. Proclamada a República nossa Corte é denominada Tribunal de Justiça. Em dezembro de 1891: Relação de São Paulo. Em 1892: Segundo Tribunal de Justiça. Com a Carta de 1934: Corte de Apelação. Tribunal de Apelação é o título conferido pela Constituição de 1937. Retorna-se ao nome de Tribunal de Justiça quando editada a Constituição Federal de 1946. Tribunal de Justiça de São Paulo, hoje e sempre!

Acesso ao Sumário

Os sete primeiros desembargadores que compuseram o Tribunal da Relação da Província de São Paulo ao tomarem posse na corte, fizeram o seguinte juramento:

"Juro servir, bem e fielmente, o cargo de Desembargador, mantendo a Constituição, as leis do Império, administrando a Justiça, com boa e sã consciência. Assim, Deus me ajude."

Repete-se hoje, meus senhores e minhas senhoras, mais uma vez, a mesma solenidade ocorrida aos 3 dias de fevereiro de 1874: a posse de dois novos desembargadores. É o ritual que, qual fio invisível, interliga o passado e o presente e garante o futuro da Justiça da terra de Piratininga.

Nesta sala do secular Tribunal do Júri de São Paulo, ajaezada com os mais belos móveis e lambris de madeira de lei brasileira, onde predomina o jacarandá, autêntico tesouro artístico da lavra do Liceu de Artes e Ofícios de São Paulo, adornados com os trabalhos do pintor peninsular Antonio Venccittore, iluminados com lustres e arandelas de bronze e alabastro, protegidos sob o teto renascentista e a grande claraboia e maravilhoso vitral produzidos por artesãos italianos, temos todos nós a ventura de participar do mais tradicional, do mais importante, do mais venerável rito de passagem desta Corte de Justiça.

Engalana-se o Tribunal de Justiça de São Paulo, em um cerimonial celebrado com a dose certa do equilíbrio entre a história dos magistrados que por aqui passaram e o futuro dos que por aqui haverão de passar, em um momento de encantamento especial que potencializa um sentimento de bem estar entre todos nós, com força suficiente para gerar a comunicação equilibrada e a harmonia fundamentais à vida, para receber, com todas as honras e deferências que a comunidade jurídica presta aos Desembargadores Marcelo Fortes Barbosa Filho e João Batista Amorim de Vilhena Nunes.

Já foi dito alhures que um país não pode viver num culto mimético e ritualista do passado, mas as nações não se integram no presente nem se projetam no futuro se esquecerem a sua história!

Chegam nossos ilustres recepiendários ao ponto culminante de suas carreiras, atingem o cume de longa escalada iniciada por ambos em junho de 1989, quando após aprovação em rigoroso concurso de provas e títulos foram nomeados para o cargo de Juiz Substituto de primeiro grau. Os dois ilustres magistrados, após percorrerem, como fazemos todos nós, juízes de carreira, passo a passo, a 1ª, a 2ª, a 3ª e a especial entrância, foram removidos a Juiz de Direito Substituto em Segundo Grau.

Exaurido o cumprimento do primeiro grau, assumem hoje, de forma solene, o elevado cargo de Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, fazendo jus, a partir da promoção recebida, com exclusividade, nos termos expressos da Constituição da República Federativa do Brasil ao título de

Desembargador. É preciso enfatizar que nenhum outro magistrado de qualquer outro tribunal da República – que não seja Tribunal de Justiça estadual – pode usar o título de Desembargador. Os artigos 103-B, inciso IV, a 105, I, alínea "a", 107, 115 e 120, inciso I, alínea "a", todos da Carta da República Federal, reservam, com solar clareza, o título de Desembargador aos magistrados que compõem os Tribunais de Justiça dos Estados da Federação Brasileira.

Saúdo, pois, constitucionalmente, com todas as galas devidas e merecidas o Desembargador Marcelo Fortes Barbosa Filho e o Desembargador João Batista Amorim de Vilhena Nunes.

Muito honrado e desvanecido me sinto, em solenidade tão tradicional e veneranda, de ser indicado, por nímia gentileza dos homenageados e, pela conhecida fidalguia do Desembargador Paulo Dimas de Bellis Mascaretti para formular a saudação oficial desta Corte aos novéis Desembargadores que passam a compor a gesta do Tribunal de Justiça de São Paulo.

Vamos, pois, aos nossos homenageados.

O Desembargador Marcelo Fortes Barbosa Filho nasceu em Guaratinguetá, a antiga vila de Santo Antônio de Guaratinguetá, no Vale do Paraíba. Guará, como é carinhosamente conhecida, charmosa, querida e tradicional cidade, amada por paulistas, cariocas e mineiros, terra do saudoso Ministro Rodrigues de Alckmin, também era o local das férias de fim de ano do então menino José Carlos, depois Ministro Moreira Alves, nascido em Taubaté, mas cujos avós lá residiam em aprazível Chácara.

Nascido no seio de tradicional família de magistrados, o Dr. Marcelo Fortes Barbosa Filho é o trineto do Juiz Matheus Rodrigues Fortes, é o bisneto do Desembargador Auto Pereira Barbosa Fortes – formado nas tradicionais arcadas de São Francisco, componente da turma de 1891 e que foi Desembargador no Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. É filho do Desembargador Marcelo Fortes Barbosa, que emprestou o brilho de sua inteligência ao nosso Tribunal. Herdou portanto, a toga honrada, da qual atualmente é o fiel depositário, na condição de componente da quarta geração dos Fortes Barbosa.

Sua mãe, Dra. Yvonne de Oliveira Mendes Barbosa, ilustrada Procuradora do Município de São Paulo, hoje aposentada, juntamente com seu pai, Desembargador Marcelo Fortes Barbosa, foram os responsáveis pela educação primorosa moldada nos princípios éticos, cristão, esculpida no amor aos estudos e ao trabalho, no respeito à família e na veneração à pátria.

O Desembargador Marcelo Fortes Barbosa Filho bacharelou-se em Economia pela Faculdade de Economia da Universidade Mackenzie em 1988. No mesmo ano, colou grau em direito na velha e sempre nova Academia do Largo São Francisco, da Universidade de São Paulo. Doutor em Direito pela Universidade de São Paulo, foi Juiz nas comarcas de Osasco, Junqueirópolis,

Lucélia, Juiz de Direito Auxiliar da Capital, Titular da 4ª Vara Cível Central de São Paulo, Juiz de Direito Substituto em Segundo Grau. Na Câmara Reservada de Direito Empresarial destacou-se pela acuidade de seus votos, pela análise de questões da mais alta complexidade que lá são julgadas, pela inteligência fulgurante, pela lhaneza e simplicidade no trato com advogados, juízes e jurisdicionados em geral.

A par da magistratura, também é celebrado e respeitado professor de Direito Comercial na graduação e pós-graduação da Universidade Mackenzie e da Escola da Magistratura Paulista. Renomado comercialista é autor de festejadas obras jurídicas e coautor do Código Civil Comentado, excelente obra coordenada pelo Ministro Cezar Peluso.

O Dr. Marcelo Fortes Barbosa Filho tem justo orgulho de seus dois filhos: Marcelo Fortes Barbosa Neto, o primogênito, Tenente da Artilharia do Exército Nacional, oriundo da renomada Academia das Agulhas Negras, AMAN, atualmente serve no Grupo de Artilharia de Combate de Formosa, Estado de Goiás, que compõe o Comando Militar do Planalto.

A caçula, Mariana Ribeiro Fortes Barbosa, encanto da família, cursa o 3º ano de Medicina Veterinária na Universidade Federal da Bahia. Teremos, pois, que esperar pela quinta geração de magistrados do clã Fortes Barbosa. A responsabilidade pela continuidade do clã Fortes Barbosa na Justiça bandeirante, portanto, ficará depositada com Marcelo Fortes Barbosa Neto e Mariana Ribeiro Fortes Barbosa. Vamos aguardar seus netos, Dr. Marcelo Fortes Barbosa Filho.

Não posso deixar de fazer um registro de caráter pessoal: fui aluno de Direito Penal do Professor Marcelo Fortes Barbosa, o qual, também foi professor de Penal de meu filho Thomaz Junqueira Pereira nas Arcadas Franciscanas.

Passo agora à saudação do Desembargador João Batista Amorim de Vilhena Nunes.

O Desembargador João Batista Amorim de Vilhena Nunes nasceu em São Paulo. Filho dos ilustres advogados Dr. José Carlos de Vilhena Nunes e Dra. Lilia Amorim de Vilhena Nunes. Estudou no Colégio São Luiz e graduou-se em direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. É Mestre e Doutor em Direito pela Academia do Largo São Francisco, da Universidade de São Paulo. Foi Juiz nas comarcas de Bragança Paulista, Santo André, Taquarituba, Tatuí, Diadema, Titular da 7ª Vara de Família e Sucessões do Foro Central de São Paulo e Juiz Substituto em Segundo Grau.

Acesso ao Sumário

Tal qual o Dr. Fortes Barbosa, compõe outro respeitado clã do Judiciário paulista, os “Amorim”, do qual o decano Desembargador Sebastião Amorim é tio e padrinho de nosso homenageado.

O Des. João Batista é casado com a dedicadíssima senhora Simone Schreder de Vilhena Nunes e pai das jovens estudantes Marina, Maria Rita e

Maria Eduarda.

A par da magistratura, dedica-se o Dr. João Batista ao magistério. Atualmente é professor de direito na Fundação Armando Álvares Penteado. Autor de nomeada, tem diversos livros e trabalhos publicados, especialmente na área de direito de família e processo civil.

Eis, em largas e resumidas pinceladas o retrato fiel e simplificado que evidencia a riqueza humana das belíssimas e paradigmáticas trajetórias das vidas paralelas de dois magistrados que trilharam o árduo caminho do direito e da justiça por longos anos para atingir o mais elevado cargo da Justiça do Estado de São Paulo. São curiosas as coincidências da vida: Os dois desembargadores que homenageamos nesta solenidade nasceram no ano de 1965, foram alunos na Faculdade de Direito do Largo São Francisco –celeiro de magistrados –, tomaram posse como Juízes Substitutos na mesma data: 9 de junho de 1989 e foram promovidos ao cargo de Desembargador em 16 de março de 2016.

Hoje, em sessão solene assumem juntos o galardão e as responsabilidades das funções, com o dever de cumprir o juramento de servir à causa da Justiça.

Para encerrar minha oração, cumprimento os familiares dos homenageados que estão presentes, os amigos, colaboradores e colegas que aqui vieram prestigiar os novos Desembargadores paulistas que têm a missão de continuar a escrever com letras de ouro a história desta centenária Corte de Justiça. Peço a Deus que derrame suas bênçãos sobre os Desembargadores Fortes Barbosa Filho e Amorim Vilhena Nunes e do alto de sua divina providência permita que eles possam continuar a servir com eficiência, amor, competência, dedicação e muita saúde à causa da Justiça por longos anos. Transmito a Vossas Excelências os votos de boas-vindas do Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo.

Tenho dito.

JOÃO BATISTA AMORIM DE VILHENA NUNES (Desembargador)

Discurso proferido por ocasião de sua posse solene como Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Cerimônia realizada em 05.05.2016)

Minha caminhada no mundo do Direito começou cedo, especialmente por ter em casa dois advogados, meu pai João Carlos, e minha mãe, Lília.

Além disso, a inspiração para escolher a magistratura era significativa: da família de minha mãe: Antônio Gomes de Amorim, Sebastião Amorim e José Amorim, os dois primeiros desembargadores desta Corte, o último da Justiça do Trabalho; da família de meu pai: Jonas Coelho Vilhena e Paulo Emílio Andrade de Vilhena, igualmente desembargadores deste Tribunal. Todos magistrados honrados e admirados.

Então, se de um lado foi até fácil surgir a inclinação para ter como meta ingressar na magistratura, de outro, o desafio era enorme e a responsabilidade ainda maior, pois não poderia comprometer o bom nome daqueles que me antecederam, e, ao contrário, deveria sempre atuar de forma a preservar a imagem positiva deixada por todos eles, os quais, por longos períodos, cada qual ao seu tempo, dedicaram à magistratura parcela expressiva de suas vidas.

Nesse contexto, e cheio de ideais, é que iniciei meus estudos na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, onde tive o prazer de conviver com grandes juristas, tanto professores, como alunos, e em tal ambiente é que me formei, carregando dali inalienável bagagem que me serviu, e serve, como indispensável esteio para o exercício de minhas atividades.

Juntamente com a faculdade, também iniciei minha estrada no Judiciário Paulista ao ser aprovado em concurso para escrevente, e, assim, segui para o 1º Ofício Cível do Foro Regional de Pinheiros, onde encontrei Valdomiro Ângelo Marques Barbosa Lima, o escrivão diretor, Maria Inês Rodrigues, a oficial maior, Darcy Baino, Francisco Amado Bispo Santos, Alfredo Vicente Baino e Ruth Vianna Teixeira, os chefes de sessão, Antônio Carlos dos Santos, Lucineide Aparecida de Aquino, Lucila Monteiro Lamoglia, Silvia Cristina Monteiro Grasso, escreventes, Paulo Roberto da Silva Lopes e Marcos José da Silva Lopes, fiéis, além dos oficiais de justiça Paulo Pellegrino, Cláudio Emmanuel Grimaldi, Carlos Celso Tannous, Osmundo e Sigismundo Gomes Fonseca, e ldalina de Souza Abib. Na 1ª Vara Cível daquele Foro era juiz titular o dedicado Justino Magno Araújo. Neste ambiente, no qual acabei me tornando amigo de todos, muito com eles aprendi, pelo que lhes sou muito grato.

Acesso ao Sumário

Depois de alguns anos, acabei convidado para integrar equipe que, no Tribunal de Justiça, iniciava a realizar um serviço de extrema relevância, qual seja, o de ementar acórdãos para posterior distribuição aos desembargadores, no intuito de poderem estes acompanhar a evolução da jurisprudência em formação na Corte e utilizar a mais recente para execução de seu trabalho.

Ser escrevente, aliás, foi uma experiência valiosíssima, que me mostrou logo o quanto a vida forense tem de bom e apaixonante, mas também me indicou alguns dos eventuais problemas que teria de enfrentar para cumprir a árdua missão de distribuir justiça.

Formado na faculdade no final de 1987, prossegui em meus estudos, agora com o escopo certo de prestar concurso para a magistratura.

Trabalhava, e estudava com sacrifício, entretanto, satisfeito de ter a oportunidade de tentar atingir minha meta: ser juiz de direito.

E, deste modo, em pouco mais de um ano, acabei por ingressar na magistratura em junho de 1989, tal como o meu querido colega hoje aqui, também solenemente empossado, Desembargador Marcelo Fortes Barbosa Filho.

No ensejo, aproveito para saldar os componentes daquela que foi a banca examinadora no Concurso 156, especialmente, ao admirado Desembargador Nelson Fonseca, por quem sempre tive elevado respeito e fica a ele neste ato renovado.

Primeiramente, em minha fase de juiz substituto, atuei nas Comarcas de Bragança Paulista, Piracaia, Santo André e Ribeirão Pires.

Na sequência, fui juiz titular nas Comarcas de Taquarituba (vara única), Tatuí (2ª Vara), Diadema (1ª Vara Cível) e da Capital (7ª Vara da Família e das Sucessões do Foro Central).

Lembro-me de todas, das suas peculiaridades, cada uma especial e importante na minha carreira, no meu amadurecimento, na minha formação enquanto juiz. Fica registrado o meu muito obrigado às comunidades das cidades antes mencionadas pela boa acolhida que tive em todas elas. As carregarei comigo para sempre na lembrança.

Aproveito para saldar neste ponto aos serventuários que estiveram ao meu lado neste saudoso passado, o que faço na pessoa das escreventes e assistentes que comigo hoje se encontram em meu gabinete, Cláudia Aparecida Costa, Lídia Eiko Nomura, Andréia Martins, Maria Christina de Novaes Andrea, Paula Muniz Dutra de Andrade, e Tâmara Martins Morales. Agradeço sinceramente pelo empenho e dedicação de todos na execução de suas tarefas, por terem sido e serem meus indispensáveis adjutores.

Entrementes, fui convocado para ser juiz auxiliar da Corregedoria Geral da Justiça, e aí tive a oportunidade ímpar de trabalhar junto aos Desembargadores Luís de Macedo e Luiz Elias Tâmbara, ambos magistrados de escol, humildes e sábios, os quais no dia-a-dia efetivamente demonstraram a razão de terem exercido tão dignificante função.

Aliás, o Desembargador Luiz Elias Tâmbara tornou-se Presidente do Tribunal de Justiça, e, mais uma vez, tive a grata satisfação de acompanhá-lo, agora como juiz auxiliar da Presidência.

Ter exercido estas funções administrativas foi para mim algo absolutamente relevante, porquanto tal atuação me possibilitou conhecer mais de perto de situações institucionais, ter uma visão macroscópica do nosso Judiciário Bandeirante, melhor compreender problemas que afligem diversos

Acesso ao Sumário

dos magistrados de São Paulo, o que me marcou de modo significativo, tendo assim me enriquecido não apenas enquanto juiz, mas também enquanto pessoa, passando a ter melhores condições de entender as dificuldades para gerir uma das maiores cortes de justiça do mundo.

Finalmente, passei a atuar como juiz substituto em segundo grau, tendo integrado a 10ª e a 24ª Câmaras de Direito Privado, unidades nas quais não só muito me ilustrei com os colegas daquelas componentes, como passei a ter respeito ainda maior por cada um deles. Agradeço, então, a João Carlos Saletti, Elcio Trujilo, Carlos Alberto Garbi, César Ciampolini Neto, José Araldo da Costa Telles, Luiz Augusto Salles Vieira, Plínio Novaes de Andrade Júnior, Erson Teodoro de Oliveira, Walter Rocha Barone, e Lucila Toledo Pedroso de Barros, todos estes nobres juízes que dignificam a nossa magistratura.

Não posso deixar de fazer o mesmo reconhecimento a outros colegas com os quais convivi e diversas sessões de julgamento que, na mesma intensidade, foram importantes nesta primeira fase que tive em segundo grau. Desta forma, saúdo a José Carlos Costa Neto, Márcia Regina Dalla Déa Barone, Luiz Antônio Coelho Mendes, Maria Sílvia Gomes Sterman, Nelson Jorge Júnior, José Paulo Camargo Magano, Luiz Fernando Pinto Arcuri, Guilherme Ferreira da Cruz e Sílvia Maria Facchina Espósito Martinez.

Ainda devo acrescentar ter passado por outra experiência de extrema relevância enquanto ainda juiz de primeiro grau, qual seja, a de ter composto a 5ª Câmara "B"e as 31ª e 35ª Câmaras "A" de Direito Privado, ao lado dos insignes magistrados Fernando Bueno Maia Giorgi e João Omar Marçura, ambos de saudosa memória, Sang Duk Kim, Douglas Iecco Ravacci, Benedito Roberto Garcia Pozzer, e Carlos Ortiz Gomes, sob a batuta dos Desembargadores Mendes Gomes, José Malerbi, Adilson de Araújo, Willian Campos, José Luiz Mônaco da Silva e James Alberto Siano, pessoas que só engrandecem o nosso Tribunal.

Agora, no último patamar da carreira, empossado no cargo de desembargador desta Egrégia Corte, sinto-me renovado, pronto para percorrer esta nova trilha, na qual os desafios continuarão a surgir e serão, certamente, como sempre, motivantes, apresentando-se agora momento em que todo o meu conhecimento, recolhido ao longo de vinte e sete anos de judicatura, será necessário e contribuirá para o desenlace das mais intrincadas causas.

Acesso ao Sumário

Quero como desembargador preservar-me o mesmo juiz de sempre, e procurar manter constante aprimoramento e atualização, o empenho em minhas funções, seguindo as orientações de Sócrates, o mais sábio dos filósofos da Antiga Grécia, segundo o qual o juiz deve "ouvir atentamente, considerar sobriamente, e decidir imparcialmente".

Não posso prometer perfeição, posto que sou humano, contudo, prometo renovados comprometimento e dedicação aos jurisdicionados, pois tenho consciência de que muito necessitam da prestação jurisdicional pela qual

pediram e aguardam.

Também assumo o compromisso com o Tribunal em ser um desembargador interessado, disponível para colaborar no quanto seja possível e tenha como escopo resgatar e preservar a imagem do Judiciário. Tenha Sr. Presidente, neste novel desembargador, um adjutor incansável.

Sobretudo peço a Deus, ao qual devo absolutamente tudo o que tenho, que continue a iluminar meu caminho, como tem feito com abundância desde os primeiros momentos em que iniciei a exercer minha judicatura, esta que, espero, tenha se pautado, no seu âmago, no senso de justiça que somente pode ser atingido pelo conhecer da palavra, por este Verbo que se fez Homem, cumprindo divina promessa, Jesus Cristo .

Senhoras e Senhores, não é de hoje, e repito, amo a magistratura, pois ela me propiciou muitas coisas boas, em particular a satisfação de servir à população de nosso querido Estado de São Paulo, na posição de distribuir justiça e poder realizar, assim, o bem, ensejar alguma paz e segurança nas comunidades por onde passei.

Além disso, a magistratura, de modo totalmente inesperado, fez com que eu encontrasse, na vida do foro, aquela que tem sido, por vinte e três anos, a minha companheira de estrada, o meu apoio, Simone, minha esposa amada, que me concedeu três filhas igualmente amadas, Mariana, Maria Rita e Maria Eduarda, nossas Três Marias, todas elas estrelas radiantes na constelação de nossa família. À Simone, e vocês minhas filhas, peço publicamente perdão pelo afastamento e eventuais ausências motivadas pelo trabalho, e enalteço a compreensão demonstrada, esta externada nos carinhosos beijos de recepção quando, finalmente, depois dos dias de labuta, chego em nosso lar. Obrigado por serem tão condescendentes.

Falando em família, impossível deixar de registrar a absoluta importância de meu pai e de minha mãe na construção da ponte que me conduziu até o ingresso na magistratura.

Não fosse o emprenho daqueles, cada qual ao seu modo, e, certamente, não teria sido a mesma a história até aqui contada.

Meu pai, João Carlos, sempre me orientou, mostrou o caminho da retidão, da firmeza de caráter, da imprescindibilidade dos estudos, da necessidade de se buscar o aprofundamento das questões. Do muito que sabia procurou me transmitir, e apesar de não ter a mesma capacidade intelectual dele, acho que consegui reter o quanto suficiente foi para atingir meus desideratos, desenvolver-me pessoal e profissionalmente.

Minha mãe, Lília, me ensinou como ser perseverante, não esmorecer diante das dificuldades, me transmitiu força e confiança, era e é a minha torcida, o incentivo constante.

Hoje João Carlos aqui não está fisicamente presente, mas em oração o saúdo papai, expresso a minha saudade e a minha eterna gratidão.

Dona Lília, todavia, pela graça de Deus, agora com 91 anos, está nesta ocasião entre nós, e a você mamãe também efusivamente agradeço, por ter sido o esteio firme que colaborou para que eu chegasse neste alto ponto.

Estando para terminar este discurso, esclareço que fiz questão de nomear várias pessoas ao longo do mesmo por entender que, se é certo que uma grande instituição se faz pelo seu significado, pela sua tradição, pelo seu valor social, não é menos certo que uma grande instituição, para manter-se grande, deve ter, igualmente, grandes pessoas a ela incorporadas e que lhe deem vida, que lhe deem voz, e que pelas suas atitudes tornem possível a persistência desta instituição em bom conceito na sociedade em que inserida.

O Poder Judiciário é uma instituição imprescindível, por ter a nobre função de guardião dos direitos, o que no final das contas corresponde a ser guardião da ordem, da segurança, da paz, da justiça, mas, para atingir seus desígnios, não pode prescindir dos homens e mulheres que o compõem colocados nos mais variados postos, todos harmonizados para fazerem funcionar a "máquina judiciária", a qual, insistentemente, busca cumprir um mister de atribuir a cada um o que é seu. Daí o motivo de ter enaltecido várias destas pessoas que fazem do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo a punjante, firme e respeitada instituição que é.

Ao final, e para de fato concluir minha fala, peço permissão a todos para proclamar escrito em que me refiro à arte de julgar e que temo chamar de poema na presença de meu amigo Paulo Bonfim, o Príncipe dos Poetas Paulistas:

O POETA E O JUIZ

O poeta reconhece a realidade
E a torna em abstratas figuras
Para deleite d'alma
Para abalo das estruturas.

O juiz reconhece a realidade
E a concretiza em sentença
Em prosa, não em poesia,
Pois a ele não é dado com palavras e atos
Abalar estruturas
Porém, realizar justiça
Esta que, de todo modo, acaba por encantar
Os que um dia sonharam ver o sol.

Assim, o poeta e o juiz,
Embora não tenham o mesmo ofício
Concorrem para a mesma finalidade
Ensejando sua arte possam todos sentir,
Ainda que de modo efêmero,
O êxtase de pensar ser possível ser feliz.

Acesso ao Sumário

MARCELO FORTES BARBOSA FILHO (Desembargador)

Discurso proferido por ocasião de sua posse solene como Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Cerimônia realizada em 05.05.2016)

Senhor Presidente,

Minhas Senhoras,

Meus Senhores.

Este Tribunal de Justiça representa a Justiça, como valor eterno e permanente, um valor pelo qual cada juiz trabalha com paixão.

Os valores naturais ao homem estão acima da vontade de quem quer que seja e num regime republicano, o poder é sempre do povo e não, dos governantes.

Ele ultrapassa as vontades mesquinhas e pretende sejam concretizados valores naturais e eternos; em especial, a Justiça.

Alguns podem afirmar serem os porta-vozes da vontade popular, arrogar uma posição onipotente e hegemônica, expressando, por exemplo, um dos maiores males de nossa nação, o populismo mentiroso estimulado por nosso atual sistema político.

Ninguém, no entanto, terá sucesso em usurpar ou se apropriar da Justiça, como valor eterno e permanente.

Senhor Presidente,

Sou muito pequeno diante de tudo que está a minha volta, diante da grandeza daqueles que me antecederam e, aqui, lhes presto minha pequena homenagem e exteriorizo meu agradecimento sincero.

Muitos poderiam ser lembrados por mim, pois o pouco que sei da arte de julgar aprendi com os demais juízes.

Meus poucos amigos são meus colegas juízes, mas, sob pena de indesculpável omissão, não me cabe pronunciar nomes.

Quero, refugiado ou embrulhado na toga, agradecer.

O cargo de Desembargador é uma consequência direta de um dia somado a outro dia, com uma sentença somada a outra sentença, com um processo somado a outro processo, com uma preocupação somada a outra preocupação, sempre no sentido de ser justo e honrar esta toga.

Quero agradecer, com sinceridade total e completa, àqueles (colegas,

familiares, funcionários) que me ajudaram, que me auxiliaram ao longo destes quase vinte e sete anos na Magistratura.

Senhor Presidente,

Cada geração pensa em reconstruir o Mundo, mais a minha não reconstruirá nada.

Herdeira de ideologias corrompidas, herdeira de uma história podre, herdeira de uma tecnologia tresloucada, herdeira da mediocridade das massas, só lhe cabe restaurar um pouco da dignidade de nascer, viver e morrer.

Seu caminho é o da reconciliação, desprezando os movimentos destruidores e as fórmulas agressivas.

O Poder Judiciário é último baluarte dos valores republicanos e último refúgio daqueles que clamam por Justiça.

E aqui, essa realidade se reproduz, deixando de lado os interesses pessoais ou classistas e mesquinhos.

Penso fazer parte deste movimento histórico, cujo conteúdo final, cujo resultado ainda não pode ser conhecido e, muito menos, avaliado.

Senhor Presidente,

A magistratura brasileira sofreu uma transformação profunda durante o Século XX, acompanhando a sociedade brasileira.

Esta transformação foi marcada pela eleição do mérito como critério primário para escolha de seus membros.

Esta transformação tornou o Poder Judiciário no mais democrático dos poderes, por sua abertura à população, que clama pela atuação dos juízes, porque neles confia.

Cada um de nós tem uma dívida à fidelidade com que cada juiz brasileiro, a cada dia, silenciosamente, contribui para a efetividade da Justiça, apesar das numerosas dificuldades materiais, legais, episódicas e pessoais.

E, enfim, por isso mesmo, aqui, quero reproduzir meu juramento de cumprir e fazer cumprir a Constituição e as leis vigentes na República.

Isso, eu prometo, farei com todas minhas forças, até quando elas me restarem.

Muito obrigado.

Acesso ao Sumário

TATIANA MOREIRA LIMA (Juíza de Direito da vara da Região Oeste de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher do Foro Regional do Butantã)

Discurso de agradecimento pelo recebimento dos prêmios "Diploma de Honra ao Mérito" e "Troféu Marco da Paz", entregues na Câmara Municipal de São Paulo (Cerimônia realizada em 12.05.2016)

Boa Noite a todos,

Cumprimento todas as autoridades aqui presentes do Poder Legislativo na pessoa do Vereador Nelo Rodolfo que teve a gentileza de me conceder tamanha honraria que é receber o título de honra ao mérito.

Cumprimento todos os colegas Juízes, Desembargadores e funcionários do Tribunal de Justiça na pessoa do Excelentíssimo Senhor Dr. Paulo Dimas.

Cumprimento o Presidente da APAMAGIS, Excelentíssimo Dr. Jaime de Oliveira.

Cumprimento o Ministério Público na pessoa do Dr. Yuri Giuseppe Castiglione que neste ato represente o Procurador Geral do Ministério Público do Estado de São Paulo.

Cumprimento os membros da Ordem dos Advogados do Brasil aqui presentes na pessoa do Dr. Marcelo Gatti Reis Lobo.

Cumprimento a Polícia Militar do Estado de São Paulo na pessoa do comandante Nelson Guilharducci, bem como dos policiais militares Angelo José dos Santos e Alexsandro Dias Pereira, que me acompanham em minha jornada diária há mais de quatro anos no Foro do Butantã.

Cumprimento a Polícia Civil do Estado de São Paulo na pessoa do delegado seccional Dr. Elson Alexandre Sayão.

Cumprimento todos os membros do Rotary Clube na pessoa do Sr. Leôncio Correa.

Cumprimento os representantes da Associação Comercial de São Paulo na pessoa da Sra. Marli Meireles Breves Baruffaldi.

Hoje é uma noite de festa e comemoração. Celebração da vida que foi poupada sendo-me concedida uma segunda chance.

Contudo, não podemos esquecer que fui vítima de um ato de violência.

Era apenas mais um dia normal de trabalho. Cheguei ao fórum e, enquanto me preparava para as audiências, minha sala foi invadida, fui rendida, subjugada, ameaçada, ofendida moralmente, agredida física e psicologicamente.

Acesso ao Sumário

Foram 20 minutos de puro terror.

Mas Graças a Deus e à atuação rápida e extremamente eficaz da Polícia Militar de tudo que poderia ter acontecido, aconteceu o melhor.

A grande questão que pretendo colocar para os senhores essa noite é com relação a grave situação de vulnerabilidade da mulher. A cada dia 13 mulheres são mortas no Brasil.

Um terço de todas as mulheres do mundo já foi agredido fisicamente, ameaçadas e ofendidas moralmente por seus familiares, principalmente por seus companheiros, os quais deveriam lhes trazer tranquilidade, segurança e amor.

O perfil do agressor, em regra, é caracterizado pelo autoritarismo, ofensas morais, castigos físicos e psicológicos, xingamentos constantes, muitas vezes decorrentes de alcoolismo e uso de outras drogas.

A Lei Maria da Penha se tornou um marco na luta contra a violência doméstica.

Após a esta Lei, as mulheres vítimas de violência doméstica, ganharam um precioso estatuto, não apenas de caráter punitivo, mas, especialmente, preventivo e assistencial, visando a criação de mecanismos aptos a coibir esse tipo de agressão, seja ela física, moral, sexual, psicológica ou patrimonial.

A questão da violência contra a mulher em nosso País é cultural e acredito que ainda temos muito trabalho pela frente.

O Juiz da Vara da Violência Doméstica deve ser, especialmente vocacionado, pois além de julgar com imparcialidade, deve se ver como servidor público no sentido mais amplo, servindo a população, disseminando seu conhecimento e trabalhando também em prol da prevenção de tal fenômeno.

Mesmo diante de todas as adversidades, acredito na mudança comportamental de nossa sociedade e que juntos mudaremos o destino de milhares de mulheres rompendo o ciclo de violência.

Acesso ao Sumário