REVISTA ELETRÔNICA DE JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

REVISTA OFICIAL DO TRIBUNAL DE
JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

VOLUME 16 – ANO 3

JULHO E AGOSTO 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 28
c) Agravos Regimentais 114
d) Apelações 115
e) Embargos de Declaração 365
f) *Habeas Corpus* 369
g) Impugnações ao Valor da Causa 371
h) Voto - Adoção Internacional 374

Seção de Direito Público

a) Agravos de Instrumento 377
b) Apelações 420
c) Apelações/Reexames Necessários 533
d) Conflitos de Competência 547
e) Embargos de Declaração 553
f) Reexames Necessários 558

2- Jurisprudência Criminal:

a) Agravos em Execução Penal 564
b) Apelações 566
c) Correições Parciais 681
d) *Habeas Corpus* 685
e) Mandados de Segurança 700
f) Recursos em Sentido Estrito 703
g) Revisões Criminais 706

3- Jurisprudência do Órgão Especial:

a) Ações Diretas de Inconstitucionalidade (Adin's) 719
b) Agravos Regimentais 760
c) Arguições de Inconstitucionalidade 786
d) Conflitos de Competência 794
e) *Habeas Corpus* 823

4- Jurisprudência da Câmara Especial:

a) Apelações 826
b) Apelações/Reexames Necessários 859
c) Conflitos de Competência 866
d) *Habeas Corpus* 876

5- Conselho Superior da Magistratura 891

6- Noticiário 907

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. 16, jul./ago. 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 — (SALAS 211/213)

9ª Câmara de Direito Privado (sala 622 — 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 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 604 — 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 622 — 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
Desembargador RAMON MATEO JÚNIOR**

7º GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO PRIVADO — QUARTA-FEIRA — PJ — (SALAS 621/623)

13ª Câmara de Direito Privado (salas 621/623 — 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
Desembargadora CLAUDIA SARMENTO MONTELEONE*

14ª Câmara de Direito Privado (sala 211/213 — 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
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 604)

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

18ª Câmara de Direito Privado (sala 604 — 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 — (SALAS 622 OU 510)

21ª Câmara de Direito Privado (sala 622 — 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 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

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
Desembargadora DENISE ANDRÉA MARTINS RETAMERO**
Desembargador SILVIA MARIA FACCHINA ESPÓSITO MARTINEZ**

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

25ª Câmara de Direito Privado (sala 618/622 — 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 ALFREDO ATTIÉ JÚNIOR**
Desembargador JOSÉ PAULO CAMARGO MAGANO*

14º GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO PRIVADO — TERÇA-FEIRA — PJ — (SALAS 611/623)

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 218/220)

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 618/622)

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 (salas 618/622 — 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 601/602)

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

36ª Câmara de Direito Privado (salas 601/602 — 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**
Desembargador MARCOS GOZZO**

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 FRANCISCO Eduardo LOUREIRO
Desembargador CESAR CIAMPOLINI Neto
Desembargador Marcelo FORTES BARBOSA Filho
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 CLAUDIO Luiz Bueno de GODOY
Desembargador ALEXANDRE AUGUSTO PINTO MOREIRA MARCONDES**

CÂMARAS EXTRAORDINÁRIAS - SEÇÃO 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 RENATO RANGEL DESINANO
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 PEDRO Luiz BACCARAT da Silva
Desembargador MARIO ANTONIO SILVEIRA

27ª Câmara Extraordinária de Direito Privado

Desembargador MARCOS Antonio de Oliveira RAMOS
Desembargador EDGARD Silva ROSA
Desembargadora MARIA LÚCIA Ribeiro de Castro PIZZOTTI Mendes
Desembargador MILTON Paulo de CARVALHO Filho
Desembargador Eduardo AZUMA NISHI
Desembargador HAMID CHARAF BDINE JÚNIOR**
Desembargador CARLOS DIAS MOTTA**

28ª Câmara Extraordinária de Direito Privado

Desembargador ENIO Santarelli ZULIANI
Desembargador Fernando Antonio MAIA DA CUNHA
Desembargador Carlos TEIXEIRA LEITE Filho
Desembargador PAULO ALCIDES Amaral Salles
Desembargador MAURO CONTI MACHADO
Desembargador JOÃO BATISTA DE MELLO PAULA LIMA

29ª Câmara Extraordinária de Direito Privado

Desembargador Everaldo de MELO COLOMBI
Desembargador José Benedito FRANCO DE GODOI
Desembargador CARLOS ALBERTO LOPES
Desembargador LIGIA Cristina de ARAÚJO BISOGNI
Desembargador PAULO ROBERTO DE SANTANA
Desembargador MAURICIO PESSOA

COMPOSIÇÃO DE GRUPOS E CÂMARAS DE DIREITO PÚBLICO

1º GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO PÚBLICO — TERÇA-FEIRA — PJ — (SALA 609)

1ª Câmara de Direito Público (sala 609 — 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 604 — 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 623 — 3ª feira — 9:30 horas — PJ)

Desembargador ANTONIO Carlos MALHEIROS***
Desembargador JOSÉ LUIZ GAVIÃO DE ALMEIDA
Desembargador Raymundo AMORIM CANTUÁRIA
Desembargador Luiz Edmundo MARREY UINT
Desembargador ARMANDO CAMARGO PEREIRA
Desembargador MAURÍCIO FIORITO**
Desembargador KLEBER LEYSER DE AQUINO**

2º GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO PÚBLICO — SEGUNDA-FEIRA — PJ — (SALAS 211/213)

4ª Câmara de Direito Público (salas 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 621/623 — 2ª feira — 9:30 horas — PJ)

Desembargador FERMINO MAGNANI FILHO
Desembargador FRANCISCO ANTONIO BIANCO NETO
Desembargador José Helton NOGUEIRA DIEFENTHÄLER Júnior
Desembargador MARCELO Martins BERTHE
Desembargadora MARIA LAURA de Assis Moura TAVARES***
Desembargadora HELOÍSA MARTINS MIMESSI**

3º GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO PÚBLICO — SEGUNDA-FEIRA — PJ — (SALA 609)

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 609 — 2ª feira — 9:30 horas — PJ)

Desembargador MOACIR Andrade PERES
Desembargador Sérgio COIMBRA SCHMIDT***
Desembargador PAULO MAGALHÃES DA COSTA COELHO
Desembargador EDUARDO CORTEZ DE FREITAS GOUVÊA
Desembargador LUIZ SERGIO FERNANDES DE SOUZA

4º GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO PÚBLICO — QUARTA-FEIRA — PJ — (SALA 604)

8ª Câmara de Direito Público (sala 609 — 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 604 — 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 601 — 2ª feira — 9:30 horas — PJ)

Desembargador ANTONIO Carlos VILLEN
Desembargador ANTONIO CELSO AGUILAR CORTEZ
Desembargador Ricardo Cintra TORRES DE CARVALHO
Desembargadora TERESA Cristina Motta RAMOS MARQUES
Desembargador PAULO Sérgio Brant de Carvalho GALIZIA***
Desembargador MARCELO SEMER**

11ª Câmara de Direito Público (sala 511 — 3ª feira — 10:00 horas — PJ)

Desembargador AROLDO Mendes VIOTTI
Desembargador RICARDO Henry Marques DIP
Desembargador LUIS Antonio GANZERLA***
Desembargador José JARBAS de Aguiar GOMES
Desembargador OSCILD DE LIMA JÚNIOR
Desembargador MARCELO LOPES THEODOSIO**

6º GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO PÚBLICO — QUARTA-FEIRA — PJ — (SALA 601)

12ª Câmara de Direito Público (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 (sala 601 — 4ª feira — 9:30 horas — PJ)

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

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

14ª Câmara de Direito Público (sala 621— 5ª feira — 13:30 horas — PJ)

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

15ª Câmara de Direito Público (sala 622 — 5ª feira — 13:30 horas — PJ)

Desembargador Oswaldo ERBETTA FILHO
Desembargador Antonio Teixeira da SILVA RUSSO
Desembargador Sérgio Godoy RODRIGUES DE AGUIAR
Desembargador EUTÁLIO José PORTO Oliveira***
Desembargador RAUL JOSÉ DE FELICE
Desembargador ALOISIO SÉRGIO REZENDE SILVEIRA**
Desembargador JOSÉ HENRIQUE FORTES MUNIZ JÚNIOR**
Desembargador EURÍPEDES GOMES FAIM FILHO**

18ª Câmara de Direito Público (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 601)

16ª Câmara de Direito Público (sala 601 — 3ª feira — 13:30 horas — PJ)

Desembargador LUIZ Alberto DE LORENZI
Desembargador CYRO Ricardo Saltini BONILHA***
Desembargador JOÃO NEGRINI Filho
Desembargador VALDECIR JOSÉ DO NASCIMENTO
Desembargador LUIZ FELIPE NOGUEIRA Júnior
Desembargador NAZIR DAVID MILANO FILHO**
Desembargador JOÃO ANTUNES DOS SANTOS NETO**
Desembargador MARCOS DE LIMA PORTA*
Desembargador LUÍS GUSTAVO DA SILVA PIRES*

17ª Câmara de Direito Público (sala 601 — 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 Luis FERNANDO NISHI
Desembargador MIGUEL PETRONI NETO
Desembargador ROBERTO MAIA Filho

COMPOSIÇÃO DE GRUPOS E CÂMARAS DE DIREITO CRIMINAL

1º GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO CRIMINAL — SEGUNDA-FEIRA — PJ — (SALAS 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 LUIZ FERNANDO VAGGIONE
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 — 10:30 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 601/602)

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 601/602 — 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)

7ª 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

8ª 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

9ª 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

10ª Câmara Criminal Extraordinária

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 2019943-13.2016.8.26.0000, da Comarca de Cândido Mota, em que é autor BANCO DO BRASIL S/A, é réu NINO DI LORETO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 6º Grupo de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Acolheram a impugnação ao valor dado à causa na ação rescisória. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 29.781)**

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

São Paulo, 4 de agosto de 2016.

CERQUEIRA LEITE, Relator

Ementa: Valor da causa - Impugnação - Ação rescisória - Atribuição pelo autor de valor igual ao da causa originária, atualizado até a propositura - Valor manifestamente incompatível com o conteúdo econômico da ação rescisória - Valor da causa que deve corresponder à vantagem patrimonial, que deixa de ser subtraída dos ativos do autor na hipótese de procedência - Conteúdo econômico, no caso concreto, igual ao valor controvertido do "*quantum*" calculado na fase de cumprimento da sentença - Impugnação acolhida e prazo de 10 dias para o depósito complementar de 5% do art. 968, inciso II, do CPC e recolhimento complementar da taxa judiciária.

VOTO

Ajuizada ação rescisória pelo autor, de sentença de primeiro grau que condenou-o ao pagamento do indébito correspondente à diferença de 43,04% relativa ao mês de março de 1990 sobre o valor pago para o resgate de cédulas de crédito rural pignoratícias, entre o BTN-Fiscal e o IPC, inclusive com juros

Acesso ao Sumário

remuneratórios e capitalizados, inicialmente de 0,5% e de 1% ao mês a partir da entrada em vigor do Código Civil de 2002, o réu impugnou o valor dado à causa na ação rescisória, de R$ 1.496,61, uma vez que na fase de cumprimento de sentença da coisa julgada a ser rescindida foi apurado o "***quantum***" de R$ 2.887.520,82 e o "***quantum***" controvertido é de R$ 2.132.515,48. Entende que esse valor controvertido é o apropriado à ação rescisória e, se atualizado à data do ajuizamento, ascende a R$ 2.236.798,23, base de cálculo para o depósito de 5% previsto no art. 968, inciso II, novo CPC.

Facultado ao autor manifestar-se, sustenta ele que o valor da causa na ação rescisória é aquele da ação originária, atualizado.

É o relatório.

O novo CPC trouxe modificações ao procedimento de impugnação do valor da causa, que não mais se processa em incidente apartado.

A impugnação, como é prevista no art. 293 do estatuto em vigor, é sob a forma de preliminar na contestação e a resposta do autor vem com a réplica.

Dir-se-á que a impugnação será dirimida ao ser saneado o processo, por aplicação extensiva do art. 357 em virtude da regra contida na parte final do art. 970, ambos do novo estatuto, ou, ainda, no julgamento do pedido rescisório pelo órgão colegiado competente, em sendo a matéria exclusivamente de direito e cognoscível de imediato.

Todavia, em se tratando de ação rescisória, em que o depósito do art. 968, inciso II, do novo estatuto é pressuposto de constituição e desenvolvimento válido do processo, cuja falta conduz ao indeferimento da petição inicial na forma do § 3º, a impugnação do valor da causa exige solução prévia, antecedente ao saneamento ou ao julgamento pelo órgão colegiado do pedido rescisório.

Assim é que, acolhida a impugnação e majorado o valor dado à causa, não seria cabível o indeferimento "***prima facie***" da petição inicial, sem antes ser permitido ao autor da ação rescisória complementar o depósito do equivalente a 5% com base de cálculo no valor majorado da causa, bem assim complementar o recolhimento da taxa judiciária disciplinada na Lei Estadual n. 11.608/03, em prazo razoável sob pena de indeferimento da petição inicial.

Por isso, conhecida a impugnação, o acolhimento se impõe.

É cediço que o valor da causa deve corresponder, em regra, ao seu conteúdo econômico, assim considerado o benefício quantitativo que o autor pretende obter com a demanda.

Paradigma do Col. STJ, veiculado na RSTJ 143/221, deixou assentado que: "*Na ação rescisória de sentença ou acórdão de conteúdo condenatório, o valor da causa deve corresponder à vantagem patrimonial que seria acrescida ou deixaria de ser subtraída no caso de desconstituição do provimento judicial rescindendo*".

Acesso ao Sumário

Noutro precedente, julgado pela Segunda Seção do mesmo Tribunal Superior, na Pet. 4.543, relator o Min. Gomes de Barros, j. 28.6.06, DJU 15.8.06, pág. 195, decidiu- se que: "*O valor da ação rescisória deve ser o valor da ação originária, monetariamente corrigido, se este corresponder, efetivamente, ao benefício econômico pretendido pelo autor. No entanto, havendo manifesta incompatibilidade entre o valor corrigido da ação originária e o verdadeiro benefício econômico pretendido pelo autor da rescisória, deve prevalecer este último*".

No caso concreto é manifesto que o valor de R$ 1.496,61 dado à causa pelo autor está muito aquém ao benefício econômico por ele visado, na conformidade da melhor orientação jurisprudencial.

Na decisão monocrática do relator sorteado para a ação rescisória adiantou-se que o "***quantum***" controvertido soma R$ 2.132.515,48, ou o principal de R$ 1.938.650,44 acrescido de 10% de honorários advocatícios, enquanto o incontroverso é de R$ 755.005,33 do total depositado de R$ 2.887.520,82 na fase de cumprimento de sentença.

Vale dizer que o conteúdo econômico pleiteado pelo autor é o valor controvertido de R$ 2.132.515,48, ou, parafraseando o paradigma do Col. STJ, a vantagem que deixaria de ser subtraída dos ativos financeiros do autor no caso de procedência da pretensão rescisória.

Tem razão o réu impugnante, inclusive no que concerne à atualização monetária desse valor do conteúdo econômico, que era válido para setembro de 2015 e deve ser atualizado para fevereiro de 2016, ao ser ajuizada a ação rescisória, na medida em que a atualização não é um "***plus***", mas a recomposição da moeda erodida pela inflação.

Acolhida a impugnação, cabe ao autor depositar a diferença da importância de 5% sobre o novo valor da causa, atualizado até a propositura, isto é, R$ 2.132.515,48 atualizado até fevereiro de 2016, bem como recolher a diferença da taxa judiciária.

Diante do exposto, acolhe-se a impugnação ao valor dado à causa e fixa-se ao autor o prazo de 10 dias para o depósito e o recolhimento complementar, sob pena de indeferimento da petição inicial.

Acesso ao Sumário

Agravos de Instrumento

ACÓRDÃO

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

2045052-29.2016.8.26.0000, da Comarca de Barueri, em que são agravantes L.L. (MENOR(ES) REPRESENTADO(S)) e J.R.D.G.L. (REPRESENTANDO MENOR(ES)), é agravado L.L.

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 25329)**

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

São Paulo, 22 de junho de 2016.

TEIXEIRA LEITE, Relator

Ementa: ALIMENTOS PROVISÓRIOS. Pretensão da agravante de que, independentemente do valor estipulado em pecúnia (R$ 7.500,00), seja o agravado condenado ao pagamento das mensalidades escolares e de plano de saúde. Decisão agravada, contudo, que determinou o abatimento do valor das mensalidades em questão, do montante estipulado a título de alimentos provisórios. Pretensão da agravante que não se justifica. Ausência de indicação pormenorizada dos gastos mensais relativos à sua subsistência. Obrigação de sua genitora de arcar com o seu sustento, na medida das suas possibilidades, não sendo razoável imputar-se esse ônus com exclusividade ao agravado. Decisão recorrida, ademais, que mantém o quanto ajustado entre as partes, por ocasião do acordo de separação. Decisão mantida. Recurso desprovido.

VOTO

L.L. agrava da decisão pela qual o d. Juízo, nos autos da ação de alimentos ajuizada contra L.L., seu pai, acolheu os embargos de declaração opostos e esclareceu estarem embutidas nos alimentos provisórios as despesas referentes a escola e plano de saúde, o que autoriza o desconto de ambas, pelo alimentante, do total devido em dinheiro (R$ 7.500,00).

A agravante, inconformada, sustenta que desde o divórcio dos seus genitores vem o agravado arcando com os pagamentos de sua escola e plano de saúde, certo de que, ao ajuizar a ação de alimentos, estimou em R$ 10.500,00 metade das suas despesas mensais, sem computar neste montante os valores relativos a escola e plano de saúde, na expectativa de que o agravado manteria

Acesso ao Sumário

os pagamentos dessas despesas, além da parcela devida em dinheiro. Assim, entende que se houver abatimento dos gastos em questão dos R$ 7.500,00 fixados provisoriamente, deixará o agravado de contribuir de maneira equitativa com o seu sustento, o que não é de se admitir. Requer, assim, seja dado provimento ao recurso, para o fim de determinar ao agravado que, além dos R$ 7.500,00 mensais, arque diretamente com os custos de escola e plano de saúde, sem qualquer abatimento.

Indeferida a tutela antecipada recursal (fls. 27/29), houve resposta às fls. 32/64.

Parecer da d. Procuradoria Geral de Justiça (fls. 175/178), manifestando-se pelo desprovimento do recurso.

Informações às fls. 72.

Este é o relatório.

A insurgência não prospera.

Como é cediço, os alimentos provisórios se prestam à satisfação imediata das necessidades de quem os pleiteia, até que se resolva a ação principal.

Em concreto, como já adiantado na decisão inicial deste recurso, infere-se que não houve requerimento expresso na petição inicial da ação de alimentos, de que os alimentos provisórios pagos em pecúnia seriam devidos independentemente da obrigação do agravado de custear as mensalidades escolares da agravante e as despesas com plano de saúde. Pelo contrário, são requeridos apenas os alimentos em espécie, nada sendo dito quanto aos demais gastos (fls. 12).

Ademais, do que se constata, diante das sucessivas alterações da guarda da menor entre sua genitora e o agravado, o pagamento das despesas escolares e de plano de saúde, foi ajustado apenas informalmente entre as partes, não havendo instrumento jurídico hábil ao cumprimento compulsório da pretensão veiculada neste momento.

Frise-se, outrossim, que a obrigação de sustento dos filhos incumbe a ambos os pais, na medida das suas possibilidades, razão pela qual não pode o agravado ser onerado, com exclusividade, pelo pagamento da integralidade dos gastos envolvendo a subsistência da agravante, devendo haver contribuição, também, por sua genitora (art. 1.568 do CC). Acerca do tema, aliás, pertinentes os ensinamentos de **Milton Paulo de Carvalho Filho**:

"*Ainda fundamentado no princípio constitucional da igualdade entre os cônjuges (art. 226, § 5º, da CF), estabelece o legislador que o sustento da família e a educação dos filhos, seja qual for o regime patrimonial, competirão a ambos os cônjuges. A repartição desses ônus e afazeres respeitará a situação patrimonial de cada cônjuge, pois será estabelecida na proporção de seus bens e rendimentos do trabalho. Os cônjuges também deverão responder*

solidariamente pelas dívidas contraídas em benefício da família (...)" (**Código Civil Comentado - Doutrina e Jurisprudência**. Coord. Min. Cezar Peluso. São Paulo: Manole, 2007, p. 1502).

Ademais, não houve indicação pormenorizada dos valores correspondentes às mensalidades escolares e de plano de saúde, razão pela qual não é possível vislumbrar, neste momento, se os alimentos devidos em dinheiro pelo agravado representariam montante suficiente, ou não, ao atendimento das demais necessidades da agravante.

A propósito, segundo o exposto na contraminuta do recurso, infere-se que o cumprimento da r. decisão agravada representará a manutenção do montante estipulado no acordo entabulado entre as partes, por ocasião da separação dos genitores da agravante (fls. 38), o que reforça a conclusão sobre a razoabilidade dos alimentos provisórios estipulados pelo MM Juízo *a quo*, para este momento processual.

Vale lembrar, por derradeiro, que nos termos do artigo 1.694, § 1º, do CC, "*os alimentos devem ser fixados na proporção das necessidades do reclamante e dos recursos da pessoa obrigada*", traduzindo o binômio necessidade-possibilidade, o que parece ter sido bem atendido pela r. decisão agravada, que fica mantida, nos termos em que lançada, podendo o d. Juízo, contando com mais elementos, revisar o montante.

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

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2063009-43.2016.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante VERA RODRIGUES DA SILVA, são agravados SERGIO MATEUS CORDEIRO DA SILVA e TEKNO SOFTWARE E SERVIÇOS LTDA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 2ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 27065/TJ)**

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

São Paulo, 24 de junho de 2016.

ALVARO PASSOS, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: TÍTULO EXECUTIVO JUDICIAL - Execução - Insurgência contra decisão que indeferiu o pedido de impenhorabilidade de valores bloqueados - Descabimento - Impossibilidade de reconhecer à restituição do imposto de renda a blindagem do inciso IV do artigo 833, do Novo Código de Processo Civil - Alegação de impenhorabilidade por se tratar de conta poupança - Ausência de comprovação - Manutenção da ordem de penhora - Necessidade - Decisão mantida, ratificando-se seus fundamentos, a teor do art. 252 do RITJSP - Recurso improvido.

VOTO

Vistos.

Trata-se de agravo de instrumento interposto contra a r. decisão de fls. 25, que, nos autos de ação de execução de título judicial, indeferiu o pedido de impenhorabilidade de valores bloqueados.

Inconformada, pretende a agravante ver revista tal decisão, pelos motivos expostos na minuta de fls. 01/07.

Indeferido o efeito requerido (fls. 44), decorrido o prazo legal sem apresentação de contraminuta (fls. 47) e, encontrando-se em termos, foram os autos remetidos para julgamento.

É o relatório.

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

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

O COLENDO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA tem prestigiado

Acesso ao Sumário

1 Anote-se, dentre tantos outros: AI nº 99010271130-7, Rel. Des. Caetano Lagrasta, em 17/09/2010; Apelação 99109079089-9, Rel. Des. Moura Ribeiro, em 20/05/2010; Apelação n° 990.10.237099-2, Rel. Des. Luiz Roberto Sabbato, em 30.06.2010; Agravo de Instrumento 99010032298-2, Rel. Des. Edgard Jorge Lauand, em 13/04/2010; Apelação 991.09.0841779, Rel. Des. Simões de Vergueiro, em 09/06/2010; Apelação 991000213891, Rel. Des. Paulo Roberto de Santana, em 09/06/2010; Apelação nº 99208049153-6, Rel. Des. Renato Sartorelli, em 01/09.2010; Apelação nº 992.07.038448-6, São Paulo, Rel. Des. Cesar Lacerda, em 27/07/2010; Apelação nº 99206041759-4, Rel. Des. Edgard Rosa, em 01/09/2010; Apelação nº 99209075361-4, Rel. Des. Paulo Ayrosa, em 14/09/2010; Apelação nº 99202031010-1, Rel. Des. Mendes Gomes, em 06/05/2010; Apelação nº 99010031067-4, Rel. Des. Romeu Ricupero, em 15/09/2010.

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

Consigne que, corretamente, a r. decisão agravada assentou que a impenhorabilidade prescrita no art. 649, inciso IV, do Código de Processo Civil (correspondente ao art. 833, inciso IV, do Novo CPC), alcança apenas a remuneração periódica, isto é, a remuneração que a lei presume necessária à manutenção do devedor e de sua família no mês ao qual se refere. Deixa de ser protegida pela impenhorabilidade a remuneração, ou parte dela, que não é utilizada no mês referência, incorporando-se ao patrimônio do devedor, de modo que não se pode reconhecer à restituição do imposto de renda a blindagem do inciso IV do artigo 649 da Lei Processual Civil (correspondente ao art. 833, inciso IV, do Novo CPC), tendo em vista que, uma vez destacada de determinado ganho, volta ao patrimônio do devedor sem a correlação remuneratória que inspira essa regra de impenhorabilidade.

Outrossim, a alegação de impenhorabilidade sobre saldo existente em caderneta de poupança não merece prosperar, pois, como já se decidiu: "Sabe-se que as contas poupança podem ser utilizadas para movimentação cotidiana. Muitos optam por uma conta dessa modalidade por causa das isenções fiscais e vantagens de uma conta poupança mas a utilizam como conta corrente. Essa situação afasta a proteção legal de impenhorabilidade. E o documento juntado aos autos pelo executado embargante é de molde a se entender que a conta não é mantida para a finalidade de poupar economias mas é utilizada para compras e outras operações" (Apelação nº 0002057-85.2011.8.26.0428, j. 14.03.2013, rel. Des. José Luiz de Carvalho).

No caso em tela, a executada não mantém saldo positivo nos outros bancos em que é correntista e recebeu crédito decorrente de restituição de imposto de renda na "conta-poupança" (vide fls. 13).

Portanto, o perfil da conta objeto de constrição é de consumo, não havendo sinalização de que a quantia é utilizada como poupança.

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

Por derradeiro, a fim de evitar a oposição de embargos de declaração,

Acesso ao Sumário

única e exclusivamente voltados ao prequestionamento, tenho por expressamente prequestionada, neste grau de jurisdição, toda a matéria, consignando que não houve ofensa a qualquer dispositivo a ela relacionado. Vale, ainda, lembrar que ao juiz cabe decidir a lide, apontando os fundamentos que lhe pareçam suficientes para embasar a conclusão a que chega, não sendo necessário que aprecie todos os argumentos articulados pelas partes, o que não representa vício ou mácula do julgado.

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

Pelo exposto, **nego provimento** ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2209906-74.2015.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante SCHAHIN EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS LTDA., são agravados LUIZ CARLOS ARAÚJO MILHOMEM e APARECIDA REMAUD MILHOMEM.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 7ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Não Conheceram do recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 16/20895)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores LUIS MARIO GALBETTI (Presidente) e MARY GRÜN.

São Paulo, 27 de junho de 2016.

MIGUEL BRANDI, Relator

Ementa: Agravo de instrumento - Desconsideração da personalidade jurídica - Inadmissibilidade - Ilegitimidade recursal da agravante - Pessoa jurídica atingida pela desconsideração que não possui legitimidade para impugnar a medida - Ausência de interesse atingido pela medida - Precedentes desta Corte e do STJ - AGRAVO NÃO CONHECIDO.

Acesso ao Sumário

VOTO

Agravo de instrumento, com pedido de efeito suspensivo, tirado em ação de indenização por cobrança indevida ajuizada pelos agravados em face da agravante, em que, pela decisão de fls. 1474/1475 (fls. 143/144 deste agravo), foi desconsidera a personalidade jurídica da agravante.

Sustenta a agravante, em síntese, que: a) a decisão que desconsiderou a personalidade jurídica da agravante é nula porque foi proferida sem o crivo do contraditório e da ampla defesa; b) a decisão está em desconformidade com o disposto no artigo 6º da Lei 11.101/2005, que determina a suspensão das ações movidas em face do devedor quando a recuperação judicial tenha sido deferida; c) ante a necessidade de suspensão do cumprimento de sentença, é incabível a desconsideração da personalidade jurídica; d) a decisão foi proferida em 24 de abril de 2015 e o bloqueio das contas de terceiros ocorreu em 30 de abril seguinte; e) a alegação do exequente de que não localizou bens penhoráveis não é suficiente para caracterizar a fraude, o abuso de personalidade ou a confusão patrimonial; f) a falta de dinheiro em conta não é suficiente para a desconsideração, é necessária a comprovação do desvio de finalidade, do excesso de poder ou confusão patrimonial; g) a empresa HHS Participações ser sua sócia não indica a existência de confusão patrimonial. Pede o levantamento da penhora de bens de terceiros.

Decisão inicial à fls. 167/168, concedendo o efeito suspensivo ao recurso apenas para que não sejam levantados os valores constritos.

Contraminuta apresentada às fls. 172/192.

Breve relato.

O agravo não merece ser conhecido.

A desconsideração da personalidade jurídica foi determinada em 24 de abril de 2015 (fls. 143/145) e o bloqueio das contas de terceiros ocorreu em 30 de abril de 2015 (fl. 145).

O processamento da recuperação judicial foi deferido em 04/05/2015 (fls. 152/157), posteriormente à desconsideração da personalidade jurídica.

Pois bem.

Com efeito, a decisão que levanta o véu da entidade societária em nada prejudica a agravante - ao revés, lhe traz manifesto benefício.

Sabido e consabido que só é dado a alguém valer-se das vias judiciais para postular um direito quando este possuir interesse, isto é, quando de fato seu direito for direta ou indiretamente afetado.

Com base nessa premissa é que o legislador estabeleceu o conceito de legitimidade recursal, disciplinada no art. 499 do Código de Processo Civil (corresponde ao art. 996, cabeça e parágrafo único, do novo CPC), que dispõe

Acesso ao Sumário

que o recurso pode ser interposto: a) pela parte vencida, isto é, pelos efetivos litigantes do processo, requerente, requerido e eventuais terceiros admitidos na lide; b) pelo terceiro prejudicado, aquele que, mesmo sendo alheio ao conflito de interesses, tenha sido atingido indiretamente pela prestação jurisdicional, desde que demonstre a lesão ou a ameaça a direito seu; e c) o Ministério Público, tanto nos processos em que atuar como fiscal da ordem jurídica como naqueles em que for parte.

A desconsideração da personalidade jurídica é medida que visa a transferir para a pessoa dos sócios a responsabilidade de satisfação das obrigações societárias, inicialmente, como cediço, restrita ao patrimônio da própria sociedade.

Nesse sentido, a medida não redunda em qualquer prejuízo à agravante, não atingindo, sequer indiretamente, qualquer interesse seu, ao revés, se a dívida vier a ser satisfeita com o patrimônio dos sócios, a medida se reverterá em seu inequívoco benefício, não se enquadrando a agravante, destarte, em qualquer das hipóteses do dispositivo antes mencionado, não podendo, sem expressa autorização legal postular, em nome próprio, direito alheio, nos termos do art. 6º do mesmo diploma legal.

Assim o entendimento desta Corte em casos correlatos recentes:

"***AGRAVO DE INSTRUMENTO - LOCAÇÃO DE IMÓVEL - AÇÃO DE COBRANÇA - DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA - INCLUSÃO DOS SÓCIOS NO POLO PASSIVO - DETERMINAÇÃO DE INTIMAÇÃO - RECURSO INTERPOSTO - AUSÊNCIA DE INTERESSE - RECURSO NÃO CONHECIDO. Não tem a agravante interesse e legitimidade recursal para defender em nome próprio direito alheio, visto que a decisão recorrida determinou a intimação pessoal dos sócios da devedora para pagamento do débito, bem como empresa terceira. Assim, como a decisão não atinge a própria agravante, mas atingirá a pessoa física de seus sócios e empresa diversa, a recorrente não pode defender interesse de terceiros.***" (TJSP, 31ª Câm. de Dir. Privado, AI nº 2077555-74.2014.8.26.0000, Rel. Paulo Ayrosa, j. 10.06.2014).

"***A sociedade executada não tem interesse nem legitimidade para recorrer contra decisão que desconsidera sua personalidade jurídica, pois o gravame é exclusivo dos sócios. Recurso não conhecido.***" (TJSP, 34ª Câm. de Dir. Privado, AI 2032502-70.2014.8.26.0000, Rel. Gomes Varjão, j. 05.05.2014).

Nessa direção, também, está o Superior Tribunal de Justiça, em Julgado que invoca diversos outros precedentes daquela Corte:

"***PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. DECISÃO QUE ATINGE A ESFERA JURÍDICA DOS SÓCIOS. INTERESSE E LEGITIMIDADE RECURSAIS***

DA PESSOA JURÍDICA. AUSÊNCIA.

1. De plano, constata-se que a única questão decidida pelo Tribunal a quo diz respeito ao interesse recursal da pessoa jurídica para se insurgir contra decisão que incluiu os sócios no polo passivo da relação processual, em decorrência da desconsideração da personalidade jurídica. Portanto, não se pode conhecer da matéria atinente à alegada ausência de dissolução irregular, sob pena de ofensa às Súmulas 7 e 211/STJ.

2. As razões recursais sugerem equivocada compreensão da teoria da desconsideração da personalidade jurídica por parte da recorrente. Essa formulação teórica tem a função de resguardar os contornos do instituto da autonomia patrimonial, coibindo seu desvirtuamento em prejuízo de terceiros.

3. Em regra, a desconsideração da personalidade jurídica é motivada pelo uso fraudulento ou abusivo da autonomia patrimonial da pessoa jurídica. E essa manipulação indevida é realizada por pessoas físicas, a quem é imputado o ilícito. Por meio desse mecanismo de criação doutrinária, o juiz, no caso concreto, pode desconsiderar a autonomia patrimonial e estender os efeitos de determinadas obrigações aos responsáveis pelo uso abusivo da sociedade empresária.

4. A desconsideração da personalidade jurídica da sociedade opera no plano da eficácia, permitindo que se levante o manto protetivo da autonomia patrimonial para que os bens dos sócios e/ou administradores sejam alcançados. Nesse sentido, elucidativos precedentes das Turmas da Seção de Direito Privado do STJ: REsp 1.169.175/DF, Rel. Ministro Massami Uyeda, Terceira Turma, DJe 4.4.2011; REsp 1.141.447/SP, Rel. Ministro Sidnei Beneti, Terceira Turma, DJe 5.4.2011; RMS 25.251/SP, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, DJe 3.5.2010).

5. A decisão jurisdicional que aplica a aludida teoria importa prejuízo às pessoas físicas afetadas pelos efeitos das obrigações contraídas pela pessoa jurídica. A rigor, ela resguarda interesses de credores e da própria sociedade empresária indevidamente manipulada. Por isso, o Enunciado 285 da IV Jornada de Direito Civil descreve que 'A teoria da desconsideração, prevista no art. 50 do Código Civil, pode ser invocada pela pessoa jurídica em seu favor'.

6. A ideia de prejuízo e a necessidade de obter provimento mais benéfico são fundamentais para a caracterização do interesse recursal (Barbosa Moreira, Comentário ao Código de Processo Civil, vol. V, 14ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2008, p. 299). Segundo o art. 499 do CPC, o recurso pode ser interposto pela parte vencida, pelo terceiro prejudicado e pelo Ministério Público.

7. Desse modo, não há como reconhecer interesse à pessoa jurídica

Acesso ao Sumário

para impugnar decisão que atinge a esfera jurídica de terceiros, o que, em tese, pode preservar o patrimônio da sociedade ou minorar sua diminuição; afinal, mais pessoas estariam respondendo pela dívida contra ela cobrada originalmente.

8. Em casos análogos, a jurisprudência do STJ tem afirmado que a pessoa jurídica não possui legitimidade nem interesse recursal para questionar decisão que, sob o fundamento de ter ocorrido dissolução irregular, determina a responsabilização dos sócios (EDcl no AREsp 14.308/MG, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 27.10.2011; REsp 932.675/SP, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, DJ 27.8.2007, p. 215; REsp 793.772/RS, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, DJe 11.2.2009).

9. Agravo Regimental não provido." (STJ, 2ª T., REsp. n.º 1.307.639/RJ, Rel. Min. Herman Benjamin, j. 17.05.2012, DJe 23.05.2012).

De tal sorte, em que pesem os precedentes trazidos pela agravante, esta Câmara consolidou o entendimento ora esposado.

Mais não é preciso dizer.

Por todo o exposto, pelo meu voto, **NÃO CONHEÇO** do recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2098781-67.2016.8.26.0000, da Comarca de Diadema, em que é agravante JOÃO ADRIEL ORMES RETAMIRO, é agravado ABCD DIACAL EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS LTDA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 6ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento em parte ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 21.889)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores PAULO ALCIDES (Presidente sem voto), JOSÉ ROBERTO FURQUIM CABELLA e VITO GUGLIELMI.

São Paulo, 6 de julho de 2016.

EDUARDO SÁ PINTO SANDEVILLE, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: Ação de rescisão contratual - Antecipação de tutela - Autor não pretende adquirir o imóvel, não podendo ser obrigado a permanecer vinculado ao contrato - Possibilidade de suspensão das parcelas

restantes - Ré deve se abster de inscrever o nome do autor nos cadastros de proteção ao crédito por dívida, ou cobrar outras despesas posteriores ao ajuizamento da demanda - Não se admite que a requerida seja impedida de comercializar a unidade - Liberação do imóvel é consequência do pedido de rescisão contratual - Recurso parcialmente provido.

VOTO

Trata-se de agravo tirado contra decisão que, em ação de rescisão contratual c.c. restituição das quantias pagas, indeferiu a tutela de urgência, forte no argumento de que a rescisão contratual pode ser pleiteada mesmo na ausência de culpa da requerida. Alega que não há razão para manter a exigibilidade das parcelas vencidas ou vincendas e há fundado receio de dano irreparável, pois está na iminência de ser incluído nos cadastros de proteção ao crédito.

Recurso regularmente processado, sem resposta do agravado, pois ainda não integrou a lide.

É o relatório.

Narra o autor que adquiriu um imóvel residencial no condomínio Portal do Paço avaliado em R$ 221.000,00. No entanto, face à crise financeira, as instituições financeiras não aprovam nem disponibilizam linhas de crédito, portanto, pretende rescindir o contrato, mas a requerida só efetua a devolução de 30% do valor total pago em dez vezes.

Daí o ajuizamento da demanda com pedido de tutela de urgência para declarar a inexigibilidade das parcelas vencidas e vincendas, bem como determinar a requerida que se abstenha de negativar o nome dos autores nos órgão de proteção ao crédito e de efetuar cobrança de condomínio e IPTU.

Requereu também que fique obstada a imissão da requerida na posse do imóvel e que seja impedida de alienar a unidade, subsidiariamente que a requerida deposite em juízo todos os valores que os autores pagaram pelo imóvel.

O magistrado indeferiu a tutela de urgência, porque a agravada não deu causa à resolução do contrato.

Contudo, respeitado o entendimento do magistrado o recurso merece parcial provimento.

O autor pretende rescindir o contrato de compromisso de venda e compra do imóvel firmado entre as partes, pois não possui mais interesse em adquirir o bem.

Desse modo, ninguém pode ser obrigado a permanecer vinculado a

Acesso ao Sumário

contrato contra a sua vontade, conforme já decidiu essa C. Câmara:

"*COMPRA E VENDA DE IMÓVEL – RESCISÃO CONTRATUAL - TUTELA ANTECIPADA - Concessão para o fim de impedir a negativação do nome dos Autores, bem como suspender o pagamento das parcelas ajustadas - Possibilidade - Pedido de desfazimento do negócio - Decisão mantida - Agravo desprovido*". (Agravo de Instrumento nº 2176736-48.2014.8.26.0000, Rel. Percival Nogueira, São José do Rio Preto, 6ª Câmara de Direito Privado, j. 10/11/2014).

Portanto, se o autor não pretende adquirir o imóvel, do qual não tem a posse, não é razoável que permaneça obrigado a pagar as prestações faltantes.

Por isso, não se admite a cobrança das parcelas vincendas ou a inscrição do nome do autor nos cadastros de proteção ao crédito por dívida posterior ao ajuizamento da demanda.

Também não se admite a cobrança de condomínio ou IPTU já que o agravante ainda não tem a posse do imóvel.

Confira-se:

"*COMPRA E VENDA. RESCISÃO DE CONTRATO CUMULADA COM INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. Atraso injustificado da entrega do imóvel. Inadimplemento que implica devolução total das parcelas pagas. Exigência de despesas condominiais e de IPTU, com relação a período anterior à entrega das chaves. Abusividade. Serviço que não foi usufruído. (...) Recurso provido em parte.*" (Ap. 0068596-13.2012.8.26.0100, rel. Ana Lúcia Romanhole Martucci, 6ª Câmara de Direito Privado, j. 01.08.2013).

"*COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA - Atraso na entrega dos documentos necessários à obtenção do financiamento habitacional pelos autores - Inadimplemento da ré - Requerida que apenas cumpriu com sua obrigação a partir de determinação judicial - Incidência de multa contratual sobre o valor do imóvel, até a data da efetiva entrega das chaves aos autores - Indenização dos danos materiais sofridos - Despesas com locação de imóvel para moradia, IPTU e condomínio do imóvel compromissado à venda que devem ser ressarcidas aos autores, até a data da efetiva entrega das chaves do bem - Inexistência de danos morais - Ação parcialmente procedente - Recursos parcialmente providos.*" (Ap. 0121627-16.2010.8.26.0100, rel. Francisco Loureiro, 6ª Câmara de Direito Privado, j. 10/05/2012).

Acesso ao Sumário

Contudo, a requerida não pode ficar impedida de ser imitida na posse do imóvel ou aliená-lo para terceiros, tampouco se exige que efetue depósito nos autos dos valores pagos pelos agravantes.

Confira-se:

"*AGRAVO DE INSTRUMENTO. TUTELA ANTECIPADA. CAUÇÃO. Tutela antecipada concedida parcialmente para rescindir o contrato de compra*

e venda, suspendendo-se a exigibilidade das parcelas, bem como liberando a comercialização do imóvel. Liberação do imóvel para comercialização que é mera consequência do pedido dos próprios autores para rescindir antecipadamente o contrato. Caução que é discricionariedade do juiz. Empresa ré que é notoriamente bem sucedida, e capaz de arcar com valores pedidos. Não se vislumbra a necessidade de apresentar caução. Antecipação para suspender o pagamento da comissão de corretagem. Impossibilidade. Neste momento não se sabe se a ré é realmente a credora deste valor, ou se outra empresa. Decisão mantida. Recurso desprovido." (Agravo de Instrumento nº 2046005-27.2015.8.26.0000, Rel. Ana Lucia Romanhole Martucci, São Paulo, 6ª Câmara de Direito Privado, j. 12/05/2015).

Em face do exposto, dou parcial provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2178829-47.2015.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante MUDAR INCORPORAÇÕES IMOBILIÁRIAS S/A, é agravado MAURICIO RONALDO DELFINO.

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 10462)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores PAULO ALCIDES (Presidente) e VITO GUGLIELMI.

São Paulo, 10 de agosto de 2016.

JOSÉ ROBERTO FURQUIM CABELLA, Relator

Ementa: Agravo de Instrumento - Ação declaratória cumulada com pedido de obrigação de fazer e não fazer, indenização por danos materiais e morais e cancelamento de hipoteca ajuizada pelo ora agravado - Cláusula de resolução expressa que não se opera automaticamente - Indispensabilidade da ação judicial - Determinações impostas nas r. decisões agravadas devem ser mantidas - Suspensão das parcelas vincendas, em razão da pendência de discussão a respeito da rescisão contratual - Financiamento que

Acesso ao Sumário

depende de documentos a serem fornecidos pela ré - Dever de cooperação oriunda da boa-fé objetiva - Averbação do compromisso de compra e venda na matrícula do imóvel a fim de dar publicidade e resguardar interesse de terceiro de boa-fé - Decisão mantida - Recurso desprovido.

VOTO

Vistos etc.

Trata-se de agravo de instrumento, interposto por Mudar Incorporações Imobiliárias S.A., em face de decisões (fls. 50/52) que, em ação declaratória cumulada com pedido de obrigação de fazer e não fazer, indenização por danos materiais e morais e cancelamento de hipoteca que lhe foi ajuizada por Maurício Ronaldo Delfino, deferiu a antecipação da tutela pleiteada para: 1. determinar que a requerida-agravante envie à instituição financeira indicada pelo autor-agravado toda a documentação necessária para o financiamento do imóvel; 2. impedir a rescisão do contrato, suspendendo-se a cobrança da última parcela, no valor de RS 203.424,23, sob pena de multa diária de RS 1.000,00 e 3.determinar a averbação do compromisso de compra e venda envolvendo os litigantes na matrícula do imóvel negociado.

Requer a agravante a reforma da referida decisão argumentando, para tanto, que, o MM. Juiz, ao conceder os pedidos formulados pelo autor, desconsiderou totalmente o fato de que o compromisso de compra e venda firmado entre as partes encontra-se rescindido, diante da inadimplência do promissário comprador, consoante autoriza cláusula contratual embasada no Decreto-Lei 745/69. E, diante dessa rescisão, entende que agiu corretamente ao disponibilizar o imóvel para nova venda e que são descabidas as imposições da decisão agravada. Pleiteia, ainda, de forma alternativa, a exclusão da multa fixada ou a sua redução.

Recebido o presente recurso, foi então deferida a liminar pleiteada para suspender a obrigatoriedade de cumprimento das determinações contidas nas r. decisões agravadas (367/369).

As informações foram prestadas a fls. 396/397 e a contraminuta foi apresentada (fls. 372/385).

As partes foram intimadas a apresentar eventual oposição ao julgamento virtual e não se manifestaram (fls. 395).

É, em síntese, o relatório.

Relata a agravante, em síntese, que as partes firmaram promessa de compra e venda da unidade 304, Bloco A, do Residencial Ágata, nesta cidade de São Paulo, em janeiro de 2010, no valor de R$ 119.718,58 e que a obra foi

Acesso ao Sumário

concluída no início de 2014. Naquela oportunidade, segundo afirma, notificou todos os seus clientes a fim de que procedessem à quitação do saldo devedor para, como consequência, serem imitidos na posse do imóvel. Informa que o agravado, embora notificado, quedou-se inerte, circunstância que, conforme sustenta, ensejou a rescisão do referido contrato, segundo preconiza a cláusula contratual 12ª, §5º do contrato assinado, assim como o parágrafo único do art. 1º do Decreto-Lei 745/69. Diante disso, entende que as determinações que lhe foram impostas nas r. decisões não podem prosperar.

Contudo, sem razão.

A despeito da existência da cláusula resolutiva prevista no contrato de compromisso de compra e venda celebrado entre as partes (fls. 106), prevalece o entendimento de que ela não se opera automaticamente, sendo imprescindível a declaração judicial da resolução contratual:

> EXECUÇÃO DE ACORDO JUDICIAL. Tutela antecipada para reintegração na posse indeferida. Resolução contratual que não ocorre de forma automática. Necessidade de prévia resolução do compromisso de compra e venda. Precedentes. Decisão confirmada. Recurso desprovido (AI. n. 2223811-83.2014.8.26.0000, rel. Des. Ana Lucia Romanhole Martucci, j. 26.3.2015).

Tal conclusão está radicada também em sólidas lições da doutrina. No dizer de Pontes de Miranda, "não se opera, automaticamente, a resolução. Tem de haver decisão judicial" (Tratado de Direito Privado, Ed. Borsoi, 1971, tomo XXV, § 3.091, item n. 3, p. 331).

Assim sendo, verifica-se que, ao contrário do sustentado pela agravante, não houve a regular resolução do contrato.

Tampouco se concebe olvidar que o contrato em questão encontra-se em vigor desde 2010, tendo sido integralmente pagas as parcelas avençadas, com exceção das duas últimas, já que, conforme informado pelo autor na inicial, estavam previstas para serem quitadas quando da entrega das chaves.

Veja-se que não se identifica, em absoluto, por parte do agravado, desinteresse pela continuação da execução do contrato, o que particularmente pode ser evidenciado em seu pedido de fornecimento de documentação a fim de obter o financiamento bancário das parcelas faltantes.

Em consequência, estando o contrato em vigor, cabíveis as determinações impostas nas decisões agravadas.

Assim, já que pendente a discussão a respeito da rescisão contratual, ao menos por ora, prudente se mostra suspender o pagamento das parcelas vincendas. E, no tocante ao fornecimento dos documentos necessários ao financiamento bancário do autor, é legítimo que se imponha à agravante o dever de cooperação, próprio do dever de boa-fé previsto no art. 422 do CC. Ora, não

Acesso ao Sumário

é coerente que a agravante exija a quitação do preço final sem cumprir com a sua contraprestação, consistente na entrega da documentação necessária para a obtenção do financiamento bancário.

A determinação de averbação do compromisso de compra e venda na matrícula do imóvel negociado também se sustenta. Tal providência visa dar publicidade da ação e resguardar interesse de terceiro de boa-fé. Com efeito, enquanto não houver a resolução judicial do contrato não se admite a comercialização da unidade compromissada.

> Agravo de instrumento. Ação de condenação da ré em não alienar novamente o imóvel prometido à venda e a fornecer ao autor documentos necessários ao financiamento do imóvel. Cláusula de resolução expressa que não se opera automaticamente. Indispensabilidade da ação judicial. Financiamento que depende de documentos a serem fornecidos pela ré. Dever de cooperação oriunda da boa-fé objetiva. Impossibilidade da venda não configurada. Concessão da liminar mantida. Recurso improvido (Agravo de Instrumento nº 2194675-07.2015.8.26.0000, Rel. Hamid Bdine, São Paulo, 4ª Câmara de Direito Privado, j. 08/10/2015).

Por fim, no que toca à multa fixada na r. decisão, ela tem por objetivo assegurar a efetividade das decisões do juiz e, portanto, não poderia ser afastada. Tampouco cabe sua redução, na medida em que foram observados os princípios da proporcionalidade e razoabilidade na sua fixação.

Dessa forma, entendo de rigor a manutenção da decisão agravada por seus próprios fundamentos.

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

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2246593-50.2015.8.26.0000, da Comarca de Sorocaba, em que é agravante ADELINO ALMAGRO, é agravado COMPANHIA NACIONAL DE ESTAMPARIA - CIANÊ.

ACORDAM, em 10ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 23747)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ELCIO TRUJILLO (Presidente sem voto), J.B. PAULA LIMA e JOÃO CARLOS SALETTI.

Acesso ao Sumário

São Paulo, 9 de agosto de 2016.
CARLOS ALBERTO GARBI, Relator

Ementa: INDENIZAÇÃO. EXECUÇÃO. INTIMAÇÃO DO ADVOGADO PARA INFORMAR NOS AUTOS O ENDEREÇO DO CLIENTE. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL. INFRAÇÃO ÉTICA. RECURSO NÃO PROVIDO.

Ação de indenização. Execução de acordo. A agravada não foi encontrada nos endereços constantes nos autos. Pedido de intimação de seus advogados para que informem nos autos o atual endereço da cliente. Impossibilidade. Ausência de previsão legal. O art. 238, par. único, do CPC, refere-se às partes que litigam no processo. Infração ética dos advogados. Recurso não provido.

VOTO

Insurgiu-se o agravante contra decisão proferida em ação de indenização, em fase de execução, que indeferiu o pedido de intimação aos advogados da agravada para que apresentem o endereço da empresa.

Alegou o recorrente, em síntese, que a agravada não está sendo localizada; que seus advogados devem ser intimados a fim de que informem nos autos seu atual endereço; que está havendo cerceamento de seu direito; e que deve ser deferido seu pedido. Pediu o deferimento da antecipação da tutela recursal e, a final, o provimento do recurso.

Indeferido o pedido liminar, foram dispensadas as informações.

A agravada não apresentou resposta.

É o relatório.

O agravante é credor da elevada quantia que decorre de indenização concedida por doenças causadas pelo trabalho exercido na recorrida. Celebrado acordo com a agravada, requereu o prosseguimento da execução, pois o ajuste não foi devidamente cumprido.

Foi deferida a penhora sobre o faturamento da empresa, mas o mandado não foi cumprido, tendo em vista que a devedora não foi localizada.

O agravante pediu, então, a intimação dos advogados da agravada para que informem nos autos seu atual endereço, nos termos do art. 238, parágrafo único, do Código de Processo Civil em vigor. A decisão, contudo, indeferiu seu

Acesso ao Sumário

pedido nos seguintes termos:

"*A sanção prevista para o caso de alteração de endereço sem comunicação ao Juízo é a validação das intimações dirigidas ao endereço anterior, de modo que não há previsão legal para obrigar o executado a informar seu próprio endereço.*

De igual modo, não há como compelir o patrono a prestar estas informações sob pena de violar-se a garantia de sigilo profissional (arts. 25 a 27 do Código de Ética da OAB).

Por outro lado, é de se destacar que o endereço do estabelecimento da sociedade empresária deve coincidir com o constante de seu registro (JUCESP). E caso isto não ocorra, tem-se o funcionamento irregular da sociedade, o que poderá ensejar a adoção de outras medidas para a efetividade da execução.

Portanto, manifeste-se o exequente de forma objetiva em termos de prosseguimento.

No silêncio, independentemente de nova conclusão e nova intimação, remetam-se os autos ao arquivo.

Int."

A parte tem o dever legal de manter atualizado seu endereço no processo, pena de sua comunicação ou intimação ser considerada válida no endereço declinado. Contudo, esse dever não é do advogado, que não pode ser compelido a trazer aos autos informações referentes a seus clientes, valendo observar, como bem anotou a decisão, que a conduta pode inclusive caracterizar infração ética ao profissional.

O Tribunal, nesse sentido, já decidiu:

"*Advogado - Intimação para fornecer o endereço de seu cliente para citação em outro processo - impedimento - sigilo profissional - Art. 7º, inciso XIX, Do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil - decisão reformada - recurso provido*" (Agr. Instr. n. 0122561-46.2011.8.26.0000, rel. Des. BERETTA DA SILVEIRA, j. 25.10.2011).

É certo que o processo tramita por impulso oficial, mas cabe à parte, em seu próprio interesse, as providências necessárias a tornar efetivos seus pedidos, mormente como o caso dos autos, no qual o recorrente busca o pagamento de seu crédito. Ademais, como restou bem observado na decisão impugnada, acaso o endereço da devedora não seja o mesmo indicado nos registros da Junta Comercial, outras medidas podem ser adotadas.

Logo, não havendo fundamento legal para o pedido do agravante, é de se manter a decisão impugnada.

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

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2035540-22.2016.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que são agravantes ISMAEL CORTE INÁCIO JUNIOR e ISMAEL CORTE INÁCIO, são agravados CONSTANTINO CANCIAN FLORE, MARCELLO MAGALHÃES DE GIACOMO e MEDSTAR ADMINISTRAÇÃO DE SAÚDE S/C 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 ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 24758)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores JOSÉ JOAQUIM DOS SANTOS (Presidente), ALVARO PASSOS e GIFFONI FERREIRA.

São Paulo, 14 de julho de 2016.

JOSÉ JOAQUIM DOS SANTOS, Relator

Ementa: Agravo de Instrumento. Cumprimento de Sentença. Verbas de Sucumbência. Honorários advocatícios. Caráter alimentar. Pretensão de penhora de valores percebidos da previdência privada. Verba oriunda de investimento. Possibilidade desde que não comprometa a subsistência do devedor. Ausência de provas neste sentido. Penhora de 30% dos rendimentos mensais derivados da previdência privada que não compromete o mínimo existencial do executado. Recurso provido.

VOTO

Trata-se de agravo de instrumento interposto contra r. decisão que, em ação indenizatória em fase de cumprimento de sentença, indeferiu a penhora de valores oriundos da previdência privada, nos termos do disposto no art. 649, IV, do CPC.

Alegam os agravantes que a r. decisão deve ser reformada, pois o executado Constantino Cancian Flore possui duas fontes de renda, a saber: INSS/SPPREV e PREVI, perfazendo um recebimento elevado. Requerem seja penhorado o valor equivalente a 30% dos rendimentos recebidos mensalmente pelo executado, expedindo-se ofício a PREVI, até a satisfação do crédito exequendo.

O recurso foi recebido e processado sem o efeito suspensivo (fls. 284).

Acesso ao Sumário

Não houve apresentação de contraminuta.

É o relatório.

O recurso comporta provimento.

Cuida-se de ação indenizatória em fase de cumprimento de sentença. Iniciada a execução das verbas de sucumbência, os agravantes não lograram êxito em encontrar bens do executado, pelo que requereram a penhora dos rendimentos oriundos da previdência privada, tendo sido indeferido pelo juízo "a quo".

Observa-se que os agravantes são credores do valor de R$ 22.268.200,32 (fls. 13).

Primeiramente, impende observar que a dívida advém de verbas sucumbenciais, incluídos os honorários advocatícios, que possuem caráter alimentar, promovendo o sustento do advogado.

Neste sentido, outro não é o entendimento do C. STJ:

> "DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. NATUREZA ALIMENTAR, MESMO QUANDO SE TRATAR DE VERBAS DE SUCUMBÊNCIA. PRECEDENTES DA CORTE ESPECIAL E DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. COLISÃO ENTRE O DIREITO A ALIMENTOS DO CREDOR E O DIREITO DE MESMA NATUREZA DO DEVEDOR. 1.- Honorários advocatícios, sejam contratuais, sejam sucumbenciais, possuem natureza alimentar. (EREsp 706331/PR, Rel. Ministro HUMBERTO GOMES DE BARROS, Corte Especial, DJe 31/03/2008). 2.- Mostrando-se infrutífera a busca por bens a serem penhorados e dada a natureza de prestação alimentícia do crédito do exequente, de rigor admitir o desconto em folha de pagamento do devedor, solução que, ademais, observa a gradação do art. 655 do CPC, sem impedimento da impenhorabilidade constatada do art. 649, IV, do CPC. 3.- Recurso Especial provido. (STJ, 3ª T., REsp 948.492/ES, Rel. Min. SIDNEI BENETI, DJe 12.12.2011)"

Vale lembrar que a interpretação da impenhorabilidade dos salários e proventos de aposentadoria tem sido mitigada pela atuante jurisprudência pátria. Tais proventos podem ser penhorados - parcialmente - nos casos de possibilidade de constrição, sem comprometer o mínimo existencial do devedor.

É sabido que o plano de previdência privada não se enquadra no rol dos bens absolutamente impenhoráveis expressos do art. 649, do antigo CPC (art. 833, NCPC).

E, no presente caso, os valores percebidos pelo agravado a título de previdência privada mostram-se elevados (em torno de R$ 14.000,00) e são levados em consideração para se decidir pela possibilidade de bloqueio do

Acesso ao Sumário

"*quantum*" perseguido pelos agravantes.

Ademais, não há provas nos autos do comprometimento da subsistência do executado ou de que há outros bens passíveis de penhora.

Verifica-se que os rendimentos perceptíveis a título de previdência privada mostram-se vultosos, ainda mais em comparação com a média da população brasileira. A impenhorabilidade tem como finalidade garantir a subsistência da parte, atrelada ao princípio máximo da dignidade da pessoa humana, porém não pode servir de escusa para garantir certos privilégios dos devedores em detrimento dos credores, principalmente quando se trata de valores elevados como no caso em comento. Até porque, o que se busca nestes autos é o recebimento de honorários advocatícios, que são de natureza alimentar e promovem o sustento dos advogados.

Desta feita, não se pode dizer que a penhora da porcentagem de 30% dos rendimentos mensais da previdência privada inviabilize ao devedor o poder de arcar com sua própria subsistência, motivo pelo qual, não se pode falar em ofensa ao quanto disposto no artigo 649 do CPC/1973 (art. 833, NCPC).

Neste sentido, o entendimento do C. STJ:

> "RECURSO ESPECIAL. EX-DIRETOR DE BANCO. INTERVENÇÃO. POSTERIOR FALÊNCIA. INDISPONIBILIDADE DE TODOS OS BENS DOS ADMINISTRADORES (LEI N. 6.024/74, ART. 36). FUNDO DE PREVIDÊNCIA PRIVADA. PGBL. NATUREZA DE POUPANÇA PREVIDENCIÁRIA. IMPENHORABILIDADE (LEI N. 6.024/74, ART. 36, § 3º; CPC, ART. 649, IV). INOCORRÊNCIA. VERBA QUE NÃO DETÉM NÍTIDO CARÁTER ALIMENTAR. (...) 4. O saldo de depósito em PGBL - Plano Gerador de Benefício Livre não ostenta nítido caráter alimentar, constituindo aplicação financeira de longo prazo, de relevante natureza de poupança previdenciária, porém susceptível de penhora. O mesmo sucede com valores em caderneta de poupança e outros tipos de aplicações e investimentos, que, embora possam ter originalmente natureza alimentar, provindo de remuneração mensal percebida pelo titular, perdem essa característica no decorrer do tempo, justamente porque não foram utilizados para manutenção do empregado e de sua família no período em que auferidos, passando a se constituir em investimento ou poupança (REsp 1121719/SP, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 15/03/2011, DJe 27/04/2011)."

E precedentes deste E. Tribunal de Justiça;

> "AGRAVO DE INSTRUMENTO. BEM MÓVEL. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. A proteção do artigo 649, IV do CPC não abrange o montante constante em fundo

Acesso ao Sumário

de previdência privada, por caracterizar investimento financeiro e não verba alimentar. Decisão reformada. Recurso provido." (AI nº 0265447-68.2011.8.26.0000, 26ª Câmara de Direito Privado, Relator FELIPE FERREIRA, julgado em 01.02.12).

"Execução. Penhora. Recursos alocados em planos de previdência privada. Admissibilidade. Natureza desses planos, por sua estrutura e funcionamento, de verdadeiro investimento, ainda que circunstancialmente possam contribuir para o sustento do titular. Ausência de confusão, de toda forma, para com os rendimentos típicos referidos no art. 649, IV, do CPC. Norma de cunho restritivo que não comporta interpretação extensiva. Penhorabilidade reconhecida. Decisão denegatória da pesquisa de aplicações com tal natureza reformada. Agravo de instrumento da exequente provido." (AI nº 2080066-45.2014.8.26.0000, rel. FABIO TABOSA, 29ª Câm. Direito Privado, j. em 20/8/14).

Portanto, a r. decisão deve ser reformada, determinando-se a penhora do percentual de 30% dos rendimentos recebidos mensalmente da Previdência Privada PREVI, até a satisfação total do crédito dos agravantes (R$ 22.268.200,32).

Do exposto, dá-se provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2087471-64.2016.8.26.0000, da Comarca de Marília, em que são agravantes ADILSON LOFIEGO (POR CURADOR) e NISA MARIA AUGUSTO RODRIGUES (CURADOR(A)), é agravado SUL AMÉRICA COMPANHIA DE SEGURO SAÚDE.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 4ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 28897)**

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

São Paulo, 22 de julho de 2016.

FÁBIO QUADROS, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: Agravo de Instrumento. Decisão que limitou o valor da multa em R$20.000,00. Inconformismo.

Limitação da multa diária acertada. Possibilidade de enriquecimento sem causa. Exegese do artigo 537, §1º, I, do NCPC. Decisão mantida. Recurso não provido.

VOTO

Trata-se de agravo de instrumento interposto por **ADILSON LOFIEGO**, nos autos da ação de obrigação de fazer, em sede de cumprimento de sentença, movida em face de **SUL AMÉRICA COMPANHIA DE SEGURO SAÚDE**, contra a r. decisão de fls. 37/39, que reduziu a multa diária para R$1.000,00 limitado a R$20.000,00, bem como determinou a penhora *on line* na conta bancária do réu pela importância de R$20.000,00.

Insurge-se o agravante alegando, em apertada síntese, que a r. decisão deve ser reformada, pois as partes se compuseram no sentido de que a empresa agravada efetuaria o reembolso dos gastos com *home care* no prazo de 10 dias úteis, porém após o mês de abril/2015, os reembolsos foram realizados em prazo muito superior ao estipulado no acordo acarretando prejuízos, em razão da utilização de cheque especial.

Afirma que a r. decisão afrontou o disposto no artigo 537, §1º, do Novo Código de Processo Civil, pois não observou que o legislador apenas autorizou a modificação de valor ou periodicidade de multa vincenda e não da multa vencida.

Informa, ainda, que ainda que não concorde com a redução do valor da multa diária, caso seja mantida redução, tal medida deverá atingir apenas as prestações vincendas, sendo o limite de R$20.000,00, aplicado mensalmente e não a somatória de vários meses de atraso.

Salienta que não houve pronunciamento sobre a fixação dos honorários de sucumbência no percentual de 10%, nos termos do artigo 523, §1º, do NCPC.

Por fim, requer a concessão de efeito suspensivo ativo.

A liminar foi indeferida (fls. 155/156). As informações do Juízo estão acostadas às fls. 159/160.

A empresa agravada apresentou contraminuta (fls. 161/167).

É o relatório.

O recurso não merece guarida.

Com efeito, a multa diária foi corretamente limitada pelo juízo de origem, sob pena de se configurar enriquecimento sem causa da outra parte.

Ora, dispõe o artigo 537, §1º, I do Novo Código de Processo Civil que o juiz poderá, de ofício ou a requerimento, modificar o valor ou a periodicidade da multa vincenda ou excluí-la, caso verifique que se tornou insuficiente ou excessiva.

Acesso ao Sumário

Deste modo, o valor da multa poderia ser delimitada pelo Magistrado, como ocorreu no presente caso, em que a dívida totaliza o montante de R$107.672,06 (cento e sete mil, seiscentos e setenta e dois reais e seis centavos) e foi corretamente limitada para R$20.000,00 (vinte mil reais).

Nesse sentido:

"*ASTREINTES. Multa cominada em acordo homologado judicialmente pelo qual a parte se obrigara a cancelar protestos cambiais em determinado prazo. Atraso verificado no cumprimento da obrigação, mas sem outros desdobramentos. Pretensão de receber R$ 630.000,00. Inadmissibilidade. Valor excessivo e desproporcional às circunstâncias do caso. Redução. Necessidade. Art. 537, §1º, I, do CPC/15. Recurso parcialmente provido.*" (Agravo de Instrumento nº 2059207-37.2016.8.26.0000 - Rel. Gilberto dos Santos - 22.06.2016).

"*Agravo de instrumento - Ação de obrigação de fazer c.c indenização por danos morais - Cumprimento de sentença - Multa diária fixada por descumprimento de obrigação de fazer - Valor que se tornou abusivo - Impugnação acolhida para reduzir o valor da astreintes - Insurgência - Possibilidade de redução do valor da multa, nos termos do artigo 537, §1º, I, do CPC/15 - Atenção aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade - Fixação da multa no importe de R$30.000,00 - Recurso parcialmente provido.*" (Agravo de Instrumento nº 2074490-03.2016 - Rel. Luiz Antonio Costa - 28.06.2016).

Cumpre ressaltar, recente julgado do C. Superior Tribunal de Justiça que cita as modificações contidas no Novo Código de Processo Civil e acena para a possibilidade de redução da multa, caso se verifique manifesto excesso na incidência da multa em comparação com a obrigação principal, gerando-se possibilidade de enriquecimento injusto do credor.

"*PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. OBRIGAÇÃO DE FAZER. ART. 461 DO CPC. ASTREINTES. EXECUÇÃO. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. EXCLUSÃO/SUPRESSÃO DA MULTA. POSSIBILIDADE. RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE PROVIDO.*

1. As astreintes (CPC, art. 461) objetivam prestigiar a efetividade das decisões judiciais por meio de tutela específica, possibilitando que o credor obtenha a satisfação da obrigação de fazer, não fazer ou de entrega de coisa almejada, ou resultado prático equivalente, por meio da intimidação do devedor a realizar determinado comportamento ou abster-se, tal qual ajustado no plano do direito material.

2. Não havendo limite máximo de valor para a multa, tomando-se em conta sua natureza jurídica e a própria mens legis do instituto (CPC, art. 461, § 6°), reconhece o STJ ser lícito ao magistrado, de ofício ou a requerimento

Acesso ao Sumário

das partes, alterar o montante a qualquer tempo, inclusive na fase de execução, quando modificada a situação para a qual foi imposta. Isto porque não há falar em coisa julgada material, estando perante meio de coerção indireta ao cumprimento do julgado.

3. Assim, deixando a medida de ser adequada para seu mister, não havendo mais justa causa para sua mantença, deve- se reconhecer, também, a possibilidade de revogação das astreintes pelo magistrado, notadamente quando a prestação tiver se tornado fática ou juridicamente inexigível, desnecessária ou impossível, tendo-se modificado sobremaneira a situação para a qual houvera sido cominada, sempre levando-se em conta os parâmetros da razoabilidade e proporcionalidade.

4. É que, deixando de haver razão para a manutenção da multa, esta perderá a eficácia para o fim a que se justificava, e o próprio provimento que determinava sua incidência perderá a razão de ser, deixando de desempenhar o papel de coerção sobre a vontade do devedor.

5. O novo Código de Processo Civil previu expressamente essa possibilidade, ao estabelecer que 'o juiz poderá, de ofício ou a requerimento, modificar o valor ou a periodicidade da multa vincenda ou excluí-la, caso verifique que: I - se tornou insuficiente ou excessiva; II - o obrigado demonstrou cumprimento parcial superveniente da obrigação ou justa causa para o descumprimento' (NCPC, art. 537, § 1°).

6. Na hipótese, a recorrente executa astreintes no importe de R$ 338.040,45 (conforme acórdão recorrido), pelo descumprimento da obrigação de fazer imposta pelo Judiciário, qual seja a emissão de novos boletos bancários para o pagamento das parcelas restantes.

Ocorre que, conforme decidido nos presentes autos e confirmado pelas partes, ainda que sem a emissão dos boletos, a recorrente, ora exequente, acabou depositando sponte propria o restante das parcelas devidas. Dessarte, não há justa causa para a mantença da multa coercitiva, uma vez que o intuito da decisão judicial, ao impor a emissão dos boletos, era justamente permitir que o devedor, à época, pudesse pagar suas prestações de acordo com o comando judicial (prestações atualizadas do contrato de leasing, tomando-se por base o valor do dólar americano em R$ 1,32 e com a aplicação dos índices de variação do INPC do IBGE), o que, ao fim e ao cabo, se deu pelos depósitos realizados pelo próprio devedor, periodicamente e de forma espontânea, independentemente da emissão de qualquer boleto para tanto, conferindo-se efetividade à ordem judicial e assegurando-se o resultado prático visado.

7. Nos termos da Súmula 98 do STJ, os embargos de declaração manifestados com notório propósito de prequestionamento não têm caráter protelatório.

Acesso ao Sumário

8. Recurso especial parcialmente provido." (REsp 1186960/MG, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 15/03/2016, DJe 05/04/2016) (grifos nossos).

Por fim, deixo de apreciar o pedido de fixação de honorários de sucumbência, tendo em vista a possibilidade de supressão de instância. E mais não é preciso dizer para manter a r. decisão tal como proferida.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2022085-87.2016.8.26.0000, da Comarca de Ibitinga, em que é agravante G.P.P., é agravada J.D.P. (MENOR(ES) ASSISTIDO(S)).

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 ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 35459)**

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

São Paulo, 14 de junho de 2016.

RUI CASCALDI, Relator

Ementa: ALIMENTOS - Execução - Penhora de numerário existente em conta de FGTS de titularidade do executado - Devedor de alimentos que requereu a constrição do próprio saldo de FGTS a fim de satisfazer o crédito da exequente alimentada - Vedação legal que deve ser mitigada diante da prioridade da sobrevivência da pessoa humana - Direito fundamental constitucionalmente garantido - Recurso provido.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de agravo de instrumento interposto contra decisão que, nos autos de ação de execução de alimentos, indeferiu o levantamento de verbas do FGTS do executado para o pagamento da dívida alimentar.

Recorre o executado, sustentando, em síntese, que reconhece sua dívida

no montante de R$ 1.668,71, referente a prestações alimentares vencidas e não pagas do período de setembro de 2015 a janeiro de 2016, mas que não tem meios para pagá-la. Aduz que requereu que se possibilitasse o pagamento do montante perseguido mediante penhora de seu saldo de FGTS existente junto à Caixa Econômica Federal. Argumenta ser possível a utilização de tal verba, já que se destina a honrar obrigação de caráter alimentar, prevalecendo, por conseguinte, sobre as situações elencadas no art. 20 da Lei nº 8.036/90, que não trata de rol taxativo. Pugna pela reforma da decisão interlocutória impugnada, para que seja autorizado o levantamento do saldo de FGTS, para o fim colimado.

Efeito ativo indeferido.

Recurso processado sem resposta, decorrido *in albis* o prazo legal para oferecimento de contraminuta.

Manifestou-se a D. Procuradoria Geral de Justiça pelo provimento deste agravo.

É o relatório.

Verifica-se que, na execução de origem, primeiramente, entabularam as partes acordo, mediante o qual se fixou o pagamento, no ato, pelo executado agravante, da quantia de R$ 525,00, para quitação da dívida acumulada referente aos meses de janeiro de fevereiro de 2015. A dívida restante seria paga juntamente com os alimentos vincendos, em parcelas mensais de R$ 328,00 até dezembro de 2015 (fls. 29-30).

Adveio, posteriormente, notícia de descumprimento dessa primeira avença pelo agravante (fls. 32-34). Este, por sua vez, reconheceu seu débito, que em janeiro de 2016 somava a importância de R$ 1.668,71 (fl. 22) e requereu ao juízo *a quo* que fosse oficiada a CEF para levantamento/penhora de seu saldo de depósitos de FGTS, para satisfação do crédito da agravada (fls. 60-64 dos autos originais).

O juízo de primeiro grau, contudo, observou a impossibilidade de tal levantamento, por não estar a situação em voga dentre as hipóteses legais permissivas de utilização da referida verba.

Pois bem, é verdade que há vedação legal à penhora de numerário existente em conta de FGTS vinculada a trabalhadores, conforme expressamente previsto no § 2º do art. 2º da Lei nº 8.036/90, que rege a matéria.

No entanto, em se tratando de satisfação de crédito alimentar, tem a jurisprudência minorado tal rigor para solver dívida de alimentos, que tem absoluta prioridade diante do fato de se prestar à sobrevivência da pessoa, direito fundamental constitucionalmente garantido.

A respeito, importante ressaltar os seguintes trechos do acórdão proferido no RMS 26.540/SP, de relatoria da Min. ELIANA CALMON (DJe de 05.09.2008), *in verbis*:

Acesso ao Sumário

"*Quanto à questão de fundo - impenhorabilidade dos depósitos nas contas vinculadas do trabalhador, observo que há colisão de princípios, tendendo o conflito a se resolver pelo princípio que preza a dignidade e subsistência da pessoa humana. Com efeito, de uma lado está a finalidade do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço e do Programa de Integração Social; de outro a necessidade de se manter a sobrevivência de pessoas humanas, dependentes de trabalhador e por estes abandonadas, já que se tornou devedor de alimentos anteriormente acordados.*

Pelo cotejo dos elementos probatórios, observo que o trabalhador é devedor de pensão alimentícia, não havendo notícia de que seus dependentes possuam outra fonte de rendimentos. A penhora das contas vinculadas foi medida drástica ultimada após a realização de inúmeras outras tentativas de obtenção de bens penhoráveis, diante da inexistência de bens passíveis de penhora.

Saliente-se que a Carta Magna elencou a dívida de alimentos como a única (ao lado da controvertida hipótese da prisão do depositário infiel) forma de prisão civil por dívida, de modo que os alimentos são bens especiais para nossa Constituição da República e devem ser satisfeitos sem restrições de ordem infraconstitucional. Some-se a isso que a medida se mostra menos drástica do ponto de vista da proporcionalidade, pois a um só tempo se evita a prisão do devedor e se satisfaz, ainda que momentaneamente, a prestação dos alimentos, perpetuando a sobrevivência dos dependentes do trabalhador, devedor dos alimentos aos dependentes necessitados.

Ademais, esta Corte vem minorando os rigores do rol de hipóteses que autorizam o levantamento dos saldos das contas vinculadas do FGTS e do PIS, para considerá-lo não taxativo, o que autoriza a interpretação extensiva, baseada no fim social da norma e nas exigências do bem comum, para albergar também restrições à impenhorabilidade legal das contas vinculadas do FGTS e do PIS para solver dívidas de alimentos. Nesse sentido:

ADMINISTRATIVO. LEVANTAMENTO DE FGTS PARA RECONSTRUÇÃO DE MORADIA ABALADA POR VENDAVAL. POSSIBILIDADE. RECURSO ESPECIAL IMPROVIDO.

1. A enumeração do art. 20 da Lei 8.036/90 não é taxativa. Por isso, é possível, em casos excepcionais, a liberação dos saldos do FGTS em situação nele não elencada. Precedentes.

2. O direito à moradia e o princípio da dignidade da pessoa humana autorizam o saque na hipótese em comento, em que a casa em que reside o fundista foi atingida por vendaval, tendo sido constatado risco de

Acesso ao Sumário

desabamento.

3. Recurso especial improvido. (REsp 779.063/PR, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 15.05.2007, DJ 04.06.2007 p. 309).

TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. LEVANTAMENTO DE PIS. IDADE AVANÇADA. SITUAÇÃO DE MISERABILIDADE.

1. É possível o levantamento do PIS pelos participantes que sejam portadores de idade avançada e que estejam em situação de miserabilidade. Precedentes.

2. Recurso especial improvido. (REsp 865.010/PE, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 03.10.2006, DJ 11.10.2006 p. 228)

ADMINISTRATIVO. PIS. LEVANTAMENTO DO SALDO. TRATAMENTO DE MOLÉSTIA GRAVE, NÃO ELENCADA NO ART. 20 DA LEI Nº 8.036/90. POSSIBILIDADE.

1. Admite-se, em hipóteses excepcionais, análogas às previstas no art. 20 da Lei 8.036/90, mormente para atendimento de despesas com tratamento de moléstia grave, a liberação de depósito no PIS.

Precedentes: REsp 249026/PR, 1ª T., Min. José Delgado, DJ de 26.06.00; REsp 481019/PE, 1ª T., Min. Luiz Fux, DJ de 02.12.03; REsp 560777/PR, 2ª T., Min. Eliana Calmon, DJ de 08.03.04; REsp 486473/RS, 1ª T., Min. José Delgado, DJ de 01.12.03; REsp 534250/RS, 1ª T., Min. Francisco Falcão, DJ de 12.11.03; REsp 571133/CE, 2ª T., Min. João Otávio de Noronha, DJ de 04.11.03 e REsp 387846/RS, 1ª T., Min. Humberto Gomes de Barros, DJ de 12.08.2002.

2. Recurso especial a que se nega provimento. (REsp 796.574/RS, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 07.02.2006, DJ 20.02.2006 p. 242)".

Portanto, não obstante a inexistência de previsão expressa em norma de lei que possibilite a movimentação da conta vinculada do trabalhador no FGTS para pagamento de dívida alimentar, há bem maior a se resguardar, qual seja, a vida da agravada, credora de alimentos, razão pela qual se deve deferir a penhora do saldo de FGTS de titularidade do agravante executado, até o limite do crédito exequendo, devendo o montante obtido ser depositado em conta à disposição do juízo.

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

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2021458-83.2016.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante UNIMED PAULISTANA SOCIEDADE COOPERATIVA DE TRABALHO MÉDICO, é agravado DROGARIA MADRID 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 ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 25568)**

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

São Paulo, 14 de junho de 2016.

JOSÉ CARLOS FERREIRA ALVES, Relator

EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO – JUSTIÇA GRATUITA - Pessoa jurídica - Possibilidade de concessão, quando se tratar de instituição filantrópica ou sem fins lucrativos, ou mediante prova da impossibilidade de custeio do processo - Atual situação financeira da Unimed Paulistana que se constitui fato notório após a determinação de alienação compulsória de sua carteira de beneficiários pela ANS - Recurso provido.

VOTO

RELATÓRIO.

1. Trata-se de recurso de agravo de instrumento interposto contra a r. decisão digitalizada às fls. 184 que, nos autos da ação de cobrança, indeferiu os benefícios da justiça gratuita à ré e determinou o recolhimento das custas para a pesquisa Bacen, no prazo de dez dias.

2. Irresignada, insurge-se a agravante, alegando, em síntese, que, mesmo diante da apresentação de declaração expressa de que não tem condições de arcar com as custas do processo sem prejuízo (fls. 163), foi negado o beneficio da assistência judiciária gratuita à agravante.

3. Alega, ademais, que é fato público e notório a atual situação financeira da seguradora, com a determinação de alienação compulsória de sua carteira de beneficiários, nos termos da Resolução Operacional n. 1891/2015. Afirma ser aplicável a Súmula 481 do STJ, segundo a qual deve ser reconhecido o direito

Acesso ao Sumário

à justiça gratuita às pessoas jurídicas com ou sem fins lucrativos, desde que demonstrada a sua impossibilidade financeira de arcar com as custas decorrentes do processo.

4. Requer, em decorrência, a concessão de efeito ativo ao presente recurso e, ao final, lhe seja dado total provimento com a concessão dos benefícios da gratuidade de justiça.

5. Recebi o agravo na forma de instrumento e antecipei a tutela recursal para conceder o benefício da gratuidade à seguradora recorrente.

6. Diante da não triangularização do feito, deixei de determinar a intimação da parte adversa para responder aos termos do presente recurso.

FUNDAMENTOS.

7. O presente recurso merece provimento.

8. A jurisprudência tem-se firmado no sentido de que o benefício pode ser deferido a pessoas jurídicas que se dedicam à filantropia ou que estejam em situação de penúria financeira.

9. No caso sob exame, entendo que, a princípio, agravante comprovou a impossibilidade financeira, posto que é fato notório a atual situação econômica da Unimed Paulistana, com a consequente determinação de alienação compulsória de sua carteira de beneficiários pela ANS.

10. E segundo tenho decidido reiteradamente, apenas situações excepcionais[1] permitem ao Juiz zeloso, de ofício, mediante provas concretas, indeferir a concessão do benefício, quando confirmada eventual suspeita acerca da situação de conforto financeiro da parte requerente.

11. Esta situação jurídica inexorável só se altera, segundo penso, sobrevindo confirmação, com base em sólidas provas, de suspeita de conforto financeiro, de conluio fraudulento entre as partes ou de impugnação ao benefício da assistência judiciária gratuita, também regulada pela lei. E se for acolhida, sujeitará o infrator à pena de até o décuplo das custas devidas (LAJ, art. 4, §1º).

12. Não é este, aparentemente, o caso dos autos, procedimento de jurisdição contenciosa que dá à parte contrária a oportunidade de insurgir-se contra a concessão do benefício, cabendo ao magistrado, depois, exigir algumas comprovações da hipossuficiência da recorrente, que poderá redundar na cassação do benefício concedido.

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

1 Exemplificativamente: separações consensuais ou outros feitos sem parte contrária, em que seja possível haver conluio entre as partes para sub-avaliar o conteúdo econômico da lide a fim de economizar custas processuais ou eventuais impostos incidentes.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2108117- 95.2016.8.26.0000, da Comarca de Sorocaba, em que é agravante A.V.L., é agravada A.C.M.C.

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 ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 35.986)**

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

São Paulo, 2 de agosto de 2016.

ARALDO TELLES, Relator

Ementa: Citação por hora certa. Execução de obrigação de fazer. Possibilidade quando presente a suspeita de ocultação. Inteligência do art. 253 do CPC de 2015. Recurso provido.

VOTO

Trata-se de agravo de instrumento interposto contra decisão que indeferiu citação por hora certa em execução de obrigação de fazer, bem como pedido de reforço policial e ordem de arrombamento para retirada de menor.

Inconformado, recorre o exequente, a sustentar que restou demonstrada a tentativa de ocultação da agravada, sendo de rigor a citação por hora certa.

Negada antecipação de tutela, os autos foram enviados à mesa.

É o relatório.

Em que pese o entendimento da douta magistrada de primeiro grau, depreende-se do artigo 253 do CPC de 2015 não haver óbice em permitir-se a citação por hora certa no processo de execução.

Ressalte-se que o artigo 254 prevê que **"*Feita a citação com hora certa, o escrivão ou chefe de secretaria enviará ao réu, executado ou interessado, no prazo de 10 (dez) dias, contado da data da juntada do mandado aos autos, carta, telegrama ou correspondência eletrônica, dando-lhe de tudo ciência." (grifamos)***

Assim, patente a possibilidade da modalidade de citação pleiteada.

Esse já era o posicionamento da Súmula 196 do E. Superior Tribunal de Justiça e de inúmeros de seus julgados, na vigência do Código de Processo Civil

Acesso ao Sumário

de 1973:

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. CITAÇÃO COM HORA CERTA EM PROCESSO DE EXECUÇÃO EXTRAJUDICIAL. POSSIBILIDADE.

Conforme disposto no artigo 227 do Código de Processo Civil, ocorre a citação com hora certa quando há suspeita de ocultação por parte do réu, procurado três vezes em sua residência. Essa forma de citação é aplicável tanto ao processo de conhecimento, quanto aos demais processos, incluindo-se o de execução, por força da subsidiariedade prevista no artigo 598 do mesmo estatuto.

Recurso especial provido[2].

Na hipótese, a Sra. oficiala de justiça descreveu minuciosamente as tentativas de citação e intimação, que demonstram claramente estar a agravada esquivando-se de seu recebimento (fls. 94/96 dos autos originais).

Portanto, havendo suspeita de ocultação por parte da executada, cabível a citação por hora certa.

Ante o exposto, proponho que se dê provimento ao recurso.

É como voto.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2028785-79.2016.8.26.0000, da Comarca de Sertãozinho, em que são agravantes IVANO GALASSI e TECOMIL S/A EQUIPAMENTOS INDUSTRIAIS, são agravados HEBER MENDES BATISTA e CLAUDIO CESAR DE PAULA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 9ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 26200)**

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

São Paulo, 5 de agosto de 2016.

PIVA RODRIGUES, Relator

2 REsp 673.945/SP, Rel. Ministro CASTRO FILHO, TERCEIRA TURMA, julgado em 25/09/2006, DJ 16/10/2006 p. 365.

Acesso ao Sumário

Ementa: Agravo de instrumento. Decisão que arbitrou honorários advocatícios em liquidação de sentença. Inconformismo do executado. Matéria pacificada pela súmula 517 do STJ. Cabimento, mesmo que não haja impugnação. Recurso desprovido.

VOTO

Trata-se de agravo de instrumento contra decisão do E. Juiz de Direito Marcelo Asdrúbal Augusto Gama, da 2ª Vara Cível da Comarca de Sertãozinho que, no curso de execução, determinou: "Fixo os honorários da fase de execução em 10% sobre o valor dado à causa". Decisão à fl. 32.

Pugnam os réus/executados, ora agravantes, pela reforma da mencionada decisão, bem como pela concessão de efeito suspensivo ao presente recurso. Sustentam, em síntese, que não cabem honorários advocatícios em fase de cumprimento de sentença.

Efeito suspensivo indeferido às fls. 41/42. Intimados, os agravados não apresentaram contraminuta (fl. 46).

É o relatório.

O recurso não comporta provimento.

É matéria pacífica na jurisprudência (REsp nº 1.134.186/RS, decidido sob a sistemática dos recursos repetitivos e, posteriormente, súmula 517 do STJ "Súmula 517: São devidos honorários advocatícios no cumprimento de sentença, haja ou não impugnação, depois de escoado o prazo para pagamento voluntário, que se inicia após a intimação do advogado da parte executada.") o cabimento dos honorários advocatícios em fase de cumprimento de sentença.

Por tais fundamentos, nega-se provimento ao recurso.

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

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2076257-76.2016.8.26.0000, da Comarca de Araraquara, em que é agravante JAQUELINE APARECIDA DE SOUZA CRUZ (JUSTIÇA GRATUITA), é agravado AYMORÉ CRÉDITO, FINANCIAMENTO E INVESTIMENTO S/A.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 11ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 19290)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores GILBERTO DOS SANTOS (Presidente) e MARINO NETO.

São Paulo, 8 de junho de 2016.

RENATO RANGEL DESINANO, Relator

Ementa: AÇÃO REVISIONAL DE CONTRATO - Pedido de afastamento dos efeitos da mora por meio do depósito judicial dos valores incontroversos - Impossibilidade - Depósito dos valores incontroversos que não tem o condão de afastar os efeitos da mora - Ademais, a consignação dos valores inconcussos depende da comprovação pelo autor de que a instituição financeira inviabilizou seu pagamento no tempo e modo originariamente contratados, conforme determina o art. 285-B, do CPC - Sem a recusa da instituição financeira, nem mesmo haveria razão para se deferir o depósito em juízo, o que não se modifica sob pena de restar configurada *reformatio in pejus* - RECURSO NÃO PROVIDO NESSA PARTE.

AÇÃO REVISIONAL DE CONTRATO - Pretensão de manutenção na posse do veículo até o julgamento da demanda - Inadmissibilidade - Demonstração da ilegalidade da cobrança que reclama amplo contraditório, não bastando a apresentação de cálculos unilateralmente elaborados pelo devedor - Não há justificativa legal para, em sede de antecipação de tutela, obrigar o credor a abster-se da prática de atos executórios pela mera pretensão de depósito dos valores que o devedor entende devidos - RECURSO NÃO PROVIDO NESSA PARTE.

AÇÃO REVISIONAL DE CONTRATO - Pretensão do agravante de impedir, ou excluir, a negativação de seu nome dos cadastros dos órgãos de proteção ao crédito - Ausência de verossimilhança das alegações de ilegalidade da cobrança e abusividade de cláusulas contratuais baseadas em cálculos unilaterais -

Acesso ao Sumário

RECURSO NÃO PROVIDO NESSA PARTE.

VOTO

Trata-se de agravo de instrumento tirado de decisão que, em "ação revisional de contrato cumulada com consignação em pagamento", proposta por JAQUELINE APARECIDA DE SOUZA CRUZ, em face de AYMORÉ CRÉDITO, FINANCIAMENTOS E INVESTIMENTOS S/A, indeferiu a antecipação dos efeitos da tutela nos moldes pretendidos pela autora, autorizando, contudo, o depósito judicial do valor incontroverso, mas advertindo que o depósito não elide a mora nem impede o credor de praticar atos executórios e, também, não acolheu o pedido para obstar ou baixar eventuais anotações feitas em nome da autora junto aos cadastros dos órgãos de proteção ao crédito (fls. 163).

Recorre a autora. Aduz que a finalidade almejada com o depósito consignatório judicial era de afastar os efeitos da mora, em razão da dúvida sobre a legalidade de determinadas cláusulas contratuais. Sustenta que ao jurisdicionado deve ser concedida a possibilidade de litigar sem os constrangimentos impostos pela negativação de seu nome. Argumenta que nenhum prejuízo terá a instituição financeira com a abstenção de promover a inscrição do nome do autor em órgãos protetivos de crédito. Sustenta que a manutenção da posse do bem é medida reversível e incapaz de alterar o estado das coisas. Afirma estarem presentes os requisitos para a antecipação da tutela na forma pretendida. Requer a concessão de efeito suspensivo ativo.

Recurso recebido sem a concessão do efeito pleiteado.

É o relatório.

PASSO A VOTAR

Trata-se de ação revisional de contrato na qual o D. Juízo *a quo* deferiu apenas o depósito dos valores incontroversos formulado pelo autor, consignando que tal ato praticado pela autora não elide a mora nem impede o credor de praticar atos executórios, entendendo inoportuna a manutenção da posse do bem, por se tratar de momento inoportuno para o exame da questão.

Deliberou, ainda, por não acolher o pedido para obstar ou baixar eventuais anotações feitas em nome da autora junto aos cadastros dos órgãos de proteção ao crédito, em razão da existência de inadimplência de parcelas vencidas.

No presente recurso, pretende a agravante que o depósito dos valores incontroversos afaste os efeitos da mora, especialmente a fim de obstar a inscrição de seu nome nos cadastros de órgãos de proteção ao crédito, e ser mantida na posse do veículo.

A pretensão não merece acolhida.

Acesso ao Sumário

I - <u>Depósito dos Valores Incontroversos</u>

O depósito em juízo dos valores incontroversos, em tese, é admitido, pois o Colendo Superior Tribunal de Justiça já decidiu que "*é possível, em razão do mesmo contrato, a cumulação do pedido de consignação dos valores incontroversos com o de revisão de cláusulas ilegais ou abusivas*" (REsp 596934/RJ, 3ª Turma, Rel. Min. Castro Filho, j. 14.06.2004, DJ 01.07.2004, p. 193).

No entanto, sua efetivação depende da comprovação, pelo autor, de que a instituição financeira inviabilizou o pagamento dos valores inconcussos no tempo e modo originariamente contratados, conforme determina o art. 285-B, do CPC de 1973, repetido pelos art. 330, §§ 2º e 3º, do CPC de 2015:

> *"Art. 285-B. Nos litígios que tenham por objeto obrigações decorrentes de empréstimo, financiamento ou arrendamento mercantil,* ***<u>o autor deverá discriminar na petição inicial, dentre as obrigações contratuais, aquelas que pretende controverter, quantificando o valor incontroverso.</u>***
>
> ***<u>§ 1º O valor incontroverso deverá continuar sendo pago no tempo e modo contratados.</u>***
>
> *§ 2º O devedor ou arrendatário não se exime da obrigação de pagamento dos tributos, multas e taxas incidentes sobre os bens vinculados e de outros encargos previstos em contrato, exceto se a obrigação de pagar não for de sua responsabilidade, conforme contrato, ou for objeto de suspensão em medida liminar, em medida cautelar ou antecipação dos efeitos da tutela."* (CPC-73)

E,

> "*Art. 330. A petição inicial será indeferida quando:*
>
> *(...)*
>
> *§ 2º Nas ações que tenham por objeto a revisão de obrigação decorrente de empréstimo, de financiamento ou de alienação de bens,* ***o autor terá de, sob pena de inépcia, discriminar na petição inicial, dentre as obrigações contratuais, aquelas que pretende controverter, além de quantificar o valor incontroverso do débito.***
>
> ***§ 3º Na hipótese do § 2o, o valor incontroverso deverá continuar a ser pago no tempo e modo contratados.***" (CPC-15)

Sem a recusa da instituição financeira, não há razão para se deferir o depósito em juízo, uma vez que cabe à parte realizar o pagamento dos valores incontroversos diretamente ao banco, nos termos do § 2º do art. 330 do CPC-15, acima transcrito.

Assim, não tendo a agravante demonstrado a recusa da instituição

Acesso ao Sumário

financeira em receber o pagamento dos valores inconcussos no tempo e modo contratados, seria inviável a consignação em juízo, em razão da manifesta falta de interesse de agir, o que não se modifica, sob pena de se configurar *reformatio in pejus*.

Nesse sentido, confira-se excerto de voto da lavra do eminente Desembargador Walter Fonseca:

> *"o depósito em juízo do valor incontroverso das parcelas nos termos do artigo 285-B, Parágrafo único, do Código de Processo Civil,* ***somente pode ser deferido caso fique comprovado que a instituição financeira se recusa a disponibilizar meios para a continuidade do pagamento na forma contratada.*** *"* (Agravo de Instrumento nº 2013789-47.2014.8.26.0000, Rel. Walter Fonseca, 11ª Câmara de Direito Privado, j. 13/02/2014).

II - Manutenção na posse do veículo

Com relação ao pedido de manutenção na posse do veículo, tem-se que não estão presentes os requisitos necessários para a concessão da tutela antecipada na forma requerida pela agravante, isto é, com base no fato de o valor das parcelas do financiamento estar sendo discutido judicialmente, ainda que sejam depositados em juízo os valores incontroversos.

Isso porque, mesmo que haja o pagamento dos valores incontroversos apurados pelo agravante, tal ato não tem o condão de afastar os efeitos da mora.

De fato, para o afastamento da mora, cumpre à parte quitar o valor do débito nos moldes avençados.

Neste sentido, julgados desta Colenda Câmara:

> "*Revisão contratual de financiamento de veículo automotor - Tutela antecipada - Agravo de instrumento - Inadmissibilidade - Ausência dos requisitos do art. 273 do Código de Processo Civil. Recurso não provido.*
>
> *(...)*
>
> *Ademais o depósito judicial das prestações no modo pretendido não tem o condão de elidir a mora, nem tampouco livrar o agravante dos efeitos decorrentes de eventual inadimplência.*
>
> *Somente o pagamento do contrato na forma avençada, por ora, pode elidir a mora, o que não se tem, aqui, como cumprido.*"
>
> (TJSP, Agravo de Instrumento nº 0143840-54.2012.8.26.0000, 11ª Câmara de Direito Privado, Rel. Marino Neto, j. 30/08/2012).

É que a demonstração da ilegalidade da cobrança ou da abusividade de cláusulas contratuais reclama amplo contraditório, de modo a permitir a correta análise das questões postas em julgamento. Não basta o depósito dos valores que o agravante apurou devidos, em documento produzido unilateralmente, para

Acesso ao Sumário

impedir o credor de buscar o adimplemento de seu crédito.

A propósito:

"Ação de revisão contratual - Indeferimento de tutela antecipada - Pretensão de exclusão do nome do agravante nas bases de dados dos órgãos de proteção ao crédito - Depósito em juízo dos valores considerados incontroversos e manutenção na posse do veículo - Descabimento - Ausência de prova inequívoca dos fatos - Falta de verossimilhança das alegações - Aplicação do art. 273, inciso I, do Código de Processo Civil - Recurso desprovido.

(...)

O mero ajuizamento da ação revisional de contrato, com o depósito em juízo das parcelas mensais em valor diferente do contratado, não é capaz de elidir os efeitos da mora.

(...)

O parecer técnico juntado não serve para demonstrar de forma inequívoca os fatos alegados pelo autor, pois se trata de documento produzido unilateralmente e que deverá ser submetido ao crivo do contraditório.

Assim, até a devida efetivação do contraditório, com realização de todas as diligências necessárias ao deslinde da controvérsia instaurada, não é possível afastar os efeitos de eventual mora".

(TJSP, Agravo de instrumento nº 0034264- 92.2013.8.26.0000, 11ª Câmara de Direito Privado, Rel. Walter Fonseca, j. 14/03/2013).

De fato, não há justificativa legal para, em sede de antecipação de tutela, obrigar o credor a abster-se da prática de atos executórios pelo mero depósito dos valores incontroversos.

Assim, não merece provimento o pedido da agravante para que o agravado seja impedido de promover as medidas legais que julgar adequadas para a satisfação de seu crédito, inclusive a retomada do veículo objeto do financiamento.

III - Exclusão ou não inclusão do nome da agravante nos cadastros de órgãos de proteção ao crédito

Com relação ao pedido de não inclusão do nome da agravante nos órgãos de proteção ao crédito, a sua inscrição nos cadastros negativos, consoante comando do Código de Defesa do Consumidor, é admitida (artigo 43, §1º), sendo consideradas entidades de caráter público as empresas que prestam serviços de proteção ao crédito e congêneres (§4º).

Acrescente-se que a Constituição Federal assegura, a todos, o direito de receber dos órgãos públicos as informações de seu interesse e de interesse

Acesso ao Sumário

coletivo (artigo 5º, inciso XXXIII).

Assim, a inscrição do nome do devedor nos cadastros negativos não é ilegal ou abusiva, bem como a prestação de serviço de informação exclusivamente feita por tais entidades aos seus associados, como preleciona Humberto Theodoro Júnior (*Responsabilidade Civil*. 3ª ed. Ed. Aide, 1993, VI, item 55, p. 24):

> *"O Serasa é uma sociedade anônima, isto é, uma entidade privada, que mantém um cadastro da clientela bancária, para prestação de serviços exclusivamente a seus associados, que são vários bancos nacionais. Os dados compilados, como acontece em qualquer cadastro bancário, são confidenciais e sigilosos. Seus registros não são publicados ou divulgados perante estranhos. Servem apenas de fonte de consulta para os bancos associados, os quais utilizam as informações como dados necessários ao estudo e deferimento das operações de crédito usualmente praticadas. Anotar, portanto, a conduta de certo cliente no cadastro do SERASA é operação de rotina que jamais poderá ser vista como ato ilegal ou abusivo, mesmo porque a atividade bancária tem nos dados sigilosos do cadastro da clientela o principal instrumento de segurança da atividade creditícia que desempenha. Na verdade, nenhum estabelecimento de crédito pode prescindir do apoio de rigoroso controle cadastral sobre a idoneidade moral e patrimonial dos seus mutuários, em virtude da própria natureza das operações que constituem a essência de sua mercancia".*

Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça firmou orientação definindo as hipóteses de impedimento da inscrição, a fim de que se evite a concessão pautada no simples fato de ter sido ajuizada ação discutindo os valores cobrados pelo réu, conforme ementa que segue:

> "*CIVIL. SERVIÇOS DE PROTEÇÃO AO CRÉDITO. REGISTRO NO ROL DE DEVEDORES. HIPÓTESES DE IMPEDIMENTO.*
>
> *A recente orientação da Segunda Seção desta Corte acerca dos juros remuneratórios e da comissão de permanência (REsp's ns. 271.214-RS, 407.097-RS, 420.111-RS), é a relativa freqüência com que devedores de quantias elevadas buscam, abusivamente, impedir o registro de seus nomes nos cadastros restritivos de crédito só e só por terem ajuizado ação revisional de seus débitos, sem nada pagar ou depositar, recomendam que esse impedimento deva ser aplicado com cautela, segundo o prudente exame do juiz, atendendo-se às peculiaridades de cada caso.*
>
> *Para tanto, deve-se ter, necessária e concomitantemente, a presença desses três elementos: a) que haja ação proposta pelo devedor contestando a existência integral ou parcial do débito; b) que haja efetiva demonstração de que a contestação da cobrança indevida se funda na*

Acesso ao Sumário

aparência do bom direito e em jurisprudência consolidada do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça; c) que, sendo a contestação apenas de parte do débito, deposite o valor referente à parte tida por incontroversa, ou preste caução idônea, ao prudente arbítrio do magistrado.

O Código de Defesa do Consumidor veio amparar o hipossuficiente, em defesa dos seus direitos, não servindo, contudo, de escudo para a perpetuação de dívidas.

Recurso conhecido pelo dissídio, mas improvido." (Resp n. 527.618-RS, 2ª Seção, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, v.u., j. 22.10.2003, DJU 24.11.2003).

No caso, como já exposto, inexiste verossimilhança das alegações, uma vez que a matéria necessita de dilação probatória. Ademais, o depósito judicial de valores apurados unilateralmente não é suficiente para afastar os efeitos da mora.

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

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2012204-86.2016.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante MABE BRASIL ELETRODOMÉSTICOS LTDA. - EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL, é agravado F DE ASSIS MARTINS REFRIGERAÇÃO - 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: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 35907)**

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

São Paulo, 14 de junho de 2016.

ENIO ZULIANI, Relator

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECUPERAÇÃO JUDICIAL. IMPUGNAÇÃO DE CRÉDITO. Impugnação apresentada pela recuperanda para majoração do valor indicado pelo administrador judicial. Documentos apresentados que não demonstram o crédito alegado. Manutenção

Acesso ao Sumário

da decisão recorrida. Não provimento.

VOTO

Vistos.

MABE BRASIL ELETRODOMÉSTICOS LTDA. - EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL interpôs agravo de instrumento em face de r. decisão proferida nos autos da impugnação por ela proposta em face de F DE ASSIS MARTINS REFRIGERAÇÃO - ME. Ressalta que a administradora judicial disponibilizou lista de credores em que constou o crédito da agravada em valor diverso do montante indicado pelos documentos da recuperanda. Por isso, a recorrente apresentou impugnação para que o montante correto fosse fixado em R$ 114,00. A agravada, intimada a manifestar-se, quedou-se inerte, tendo sido apresentados documentos para acolhimento do pedido. Ainda assim, o juízo monocrático afastou a legalidade dos documentos ('notas de débito') e julgou improcedente o pedido. Insiste na validade dos documentos juntados e requer a reforma da decisão.

À fl. 275 foi negado efeito ativo ao recurso. Não foi ofertada contraminuta tampouco oposição ao julgamento virtual. Parecer da PGJ pelo não provimento do agravo (fls. 279/282). Não houve oposição das partes quanto ao julgamento virtual.

É o relatório.

O recurso não comporta provimento.

Com efeito, e diferentemente do quanto alegado pela recorrente, os documentos apresentados não têm, mesmo, o condão de demonstrar crédito da agravada, de modo que não podem ser considerados para fins de elevação do valor inscrito no quadro geral de credores.

De fato, as referidas 'notas de débito' não podem ser consideradas documentos hábeis a demonstrar o crédito da agravada. Ainda que se considerem os termos do art. 13 da LRE (*a impugnação será dirigida ao juiz por meio de petição, instruída com os que tiver o impugnante*.), é certo que os meios de prova serão considerados pelo juízo conforme disposto na norma de regência (parágrafo único do art. 9º da LRE[1]).

Mesmo que não haja, na impugnação, formalismo absoluto no que se refere aos documentos apresentados, não há de se aumentar o valor indicado sem a demonstração inequívoca do motivo, ainda mais quando a própria credora

Acesso ao Sumário

1 "*Art. 9º A habilitação de crédito realizada pelo credor nos termos do art. 7º, § 1º, desta Lei deverá conter:*

(...)

Parágrafo único. Os títulos e documentos que legitimam os créditos deverão ser exibidos no original ou por cópias autenticadas se estiverem juntados em outro processo."

não se manifesta ou não junta documentos pertinentes.

Os documentos mencionados no recurso não são aptos, como esposado, a ensejar a elevação do crédito, de forma que a decisão recorrida deve ser mantida tal qual prolatada.

Nega-se provimento.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2035228-46.2016.8.26.0000, da Comarca de Sorocaba, em que é agravante PATRÍCIA DOMINGUES FLORES LUIZ (JUSTIÇA GRATUITA), é agravado ROBERTO CARREO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 18ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Não Conheceram, com determinação. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 32433)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores ROQUE ANTONIO MESQUITA DE OLIVEIRA (Presidente), HENRIQUE RODRIGUERO CLAVISIO e HELIO FARIA.

São Paulo, 23 de junho de 2016.

ROQUE ANTONIO MESQUITA DE OLIVEIRA, Relator

Ementa: COMPETÊNCIA RECURSAL - Ação de execução fundada em contrato de locação - Penhora sobre imóvel da fiadora - Competência recursal afeta a uma das Câmaras da "Seção de Direito Privado III" (25ª a 36ª), a teor da Resolução nº 623/2013 do TJSP (art. 5º, inciso III, item III. 6) - Remessa dos autos determinada para redistribuição a uma das Câmaras competentes - Agravo não conhecido.

VOTO

1) Cuida-se de agravo de instrumento voltado à reforma de decisão que, em sede de ação de execução, rejeitou exceção de pré- executividade e indeferiu o pedido de assistência judiciária gratuita.

Alega a agravante que não tem condições de assumir as custas processuais e honorários de advogado, sendo de rigor a concessão da benesse, estando o "procedimento do Autor em perfeita consonância com a disposição legal" (sic).

Acesso ao Sumário

Assevera que propôs a exceção de pré-executividade visando declarar nula ou inexistente a dívida cobrada a título de aluguéis e encargos decorrentes de contrato de locação residencial, bem como penhora que recaiu sobre o único bem imóvel da fiadora locatícia. Diz que deve "a presente Exceção de Pré-executividade ser normalmente admitida no processo em exame, para que seja devidamente apreciada pelo Juízo *a quo*. Culminando com a extinção da presente execução sem julgamento do mérito" (sic).

Foram deferidos os benefícios da assistência judiciária exclusivamente para o processamento deste recurso (fls. 187).

O pedido de efeito suspensivo ativo foi indeferido (fls. 195).

A parte contrária apresentou contraminuta (fls. 197/205). Requer que o recurso não seja conhecido, por ter a agravante descumprido o art. 526 do CPC/73.

Facultada a manifestação das partes acerca de eventual oposição ao julgamento virtual (folhas 214), não houve manifestação (folhas 216).

Recurso regularmente processado.

É o relatório.

2) A presente ação de execução está embasada em contrato de locação de imóvel, no qual foi concedida fiança pela agravante.

Ocorre que tal matéria não se coaduna com a competência atribuída a esta 18ª Câmara de Direito Privado.

A resolução 623/2013 do TJSP atribui à Terceira Subseção, composta pelas 25ª à 36ª Câmaras, a competência para o julgamento das "ações e execuções relativas a locação de bem móvel ou imóvel". (art. 5º, inciso III, item III. 6).

Há precedentes nesse sentido:

"AÇÃO COMPETÊNCIA RECURSAL - AÇÃO DE EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL - CONTRATO DE LOCAÇÃO DE IMÓVEL - MATÉRIA QUE NÃO É DA COMPETÊNCIA DESTA COLENDA CÂMARA, MAS PREFERENCIALMENTE DAS 25ª A 36ª CÂMARAS DE DIREITO PRIVADO - DETERMINADA A REMESSA A UMA DAS CÂMARAS DA SUBSEÇÃO DE DIREITO PRIVADO III QUE TÊM COMPETÊNCIA PREFERENCIAL (ART. 5º, III, ITEM '6', DA RESOLUÇÃO Nº 623/2013, DO ÓRGÃO ESPECIAL) - RECURSO NÃO CONHECIDO" (Apelação nº 0017323-10.2001.8.26.0543, Rel. Des. Paulo Roberto de Santana, j. 27/04/2016).

"COMPETÊNCIA RECURSAL. Embargos à execução fundada em contrato de locação de bem imóvel. Competência da denominada Terceira Subseção de Direito Privado, compostas pelas 25ª a 36ª Câmaras. Resolução 623/2013, artigo 5º, inciso III, item III. 6. Redistribuição determinada. RECURSO NÃO CONHECIDO." (Apelação nº 1002778-71.2015.8.26.0010,

Acesso ao Sumário

Rel. Des. Fernando Sastre Redondo, j. 16/03/2016).

"COMPETÊNCIA RECURSAL - TÍTULO EXTRAJUDICIAL - CONTRATO DE LOCAÇÃO - EXECUÇÃO DE ALUGUÉIS - SEÇÃO DE DIREITO PRIVADO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA, DA 25A. À 36 CÂMARAS - RESOLUÇÃO Nº 623/2013, ART. 5º, III, III.6 - RECURSO NÃO CONHECIDO REMESSA DETERMINADA" (Agravo de Instrumento nº 2046065-63.2016.8.26.0000, Rel. Des. Matheus Fontes, j. 31/03/2016).

Ressalta-se que o C. Grupo Especial da Seção do Direito Privado decidiu que "parte-se do entendimento que vem prevalecendo neste c. Grupo Especial, no sentido de que a competência genérica da Seção de Direito Privado II para julgamento das execuções de título extrajudicial encontra limite nas exceções expressamente consignadas nos próprios regulamentos, como é o caso da execução de seguro habitacional (art. 5º, I.22), seguro-saúde (art. 5º, I.23), honorários advocatícios (art. 5º, III.5) ou alicerçadas em contrato de locação (5º, III.6)." (Conflito de Competência nº 0017367-81.2016.8.26.0000, Rel. Des. Artur Marques, j. 16/05/2016).

Assim sendo, é de rigor a redistribuição dos autos a uma das câmaras acima indicadas (25ª a 36ª).

3) Ante o exposto, não se conhece do recurso, determinada a remessa dos autos à redistribuição.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2063216-42.2016.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante BANCO BRADESCO S/A, são agravados A C G DE REYNOSO-ME e ASUNCIONA CHAVEZ GONZALEZ DE REYNOSO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 12ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 24183)**

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

São Paulo, 20 de junho de 2016.

JACOB VALENTE, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: Agravo de instrumento - Ação de execução de título extrajudicial - Requisição de informações - Delegacia da Receita Federal - Requerimento de utilização do sistema "infojud" - Órgão público, somente obrigado a prestar informações judicialmente requisitadas, a teor do que dispõe o artigo 5º, inciso XXXIII, da Constituição Federal, combinado com o artigo 198, parágrafo único, do CTN - Definitiva solução dos litígios entre os jurisdicionados que também constitui interesse do Estado - Determinação para a consulta através do referido sistema de solicitação de dados - Recurso provido.

VOTO

1) Cuida-se de recurso de agravo de instrumento, com pedido de efeito suspensivo, tirado contra a decisão copiada a fls. 44, complementada pela decisão proferida nos embargos de declaração de fls. 48 deste, que em ação de execução de título extrajudicial, indeferiu pedido de pesquisa de bens dos agravados via Infojud.

Argumenta o banco agravante, pela legalidade e conveniência da medida postulada para viabilizar o cumprimento da obrigação exequenda.

Afirma o banco agravante que, visando a satisfação de seu crédito e por desconhecer bens executíveis em nome dos agravados, requereu o bloqueio *on line*, via Bacenjud e as pesquisas de bens e veículos via Infojud e Renajud, contudo, a pesquisa de bens via Infojud, não foi efetivada, motivando reiteração do pedido neste sentido, sobrevindo indeferimento (fls. 03).

Diante disso, o banco opôs embargos de declaração, ao que o magistrado manteve a decisão (fls. 03).

Ressalta que é do conhecimento que referido órgão não atende pedidos de particulares e jamais um credor conseguiria localizar valores e bens suficientes para garantir o seu crédito sem que o Poder Judiciário promovesse a requisição judicial (fls. 05).

Em suma, clama pela reforma da decisão agravada, a fim de que seja determinada a pesquisa de bens via Infojud para que referido órgão forneça as últimas declarações de renda prestadas pelos agravados (fls. 06).

Recurso formalmente em ordem, processado sem a atribuição do postulado efeito suspensivo, dispensadas informações de primeiro grau de jurisdição, transcorrendo *in albis* o prazo para resposta (fls. 55).

É o relatório do necessário.

2) A presente insurgência merece provimento.

Acesso ao Sumário

Efetivamente, compete à parte providenciar elementos necessários à localização de bens aptos à garantia de seu direito, desde que tal providência não esbarre em negativa das entidades às quais é solicitada a informação, fundada na necessidade de resguardo da inviolabilidade da intimidade e da vida privada, assegurada por previsão da Constituição Federal de 1988, em seu art. 5º, X, prerrogativas que, entretanto, não excluem da apreciação do Judiciário, lesão ou ameaça a direito, a teor do que dispõe o art. 5º, XXXV, de nossa Carta Magna.

Entretanto, é sabido que o único banco de dados capaz de suprir referida lacuna é mesmo a Receita Federal - uma vez que todas as pessoas, prestam contas anualmente a este órgão acerca de seu patrimônio - de modo que não há qualquer motivo para impedir o seu acesso ao exequente, principalmente quando as outras medidas que com finalidades semelhantes não se mostraram suficientes a garantia do juízo.

Sobreleve-se, ainda, que, além do evidente interesse privado da parte na satisfação de seus direitos, constitui-se em finalidade precípua do Estado a definitiva solução das lides estabelecidas entre os jurisdicionados, para ela devendo em todo o possível contribuir a máquina judiciária, somente acionada na impossibilidade da prestação da informação de forma extrajudicial, como ocorre no caso, em que o sigilo fiscal da parte deve ser respeitado, mas sem obstar os interesses do credor, sob pena de proteger-se a torpeza, coisa com a qual o direito não pode compactuar.

Diante disso, o acolhimento do presente recurso é medida que se impõe, devendo o requerimento de consulta junto ao "Infojud" ser realizado pelo nobre condutor da lide.

Destarte, dá-se provimento ao recurso interposto.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2054317-60.2013.8.26.0000, da Comarca de Araçatuba, em que são agravantes CARLINDA JACOBS MENDES e NEUSA MENDES DE QUEIROZ, é agravado BANCO DO BRASIL S.A.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 17ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 12.147)**

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

Acesso ao Sumário

São Paulo, 1º de julho de 2016.
JOÃO BATISTA VILHENA, Relator

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO - EXPURGOS INFLACIONÁRIOS - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - CUMPRIMENTO DE SENTENÇA - JUROS MORATÓRIOS - TERMO INICIAL - Data da citação para a ação coletiva - Entendimento pacificado pelo STJ em análise de recurso repetitivo - Novo julgamento por esta Turma, consoante o previsto no art. 543-C, § 7º, inc. II, do CPC/1973. Recurso provido. Adequação ao posicionamento do STJ.

VOTO

Em complemento ao relatório do acórdão de fls. 150/155, acresça-se haverem sido interpostos recursos especiais pelo Banco (fls.158/162) e pelo poupador (fls. 168/177).

Considerando a consolidação da tese relativa ao termo inicial dos juros de mora, estabelecida no REsp nº 1.361.800/SP e no REsp nº 1.370.899/SP, foi determinada pela Presidência da Seção de Direito Privado a reapreciação do tema pela Turma Julgadora, nos termos do art. 543-C, § 7º, inc. II, do Código de Processo Civil/1973.

Destaque-se que o original Relator, Des. Afonso Bráz, integrava a 17ª Câmara de Direito Privado, e, em razão de haver assumido o seu acervo, foram os autos redistribuídos a este Relator.

É O RELATÓRIO.

Cumprindo ao comando do § 7º do art. 543-C do Código de Processo Civil/1973, verificado que na solução dada no anterior acórdão proferido nesta Câmara foi adotado entendimento divergente da orientação que acabou por ser empregada pelo Superior Tribunal de Justiça quando do julgamento no REsp nº 1.361.800/SP e no REsp nº 1.370.899/SP, da relatoria, respectivamente, dos ministros Raul Araújo e Sidnei Beneti passa-se a novo exame da matéria posta anteriormente *sub judice*, seguindo-se os parâmetros ditados nos antes indicados acórdãos, cujas ementas são as seguintes:

"*AÇÃO CIVIL PÚBLICA - CADERNETA DE POUPANÇA - PLANOS ECONÔMICOS - EXECUÇÃO - JUROS MORATÓRIOS A PARTIR DA DATA DA CITAÇÃO PARA A AÇÃO COLETIVA - VALIDADE - PRETENSÃO A CONTAGEM DESDE A DATA DE CADA CITAÇÃO PARA CADA EXECUÇÃO INDIVIDUAL - RECURSO ESPECIAL IMPROVIDO.*

1.- Admite-se, no sistema de julgamento de Recursos Repetitivos (CPC,

Acesso ao Sumário

art. 543-C, e Resolução STJ 08/98), a definição de tese uniforme, para casos idênticos, da mesma natureza, estabelecendo as mesmas consequências jurídicas, como ocorre relativamente à data de início da fluência de juros moratórios incidentes sobre indenização por perdas em Cadernetas de Poupança, em decorrência de Planos Econômicos.

2.- A sentença de procedência da Ação Civil Pública de natureza condenatória, condenando o estabelecimento bancário depositário de Cadernetas de Poupança a indenizar perdas decorrentes de Planos Econômicos, estabelece os limites da obrigação, cujo cumprimento, relativamente a cada um dos titulares individuais das contas bancárias, visa tão-somente a adequar a condenação a idênticas situações jurídicas específicas, não interferindo, portando, na data de início da incidência de juros moratórios, que correm a partir da data da citação para a Ação Civil Pública.

3.- Dispositivos legais que visam à facilitação da defesa de direitos individuais homogêneos, propiciada pelos instrumentos de tutela coletiva, inclusive assegurando a execução individual de condenação em Ação Coletiva, não podem ser interpretados em prejuízo da realização material desses direitos e, ainda, em detrimento da própria finalidade da Ação Coletiva, que é prescindir do ajuizamento individual, e contra a confiança na efetividade da Ação Civil Pública, O que levaria ao incentivo à opção pelo ajuizamento individual e pela judicialização multitudinária, que é de rigor evitar.

3.- Para fins de julgamento de Recurso Representativo de Controvérsia (CPC, art. 543-C, com a redação dada pela Lei 11.418, de 19.12.2006), declara-se consolidada a tese seguinte: 'Os juros de mora incidem a partir da citação do devedor na fase de conhecimento da Ação Civil Pública, quando esta se fundar em responsabilidade contratual, se que haja configuração da mora em momento anterior.'

4.- Recurso Especial improvido" (REsp nº 1.370.899/SP, Corte Especial, rel. Min. Sidnei Beneti, j. 21/05/2014).

"*AÇÃO CIVIL PÚBLICA - CADERNETA DE POUPANÇA - PLANOS ECONÔMICOS - EXECUÇÃO - JUROS MORATÓRIOS A PARTIR DA DATA DA CITAÇÃO PARA A AÇÃO COLETIVA - VALIDADE - PRETENSÃO A CONTAGEM DESDE A DATA DE CADA CITAÇÃO PARA CADA EXECUÇÃO INDIVIDUAL - RECURSO ESPECIAL IMPROVIDO.*

1.- Admite-se, no sistema de julgamento de Recursos Repetitivos (CPC, art. 543-C, e Resolução STJ 08/98), a definição de tese uniforme, para casos idênticos, da mesma natureza, estabelecendo as mesmas consequências jurídicas, como ocorre relativamente à data de início da fluência de juros moratórios incidentes sobre indenização por perdas em Cadernetas de Poupança, em decorrência de Planos Econômicos.

2.- A sentença de procedência da Ação Civil Pública de natureza condenatória, condenando o estabelecimento bancário depositário de

Acesso ao Sumário

Cadernetas de Poupança a indenizar perdas decorrentes de Planos Econômicos, estabelece os limites da obrigação, cujo cumprimento, relativamente a cada um dos titulares individuais das contas bancárias, visa tão-somente a adequar a condenação a idênticas situações jurídicas específicas, não interferindo, portando, na data de início da incidência de juros moratórios, que correm a partir da data da citação para a Ação Civil Pública.

3.- Dispositivos legais que visam à facilitação da defesa de direitos individuais homogêneos, propiciada pelos instrumentos de tutela coletiva, inclusive assegurando a execução individual de condenação em Ação Coletiva, não podem ser interpretados em prejuízo da realização material desses direitos e, ainda, em detrimento da própria finalidade da Ação Coletiva, que é prescindir do ajuizamento individual, e contra a confiança na efetividade da Ação Civil Pública, O que levaria ao incentivo à opção pelo ajuizamento individual e pela judicialização multitudinária, que é de rigor evitar.

3.- Para fins de julgamento de Recurso Representativo de Controvérsia (CPC, art. 543-C, com a redação dada pela Lei 11.418, de 19.12.2006), declara-se consolidada a tese seguinte: 'Os juros de mora incidem a partir da citação do devedor na fase de conhecimento da Ação Civil Pública, quando esta se fundar em responsabilidade contratual, se que haja configuração da mora em momento anterior.'

4.- Recurso Especial improvido" (REsp nº 1.361.800/SP, Corte Especial, rel. Min. Sidnei Beneti, j. 21/05/2014).

Tomando tal orientação como baliza, vê-se que o **marco inicial dos juros moratórios** tem como parâmetro a **data da citação para a ação civil pública**, e, nesses termos, incorreta quanto a este aspecto a solução dada na decisão agravada.

Pelo exposto, considerando o quanto acima decidido, **DOU PROVIMENTO** ao agravo de instrumento.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2068767-03.2016.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante NUMBER ONE MODAS LTDA. EIRELLI, é agravado BANCO SANTANDER BRASIL S/A.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 16ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 32114)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores LUÍS FERNANDO LODI (Presidente) e MIGUEL PETRONI NETO.

São Paulo, 8 de julho de 2016.

SIMÕES DE VERGUEIRO, Relator

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO INTERPOSTO CONTRA R. DECISÃO PELA QUAL FOI INDEFERIDA TUTELA DE URGÊNCIA, ESTA BUSCADA PARA SUSPENDER A INSCRIÇÃO DESABONADORA PROMOVIDA EM DESFAVOR DA AGRAVANTE - ALEGAÇÃO DE INCORREÇÃO - PEDIDO DE REFORMA - ALEGAÇÃO DE QUE SE FAZEM PRESENTES OS REQUISITOS AUTORIZADORES PARA CONCESSÃO DA TUTELA DE URGÊNCIA - IMPOSSIBILIDADE DE CONCESSÃO DA MEDIDA COMO PRETENDIDA, AO MENOS NO PRESENTE MOMENTO PROCESSUAL - INEXISTÊNCIA DE ELEMENTOS QUE EVIDENCIEM A PROBABILIDADE DO DIREITO, BEM COMO PERIGO DE DANO OU RISCO AO RESULTADO ÚTIL DO PROCESSO - ACERTO DA R. DECISÃO ATACADA - AUSÊNCIA DOS REQUISITOS NECESSÁRIOS AO DEFERIMENTO DA TUTELA - RECURSO NÃO PROVIDO.

VOTO

Tratam os autos de Agravo de Instrumento interposto contra R. Decisão copiada a fls.60/61, proferida em Ação Cautelar conforme proposta por **NUMBER ONE MODAS LTDA. EIRELLI** contra **BANCO SANTANDER BRASIL S/A**, pela qual foram rejeitados embargos de declaração opostos pelo recorrente, e assim mantida R. Decisão anterior (fls. 53/54), por meio da qual teve a autora recorrente indeferido pedido de concessão de tutela de urgência como por ela buscada, no sentido de que fossem suspensos os registros desabonadores promovidos em seu desfavor pela casa bancária ré.

Dizendo da incorreção dos termos da R. Decisão como proferida, sustenta a agravante que se veem preenchidos os requisitos para a concessão da tutela de urgência pleiteada, uma vez que os documentos juntados ao feito, notadamente extratos de sua conta, demonstram que o valor apontado pela instituição financeira se mostra excessivamente elevado, ainda mais quando levado em conta o valor

Acesso ao Sumário

do saldo devedor, bem como do limite de crédito que lhe foi concedido por meio do contrato celebrado entre as partes. Ademais, sustenta que a existência de um limite de crédito não implica na existência de um débito com o banco, daí porquê o apontamento não poderia ter sido promovido com base no valor total do contrato, motivo pelo qual pediu pela reforma da R. Decisão agravada, de sorte a ter por concedida a tutela de urgência, nos exatos limites em que pleiteada.

Denegado o efeito pretendido, foram dispensadas informações, bem como manifestação da parte contrária, posto que não citada no feito principal, sendo então, com Voto, os autos encaminhados a julgamento.

É o relatório.

O Recurso como interposto pela recorrente não está a merecer acolhida por parte desta Turma Julgadora.

Nesse sentido, conforme bem definido pela R. Decisão atacada, não atendeu a agravante às determinações legais, deixando de trazer aos autos elementos aptos a evidenciar a "probabilidade do direito", e tampouco o "perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo", nos termos em que definido pelo artigo 294, do novo Código de Processo Civil.

Assim, e como corretamente destacado, pretende a recorrente a concessão da tutela de urgência com o fim de suspender o registro desabonador promovido em seu desfavor, por entender que o registro negativo em seu desfavor promovido se deu de maneira abusiva. Todavia, é de se ter em mente que não existam elementos concretos no conjunto formado nos autos, de que ao menos existam indícios robustos acerca do quanto alegado, posto que se limitou a inconformada a impugnar o débito informado, sem ao menos especificar eventuais irregularidades presentes em sua composição.

Não bastasse isso, a agravante não nega a existência de saldo devedor, restringindo-se a contestar apenas o valor da dívida, situação essa que, diante da sistemática processual a que se submete o instituto da tutela de urgência, não permite concluir, ainda mais no presente momento processual, pela ocorrência de conduta abusiva praticada pelo banco recorrido ao promover a inscrição do nome da autora nos cadastros mantidos pelos órgãos que são tidos e havidos como direcionados a proteção ao crédito.

Diante de tais elementos, e por força do conjunto apreciado, de rigor reconhecer que não mereça acolhida o inconformismo como apresentado pela agravante, o que implica na manutenção integral da R. Decisão indevidamente combatida, para tanto observados os estreitos limites em que proferida.

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

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2058894-76.2016.8.26.0000, da Comarca de Sertãozinho, em que é agravante LUIS SÉRGIO RODRIGUES, é agravado BANCO BRADESCO S/A.

ACORDAM, em 20ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 35325)**

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

São Paulo, 4 de julho de 2016.

ÁLVARO TORRES JÚNIOR, Relator

Ementa: PENHORA - Bem de família - Questão de ordem pública - Alegação a qualquer tempo, até mesmo por simples petição - Impenhorabilidade de bem de família - Ocorrência - Imóvel penhorado serve à residência da entidade familiar do coexecutado - Aplicabilidade do art. 1º da Lei nº 8.009/90 - Existência de elementos que corroboram tal alegação, como a certidão do oficial de justiça que constatou tratar-se de imóvel utilizado como residência do coexecutado, a cópia do documento de matrícula do imóvel, as contas de consumo de energia elétrica e telefonia, e os diversos boletos e extratos bancários - Necessidade de cancelamento da constrição realizada - Recurso provido.

VOTO

1. Agravo de instrumento contra decisão proferida em execução de título extrajudicial e que deferiu a penhora do imóvel do coexecutado, ora Agravante.

Sustenta o recorrente que o imóvel é bem de família e, portanto, impenhorável.

Recurso processado no efeito suspensivo, com resposta do Banco-agravado, sendo dispensada a requisição de informações ao juiz da causa.

2.1. Considerando que o recurso foi interposto antes da vigência da Lei nº 13.105/15 (CPC/2015) e, por interpretação do seu art. 14, aplicam-se à espécie as regras do CPC/1973, ficando prequestionada a matéria para os fins da Súmula

Acesso ao Sumário

98 do STJ e Súmula 356 do STF.

2.2. Questionamento de impenhorabilidade de bem de família envolve matéria de ordem pública, podendo ser suscitada a qualquer tempo, por simples petição, e não apenas em embargos do devedor.

"PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. PENHORA DE IMÓVEL. BEM DE FAMÍLIA. IMPENHORABILIDADE ABSOLUTA. ALEGAÇÃO A QUALQUER TEMPO. CABIMENTO DA EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. PRECEDENTES DA CORTE. VIOLAÇÃO AO ART. 16 DA LEI Nº 6380/80. REVOLVIMENTO DE MATÉRIA FÁTICA. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. RECURSO ESPECIAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO." (cf. REsp nº 1.104.317/RS, Rel. Min. Teori Albino Zavascki).

"A impenhorabilidade do bem de família pode ser alegada a qualquer tempo, até mesmo por petição nos autos da execução. Recurso Especial provido." (cf. REsp 1.114.719, Rel. Min. Sidnei Beneti).

2.3. A Lei 8.009, de 29-3-1990, art. 1º, estatui a impenhorabilidade do bem imóvel residencial próprio do casal, ou da entidade familiar, por obrigação contraída pelos cônjuges, pais ou filhos que residam nele.

O art. 5º, inc. XXII, da Constituição Federal assegura a todos o direito de propriedade, que, nos moldes do inc. XXIII do referido artigo, atenderá sua função social.

A família é a base da sociedade, contando *ipso facto* com especial proteção do Estado, de acordo com o que a Constituição Federal enuncia no art. 226.

Não é por outra *ratio essendi* que a técnica legislativa editou a Lei 8.009/90, que se ocupa das regras jurídicas pertinentes exata e precisamente à conjugação desses bens, vale dizer, da propriedade e da família: no compósito, do bem de família.

O princípio que nela se consagra é o da impenhorabilidade do imóvel residencial da família, ou da entidade familiar.

Acesso ao Sumário

Nesse sentido, é que se estabelece no art. 1º que "o imóvel residencial próprio do casal, ou da entidade familiar, é impenhorável e não responderá por qualquer dívida civil, comercial, fiscal, previdenciária ou de outra natureza, contraída pelos cônjuges ou pelos pais ou filhos que sejam seus proprietários e nele residam, salvo nas hipóteses previstas nesta Lei".

Acerca da matéria, o STJ assim se pronunciou:

"Ter casa própria é uma conquista protegida por lei. Há pouco mais de duas décadas, a definição do chamado bem de família vem sendo examinada pelo Judiciário a partir da Lei n. 8.009/1990, que passou a resguardar o imóvel residencial próprio da entidade familiar nos processos de penhora. A ideia é

proteger a família, visando defender o ambiente material em que vivem seus membros.

Nessa linha, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) tem firmado jurisprudência que pacifica o entendimento sobre situações não previstas expressamente na lei, mas que são constantes na vida dos brasileiros. Imóvel habitado por irmão do dono ou por pessoa separada, único imóvel alugado, penhorabilidade dos móveis dentro do imóvel impenhorável... Seja qual for a hipótese, o Tribunal da Cidadania aplica a lei tendo em vista os fins sociais a que ela se destina.

Sob esse enfoque, a lei do bem de família visa a preservar o devedor do constrangimento do despejo que o relegue ao desabrigo" (cf. notícia disponível em (endereço eletrônico constante no texto original)).

Infere-se da certidão do oficial de justiça que cumpriu o mandado de constatação que o bem objeto do litígio constitui imóvel residencial do coexecutado e de sua família (cf. fls. 71 e 73). Reforça a constatação de que se trata de bem de família o fato de o coexecutado ter sido encontrado no aludido bem por ocasião do cumprimento da penhora (cf. fls. 23-24, 71-74, 219-223).

Tal afirmação é corroborada com a juntada das contas de consumo de energia elétrica, contas de telefonia, boletos e extratos bancários e a matrícula do imóvel objeto da penhora (cf. fls. 32-70).

Há, portanto, indícios suficientes de que o imóvel é o único de propriedade do coexecutado, sendo utilizado para a moradia de sua família.

Assim, em razão da presunção relativa, contida no art. 5º da supracitada lei, o imóvel em questão é impenhorável e, portanto, a constrição deve ser levantada.

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

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2001386-75.2016.8.26.0000, da Comarca de Campinas, em que são agravantes ITAÚ UNIBANCO S/A e BANCO VOTORANTIM S/A, é agravado PVTEC INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE POLÍMEROS LTDA. (EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL).

ACORDAM, em 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Conheceram em parte do recurso e, na parte conhecida, deram-lhe parcial provimento, nos termos que constarão do acórdão. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que

Acesso ao Sumário

integra este acórdão. **(Voto nº 10.608)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores CARLOS ALBERTO GARBI (Presidente sem voto), CAMPOS MELLO e RICARDO NEGRÃO.

São Paulo, 27 de junho de 2016.

FABIO TABOSA, Relator

Ementa: Recuperação judicial. Questionamento direcionado a disposições na verdade inexistentes no plano, como no tocante à forma de cálculo das parcelas mensais, com referência pelo agravante a teor não coincidente com o do plano aprovado. Pagamentos previstos em termos líquidos, com determinação desde logo do valor das parcelas mensais, ao contrário do alegado pelo agravante. Ausência de interesse recursal. Agravo não conhecido nessa parte.

Recuperação judicial. Homologação do plano apresentado pela recuperanda, após aprovação pela assembleia-geral de credores, nos termos do art. 45 da Lei nº 11.101/2005. Possibilidade, ante a natureza negocial do plano de recuperação, de controle judicial da legalidade das respectivas disposições. Precedentes das C. Câmaras Especializadas de Direito Empresarial. Prazo de carência de 18 (dezoito) meses para o início dos pagamentos que não se mostra irregular, pois inferior ao lapso bienal de supervisão judicial. Agravo não provido quanto a esse aspecto.

Recuperação judicial. Previsão atinente à extinção de todas as garantias, reais ou pessoais, prestadas pela recuperanda ou por seus sócios. Impossibilidade. Arts. 49, § 1º, e 59, *caput*, da Lei nº 11.101/05. Deliberação majoritária sobre a afetação das garantias pela recuperação que é *contra legem* e não pode ser objeto do plano, somente podendo ser tal solução alcançada mediante concordância específica do credor interessado (Súmula nº 61 do TJSP). Nulidade reconhecida quanto às premissas 4 e 6 do plano. Agravo provido nesse particular.

Possibilidade de toda forma de sobrevivência do plano, não atingido em seus aspectos essenciais, com

Acesso ao Sumário

a exclusão das cláusulas em questão. Premissas 4 e 6 e declaradas nulas. Decisão de Primeiro Grau, homologatória do plano de recuperação judicial, reformada em tais limites. Agravo de instrumento do banco-credor, na parte em que conhecido, parcialmente provido.

VOTO

VISTOS.

Trata-se de agravo interposto contra a r. decisão reproduzida a fls. 37/40 deste instrumento (fls. 4.341/4.344 do feito originário), que, no âmbito de processo relativo a recuperação judicial, homologou o plano apresentado pela devedora, após aprovação pela assembleia-geral de credores, nos termos do art. 45 da Lei nº 11.101/2005.

Insurge-se o credor Banco Itaú S/A, sustentando viável o controle da legalidade das cláusulas do plano de recuperação por parte do Poder Judiciário e questionando, o prazo de carência previsto para o início do pagamento dos créditos pertencentes aos credores quirografários correspondente a 18 (dezoito) meses contados da homologação do plano. Por outro lado, destaca a ausência de liquidez das parcelas, que segundo afirma seriam pautadas tão somente em percentual da receita líquida da recuperanda baseado em projeções de crescimento do mercado. No mais, opõe-se à, segundo afirma, suspensão automática do curso das demandas ajuizadas contra os coobrigados, bem como à supressão das garantias reais e fidejussórias. Bate- se, em conclusão, pela reforma da r. decisão agravada, com a anulação do plano de recuperação judicial.

O recurso, que é tempestivo, veio instruído com as peças obrigatórias e com o comprovante de recolhimento das custas de preparo, tendo a agravada, bem como o Administrador Judicial deixado de se manifestar no prazo legal. A douta Procuradoria Geral de Justiça (fls. 120/121) pronunciou-se pelo parcial provimento do recurso.

É o relatório.

Inicialmente, pondera-se ter o banco agravante instruído de forma deficiente o presente recurso de agravo de instrumento, deixando de trazer aos autos cópia do aditivo ao Plano de Recuperação Judicial, bem como dos anexos do Plano inicialmente apresentado. No entanto, tendo em vista terem sido interpostos outros recursos contra a mesma decisão homologatória do plano em questão (Agravos de Instrumentos ns. 2009429-98.2016.8.26.0000 e 2002000-80.2016.8.26.0000) teve este Relator acesso aos documentos mencionados, os quais servirão de base portanto para o julgamento do presente.

Destaca-se outrossim que o agravo não comporta conhecimento, por

Acesso ao Sumário

falta de interesse recursal, no tocante à pretensa disposição acerca da forma de pagamento que, segundo alega o agravante, indicaria a realização do pagamento dos créditos tão somente em parcelas ilíquidas, pautadas em percentual da receita líquida da recuperanda.

Com efeito, não consta, do plano de recuperação judicial apresentado pela devedora, disposição com tal conteúdo, havendo pelo contrário disposição expressa do valor de cada parcela, calculado pela divisão de cada um dos créditos pelo número de meses previsto para a liquidação, resultando em desembolsos mensais de valores perfeitamente definidos, no tocante à recuperanda, como indicado, no caso dos credores das classes II, III e IV, no item 3.3, "d", da parte III, do aditamento do plano, na fl. 4.109 dos autos originários.

Nesse aspecto, ressalta-se que a previsão constante do item 3.4, da parte III, do aditamento do plano (fl. 4.110 dos autos originários) de pagamento de "*cinquenta por cento (50%) dos Resultados Líquidos*" aos credores das classes II e III em nada altera tal constatação, uma vez se tratar de previsão de pagamento adicional (tendo em vista que tais valores "*serão destinados à liquidação de parcelas do Plano de Pagamento, amortizando-as na ordem inversa de seu vencimento, primeiramente a última, na sequência a penúltima, e assim sucessivamente*"), voltado a, se possível à vista das receitas da empresa, reduzir o prazo de pagamento dos credores. Não se cuida, enfim, de critério de cálculo das parcelas ordinárias.

Pelo mesmo motivo, não comporta conhecimento o presente recurso no que diz respeito à pretensa previsão de *suspensão* automática do curso das demandas ajuizadas contra os coobrigados. Consta do plano coisa diversa, qual seja, a previsão de *extinção* das demandas ajuizadas contra a recuperanda e/ou coobrigados, cláusula de toda forma examinada nos outros agravos interpostos e declarada ineficaz.

Na parte conhecida, outrossim, prospera em parte o inconformismo.

O legislador, ao atribuir à assembleia-geral de credores a competência para aprovar, rejeitar ou modificar o plano apresentado pela sociedade devedora (art. 35, I, alínea "a", da Lei nº 11.101/2005), deixou nítido o caráter negocial da recuperação judicial, decorrente em última análise dos efeitos por ele conferidos à vontade manifestada pelo órgão colegiado.

E, justamente em razão dessa natureza negocial, as deliberações tomadas em assembleia, conquanto sejam em princípio soberanas, acabam por se sujeitar às regras normativas e princípios constitucionais a elas pertinentes, autorizando com isso o controle por parte do Poder Judiciário quanto à legalidade - e não à viabilidade econômico-financeira, cumpre esclarecer desde logo - do plano de recuperação aprovado pelos credores.

A possibilidade de verificação judicial da validade das cláusulas constantes

Acesso ao Sumário

do plano de recuperação é, de resto, tema pacífico junto às Câmaras Reservadas de Direito Empresarial, como segue:

"*A razão de se admitir o controle judicial sobre a aprovação da assembléia geral ao plano de recuperação é simples.*

É entendimento corrente da doutrina que a aprovação do plano de recuperação judicial tem a natureza de negócio novativo. Um negócio jurídico plurilateral, no qual a decisão da maioria, respeitados os quóruns previstos em lei, vincula a minoria dissidente, ou os credores silentes (Mauro Rodrigues Penteado, Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falências, diversos autores coordenados por Francisco Satiro de Souza Júnior e Antônio Sérgio A. de Moraes Pitombo, Editora RT, p. 84 e seguintes).

Parece claro que, como qualquer negócio jurídico, não basta o consenso (ou a aprovação da maioria), mas também que o ordenamento jurídico tutele o acordo novativo entre o devedor e seus credores.

(...)

Como todo e qualquer negócio jurídico, a aprovação assemblear do plano de recuperação judicial deve observar todas as normas cogentes da LFR e também do direito comum, com especial destaque para os novos princípios de ordem pública que iluminam o direito contratual, quais sejam, o da boa-fé objetiva, o da função social e o do equilíbrio (ou justiça contratual) (Fernando Noronha, O direito dos contratos e seus princípios fundamentais, p. 116 e seguintes; Teresa Negreiros, Teoria do contrato: novos paradigmas, Renovar, p. 106 e seguintes)" (AI nº 2189775-15.2014.8.26.0000, 1ª CRE, Rel. Des. Francisco Loureiro, j. 11/3/2015). No mesmo sentido: AI nº 2010558-75.2015.8.26.0000, 1ª CRE, Rel. Des. Ênio Zuliani, j. 29/7/2015; AI nº 2210739-29.2014.8.26.0000, 1ª CRE, Rel. Des. Cláudio Godoy, j. 24/6/2015; AI nº 2053398-03.2015.8.26.0000, 2ª CRE, Rel. Des. Carlos Alberto Garbi, j. 15/6/2015; AI nº 2050045-52.2015.8.26.0000, 1ª CRE, Rel. Des. Teixeira Leite, j. 10/6/2015; AI nº 2140581-46.2014.8.26.0000, 2ª CRE, Rel. Des. Ricardo Negrão, j. 18/5/2015; AI nº 2157921-03.2014.8.26.0000, 2ª CRE, Rel. Ramon Mateo Júnior, j. 10/4/2015)

Assentada, desse modo, a viabilidade da fiscalização dos termos do plano de recuperação pelo Poder Judiciário, passa-se então à análise das irregularidades aventadas pelo credor agravante.

Pois bem. Ao contrário do quanto sustentado pelo agravante, o prazo de carência de 18 (dezoito) meses para o início dos pagamentos não se afigura excessivo, pois inferior ao lapso bienal de supervisão judicial estabelecido no art. 61, *caput*, da Lei nº 11.101/2005, mostrando-se na verdade compatível

Acesso ao Sumário

com as dificuldades de fluxo de caixa atualmente suportadas pela recuperanda, bem como com a perspectiva de soerguimento da atividade empresarial por ela desenvolvida por meio da concessão da recuperação judicial.

Apenas a título de reforço de argumentação, vale aqui a remissão a precedente deste E. Tribunal no qual se entendeu igualmente regular o prazo de carência de dezoito meses:

> "*Já em relação ao prazo previsto para início dos pagamentos dos credores quirografários, não se furta a observar ter-se, de fato, assentado neste Tribunal a inviabilidade de carência que afaste qualquer pagamento de credores com garantia real e quirografários em até dois anos, justamente o período da fiscalização judicial (art. 61 da Lei 11.101/05) que, deste modo, se obvia (TJSP, AI n. 0136362-29.2011.8.26.0000, rel. Des. Pereira Calças, j. 28.02.2012).*
>
> *No caso, porém, há prazo de carência de 18 meses após a publicação da decisão de homologação do plano. Assim, não se afastam completamente os pagamentos do prazo bienal de supervisão judicial, não havendo, portanto, qualquer abuso.*" (AI nº 2210739-29.2014.8.26.0000, 1ª CRE, Rel. Des. Cláudio Godoy, j. 24/6/2015)

Quanto ao mais, entretanto, o plano comporta ressalvas.

Na *premissa 4* (fl. 85) previu-se a supressão das garantias vinculadas às obrigações sujeitas ao plano, o que se afigura descabido, por *contra legem*, contrariando o texto expresso do citado art. 59, *caput*, além do art. 49, § 1º, do mesmo diploma legal, que preservam as garantias referentes às obrigações sujeitas ao plano, sem prejuízo da novação dessas últimas.

Bem a esse propósito já havia se manifestado o Egrégio Superior Tribunal de Justiça:

> "*DIREITO CIVIL E EMPRESARIAL. RECUPERAÇÃO JUDICIAL. HOMOLOGAÇÃO DO PLANO. NOVAÇÃO SUI GENERIS. EFEITOS SOBRE TERCEIROS COOBRIGADOS. EXTINÇÃO DA EXECUÇÃO. DESCABIMENTO. MANUTENÇÃO DAS GARANTIAS. ARTS. 49, § 1º E 59, CAPUT, DA LEI N. 11.101/2005. 1. A novação prevista na lei civil é bem diversa daquela disciplinada na Lei n. 11.101/2005. Se a novação civil faz, como regra, extinguir as garantias da dívida, inclusive as reais prestadas por terceiros estranhos ao pacto (art. 364 do Código Civil), a novação decorrente do plano de recuperação traz como regra, ao reverso, a manutenção das garantias (art. 59, caput, da Lei n. 11.101/2005), sobretudo as reais, as quais só serão suprimidas ou substituídas 'mediante aprovação expressa do credor titular da respectiva garantia', por ocasião da alienação do bem gravado (art. 50, § 1º). Assim, o plano de recuperação judicial opera uma novação sui*

Acesso ao Sumário

generis e sempre sujeita a uma condição resolutiva, que é o eventual descumprimento do que ficou acertado no plano (art. 61, § 2º, da Lei n. 11.101/2005). 2. Portanto, muito embora o plano de recuperação judicial opere novação das dívidas a ele submetidas, as garantias reais ou fidejussórias, de regra, são preservadas, circunstância que possibilita ao credor exercer seus direitos contra terceiros garantidores e impõe a manutenção das ações e execuções aforadas em face de fiadores, avalistas ou coobrigados em geral. 3. Deveras, não haveria lógica no sistema se a conservação dos direitos e privilégios dos credores contra coobrigados, fiadores e obrigados de regresso (art. 49, § 1º, da Lei n. 11.101/2005) dissesse respeito apenas ao interregno temporal que medeia o deferimento da recuperação e a aprovação do plano, cessando tais direitos após a concessão definitiva com a homologação judicial. 4. Recurso especial não provido." (REsp nº 1.326.888/RS, 4ª T., Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 8/4/2014, DJe 5/5/2014).

Posteriormente a esse julgado, veio essa E. Corte Superior a explicitar o entendimento em sede de decisão pela técnica do julgamento de recursos repetitivos, nos termos do art. 543-C do CPC/73, com a fixação de tese de seguinte teor:

"*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 n. 11.101/2005.*" (REsp nº 1.333.349/SP, 2ª Seção, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 26/11/2014, DJe 2/2/2015).

É certo que os julgados em questão se referem aos efeitos naturais da recuperação, tratando dos reflexos automáticos que possam advir, de sua concessão, quanto às garantias em geral, inclusive pessoais, ao passo que se pode argumentar ser a presente situação diferente, por envolver previsão direta, no próprio plano, em torno da abolição das garantias.

A diferença todavia é aparente. Na medida em que as garantias são expressamente preservadas por lei dos efeitos da recuperação, não se inserindo portanto nos resultados obteníveis a partir dela, pode-se dizer tenha sido a matéria excluída do âmbito das próprias questões suscetíveis de discussão - sob pena de se contornar o efeito legal projetado - e portanto da reestruturação obrigacional objeto do plano, mormente se considerada a sistemática de afetação das relações jurídicas a ele submetidas, com sujeição de interesses individuais ao resultado de deliberações majoritárias.

Acesso ao Sumário

Em outras palavras, não é matéria deliberável pelo conjunto dos credores a extinção de garantias individuais, somente podendo esse efeito ser produzido por renúncia expressa e específica do credor interessado (e de todo modo sem se confundir com o conteúdo do plano, consistindo em essência negócio individual). Em tal sentido a Súmula nº 61 deste E. Tribunal de Justiça de São Paulo: "*Na recuperação judicial, a supressão da garantia ou sua substituição somente será admitida mediante aprovação expressa do titular*".

Fica, assim, declarada a nulidade da cláusula correspondente, bem como da *premissa 6*, que em linha coincidente, prevê a extinção automática, com a aprovação do plano, de avais e fianças prestadas pelos sócios ou diretores da recuperanda.

Fica, pois, decretada a nulidade das *premissas 4 e 6* do plano aprovado. Como tais inconsistências, entretanto, não comprometem o cerne do plano de recuperação judicial, comportando por isso mera extirpação sem prejuízo do restante dos dispositivos aprovados, deixa-se de anular o plano como um tudo.

Ante o exposto, **dá-se parcial provimento** ao recurso na parte conhecida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2054085-43.2016.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que são agravantes FRANCISCO CESAR MARTINS VILLELA e MARIA JOSÉ COSTA VILLELA, é agravado BANCO CITIBANK S/A.

ACORDAM, em 24ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Conheceram em parte do recurso e, na parte conhecida, negaram-lhe provimento. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 11655)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PLINIO NOVAES DE ANDRADE JÚNIOR (Presidente), WALTER BARONE e JONIZE SACCHI DE OLIVEIRA.

São Paulo, 23 de junho de 2016.

PLINIO NOVAES DE ANDRADE JÚNIOR, Presidente e Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO - Execução fundada em Cédula de Crédito Bancário - Decisão que recebeu embargos sem suspensão da execução - Recuperação judicial da empresa devedora principal - Possibilidade de prosseguimento do processo

contra os garantidores - Precedentes desta Câmara - Os agravantes não demonstraram a ocorrência dos requisitos previstos no art. 739-A, § 1º, do Código de Processo Civil de 1973, vigente à época da decisão, quais sejam, relevância da fundamentação e risco de grave dano de difícil ou incerta reparação, além de estar a execução garantida por penhora, depósito ou caução suficientes - Decisão mantida - Recurso improvido, neste aspecto.

NOVAÇÃO DA DÍVIDA - EXTINÇÃO DA OBRIGAÇÃO - Questões que não foram decididas em primeiro grau de jurisdição, não podendo, portanto, serem apreciadas nesta fase recursal, sob pena de supressão de instância - Recurso não conhecido, neste aspecto.

AGRAVO REGIMENTAL - Interposição contra a r. decisão que concedeu o efeito suspensivo - Recurso prejudicado tendo em vista ao julgamento do agravo de instrumento - Agravo regimental prejudicado.

RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO E IMPROVIDO, NA PARTE CONHECIDA.

VOTO

Trata-se de agravo, sob a forma de instrumento, interposto contra parte da respeitável decisão digitalizada a fls. 29 que, dentre outras deliberações, recebeu embargos à execução fundada em título extrajudicial sem atribuição de efeito suspensivo.

Os agravantes sustentaram, em suma, que a continuidade da execução colocaria em risco seu patrimônio, e, principalmente, a eficácia do plano de recuperação judicial do "Grupo Aralco", do qual faz parte a devedora principal do crédito exequendo, "Aralco S/A Indústria e Comércio".

Afirmaram que o Juízo de origem deveria ter julgado extinta a execução em questão em razão da novação da dívida decorrente da recuperação judicial da empresa devedora principal, e a consequente extinção das obrigações acessórias que assumiram.

Requereram, afinal, a concessão de efeito suspensivo ativo ao recurso e, ao final, o seu provimento, para que fosse concedido efeito suspensivo aos embargos à execução.

O recurso foi instruído com as peças obrigatórias e comprovantes de preparo (fls. 302/304) e é tempestivo.

Acesso ao Sumário

Pela decisão proferida a fls. 306, foi denegado efeito suspensivo a este recurso, bem como ordenada a intimação do agravado para resposta, que não veio aos autos, conforme certidão cartorária exarada a fls. 308.

Contra esta decisão os agravantes interpuseram agravo regimental (fls. 309/312).

É o relatório.

Insurge-se a agravante contra a seguinte decisão (fls. 29):

"*Vistos.*

1) Fls. 255, com documentos: prejudicados os pleitos tocantes à concessão de gratuidade de justiça ou ao recolhimento diferido das custas iniciais (preclusão lógica).

2) Atento a fls. 258, recebo os embargos para discussão sem suspensão do feito principal, ao menos porque não diviso que seu prosseguimento "manifestamente possa causar ao executado grave dano de difícil ou incerta reparação" (Código de Processo Civil, art. 739-A, §1º).

Certifique-se nos autos principais.

3) À impugnação, no prazo legal.

Int."

Inicialmente, vale salientar que as questões referentes à novação da dívida, em razão da recuperação judicial da sociedade devedora principal, de modo a acarretar a extinção da execução, ainda não foram examinadas pelo Juízo da causa.

Com efeito, a r. decisão agravada nada decidiu a respeito desta matéria, ora alegada pelos agravantes, o que impossibilita o seu conhecimento em fase recursal, a fim de evitar a supressão de grau de jurisdição.

Neste sentido, tem decidido este Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo:

"**AGRAVO DE INSTRUMENTO** - Razões do agravo que não guardam relação com a decisão recorrida (art. 524, inciso II do CPC) - Questões levadas à apreciação do Juízo de primeira instância que não foram decididas - Impossibilidade de análise em segundo grau, sob pena de supressão de instância. RECURSO NÃO CONHECIDO" (Agravo de Instrumento 0055633-79.2012.8.26.0000 - Relator: Desembargador Cesar Mecchi Morales - Mogi-Mirim - 24ª Câmara de Direito Privado - Data do julgamento: 24/05/2012 - Data de registro: 30/05/2012 - Outros números: 556337920128260000).

"**AGRAVO DE INSTRUMENTO - PRESTAÇÃO DE CONTRACAUTELA** - Pretensão não formulada em Primeiro Grau e, por conseqüência, não apreciado - Implicação de supressão de um grau de jurisdição - Recurso não conhecido (...)" (Agravo de Instrumento 0007368-46.2012.8.26.0000 - Relator: Desembargador Roberto Mac Cracken - São Paulo

Acesso ao Sumário

- 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial - Data do julgamento: 29/05/2012 - Data de registro: 06/06/2012 - Outros números: 00073684620128260000).

Na espécie, na r. decisão hostilizada, foi deliberada, apenas, a atribuição de efeito suspensivo aos embargos à execução, matéria que constitui objeto deste agravo.

Entretanto, o recurso, na parte conhecida, não comporta provimento.

Isto porque, a recuperação judicial da empresa devedora principal não atinge os direitos de crédito em face de coobrigados garantidores, contra os quais o credor conserva seus direitos e privilégios, nos termos do artigo 49, § 1º, da Lei nº 11.101/2005. Assim, a execução deve prosseguir em face dos agravantes, os quais não se beneficiam da suspensão imposta pela lei com relação à devedora principal.

O deferimento do pedido de recuperação judicial tem como efeito a suspensão de todas as ações e execuções em face da devedora principal, porém o credor conserva o seu direito de cobrar a dívida dos garantidores.

Neste sentido são os seguintes precedentes desta Colenda Câmara:

"EMBARGOS À EXECUÇÃO - TÍTULO EXTRAJUDICIAL - DEVEDOR PRINCIPAL EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL - AVALISTA - SUSPENSÃO DA EXECUÇÃO NOVAÇÃO - Inadmissibilidade - Reconhecido que a novação das dívidas, com relação ao devedor recuperando, não alcança os coobrigados, fiadores e obrigados de regresso, contra os quais os credores preservam seus direitos - Art. 49, § 1º, e art. 59 da Lei nº 11.101/05 - Possibilidade de prosseguimento da execução exclusivamente em face do avalista - Apelo improvido" (Agravo de Instrumento 0144238-94.2009.8.26.0100 - Relator: Desembargador Salles Vieira - Comarca: São Paulo - Órgão julgador: 24ª Câmara de Direito Privado - Data do julgamento: 03/10/2013 - Data de registro: 15/10/2013).

"EXECUÇÃO EXTRAJUDICIAL - EMPRESA EXECUTADA EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL - SUSPENSÃO EM FACE DA EMPRESA QUE NÃO ATINGE OS SÓCIOS - A novação na forma da Lei 11.101/05 (art. 59), em relação à empresa recuperanda, não alcança os coobrigados, em face dos quais a parte credora preserva seus direitos na forma do art. 49, § 1º da mesma Lei - Possibilidade de regular prosseguimento da execução em face dos sócios coobrigados - Agravo improvido." (Agravo de Instrumento 0160903-58.2013.8.26.0000 - Relator: Desembargador Luiz Arcuri - Comarca: São Paulo - Órgão julgador: 24ª Câmara de Direito Privado - Data do julgamento: 28/11/2013 - Data de registro: 13/01/2014).

No caso vertente, os embargos à execução opostos pelos agravantes foram recebidos sem efeito suspensivo, nos termos do artigo 739-A, do Código de Processo Civil de 1973, vigente à época da decisão, dada a inocorrência dos

Acesso ao Sumário

pressupostos previstos no § 1º do referido artigo.

Os agravantes, por sua vez, não demonstraram a ocorrência dos requisitos previstos no citado dispositivo legal, quais sejam, relevância da fundamentação e risco de grave dano de difícil ou incerta reparação, além de estar a execução garantida por penhora, depósito ou caução suficientes.

Por tais razões, impõe-se a manutenção da r. decisão hostilizada, que denegou efeito suspensivo aos embargos à execução.

Ante o exposto, pelo meu voto, conheço em parte deste recurso e nego provimento, na parte conhecida. Fica prequestionada toda a matéria alegada neste recurso, para fins de interposição de recursos perante os Tribunais Superiores, bem como prejudicado o agravo regimental interposto a fls. 309/312.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2250186-87.2015.8.26.0000, da Comarca de Ourinhos, em que é agravante BANCO BRADESCO S/A, são agravados L. ASSUMPÇÃO TRANSPORTES LTDA. ME, LUIZ ASSUMPÇÃO NETTO e ONICE GONZALES ASSUMPÇÃO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 16ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 16834)**

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

São Paulo, 3 de agosto de 2016.

LUÍS FERNANDO LODI, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO - Interposição contra decisão que indeferiu o bloqueio junto ao Detran, dos veículos antes da realização da penhora - Inadmissibilidade - Bloqueio dos veículos que deverá aguardar a efetivação da penhora - Decisão mantida. Recurso improvido.

VOTO

1. Agravo de instrumento interposto por Banco Bradesco S/A, contra a

respeitável decisão interlocutória de fls. 122, proferida pelo Magistrado Cristiano Carezin Barbosa, que em ação de execução, indeferiu, por ora, o pedido de bloqueio, tendo em vista que os veículos ainda não foram penhorados.

Postula que seja determinado o bloqueio junto ao Detran dos veículos a serem penhorados, para fins de licenciamento, transferência e circulação, evitando-se assim, a alienação dos bens a terceiros e a ocorrência de fraude à execução.

Indeferido o efeito pretendido (fls. 132).

É o relatório.

2. O recurso não comporta provimento.

No caso dos autos, postula o agravante a reforma da decisão hostilizada, visando o bloqueio junto ao Detran, dos veículos a serem penhorados nos autos, a fim de evitar a alienação dos mesmos.

Seu inconformismo, no entanto, não prospera.

Isso porque, conquanto não se negue que o bloqueio de veículos no órgão competente tem a finalidade de resguardar o legítimo interesse do credor, agiu bem o Magistrado de Primeira Instância ao deliberar que se aguarde a expedição do mandado de penhora e a respectiva lavratura do auto antes da providência restritiva, que pode se tornar inócua, diante de eventual transferência do bem a terceiro.

Ademais, constata-se que o agravante não sofrerá maiores prejuízos ao aguardar a expedição do mandado de penhora e a lavratura do auto para, se o caso, ver deferido seu pedido de bloqueio dos veículos junto ao Detran.

Assim sendo, a deliberação atacada merece ser confirmada pelos seus próprios e jurídicos fundamentos, os quais ficam inteiramente ratificados, acrescidos daqueles ora delineados.

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

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2024757-68.2016.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante TELEFÔNICA BRASIL S/A, é agravado A MAIS AUTO COMÉRCIO E SERVIÇOS AUTOMOTIVOS LTDA. - EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL.

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 25582)**

Acesso ao Sumário

O julgamento teve a participação dos Desembargadores ENIO ZULIANI (Presidente sem voto), FRANCISCO LOUREIRO e CESAR CIAMPOLINI.

São Paulo, 5 de agosto de 2016.

TEIXEIRA LEITE, Relator

Ementa: MULTA DIÁRIA. Atraso no restabelecimento dos serviços de telefonia e internet na sede da recuperanda (50 dias), que é inconteste. Valor, todavia, excessivo. Finalidade. Coação da parte para que cumpra obrigação que lhe foi imposta. Razoabilidade e proporcionalidade, no entanto, que não admitem que o montante total da multa diária seja descaracterizado para uma função indenizatória. Redução do valor de multa diária de R$ 70.000,00, para R$ 15.000,00. Decisão reformada. Recurso parcialmente provido.

VOTO

TELEFÔNICA BRASIL S/A agrava da decisão pela qual o d. Juízo, nos autos da recuperação judicial de A MAIS AUTO COMÉRCIO E SERVIÇOS AUTOMOTIVOS LTDA., indeferiu pedido de redução das *astreintes*, por entender que a agravante tardou em cumprir a decisão judicial, só o tendo feito após a majoração da multa (fls. 14).

Inconformada, alega que a multa é excessiva (R$ 70.000,00), porque desproporcional ao crédito arrolado (R$ 1.225,98). Argumenta que deu imediato atendimento à ordem judicial e que, por duas vezes, requereu a intimação da agravada, para que ela discriminasse quais os serviços que ainda não tinham sido restabelecidos, o que não ocorreu. Ou seja, não se manteve inerte, ao contrário do que afirmou a agravada.

Recurso processado no efeito suspensivo (fls. 151/152) e respondido (fls. 157/164).

Manifestação do Administrador judicial (fls. 173/174), requerendo o desprovimento do recurso.

Parecer da d. Procuradoria de Justiça, igualmente opinando pelo desprovimento do agravo (fls. 176/178).

É o relatório.

Respeitado entendimento diverso, o recurso comporta parcial provimento.

Inicialmente pontue-se que, tendo a r. decisão agravada sido proferida na vigência do CPC/73, deverá este recurso ser apreciado e julgado com base no

Acesso ao Sumário

diploma revogado, o que se faz por uma questão de coerência e razoabilidade.

Em que pese seja inegável o atraso no cumprimento da decisão em que determinado o restabelecimento dos serviços de internet e telefonia na sede da recuperanda (50 dias), é de se ponderar, por outro lado, se configurado está eventual desnaturação do instituto da multa diária, o que não é de se admitir.

Como é cediço, a questão deve ser analisada à luz do princípio da proporcionalidade, que orientou o legislador na introdução do § 6º ao art. 461 do CPC/73.

De fato, o total de R$ 70.000,00 mostra-se exacerbado e desproporcional, transcendendo à finalidade de compelir a parte ao cumprimento da determinação, configurando, por outro lado, enriquecimento sem causa da agravada.

Do que se constata, o montante das *astreintes* supera em muito o valor do débito discutido nos autos (R$ 1.225,98).

Ademais, o corte no fornecimento dos serviços decorreu do inadimplemento das mensalidades devidas pela agravada, o que não se discute. Diante disso, a agravada, de devedora inconteste, passaria a ser credora de elevada monta em dinheiro, o que se mostra contraditório, além de configurar evidente desatendimento ao escopo da multa diária.

Na lição de **João Batista Lopes**, "*destinando-se a convencer (ou compelir) o devedor ao cumprimento da obrigação, deve a multa ser necessária e suficiente para atingir seu escopo. Diante disso, deverá adequar-se ao caso concreto, ajustando-se à natureza da obrigação, condição econômica das partes e outras circunstâncias. Ao fixá-la observará o juiz o princípio da proporcionalidade, que, na lição de Francisco Fernandes de Araújo, funciona como instrumento eficaz para evitar os excessos e equacionar as medidas adequadas à solução dos casos concretos*" (**Tutela antecipada no processo civil brasileiro**, 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 2003, p. 169).

No caso dos autos, o excesso da multa é evidente e desvia o foco da medida para a finalidade indenizatória, objetivo este não almejado pelo legislador.

Frise-se que, se houve prejuízo aos interesses da agravada em virtude do atraso no restabelecimento de linha telefônica e acesso à internet, tal pode ensejar a correspondente reparação de danos, desde que provada a sua existência e extensão, além de oportunizado o exercício do contraditório. O que não se tolera é a utilização das *astreintes* como forma de compensação de prejuízos.

Nesse sentido é a **jurisprudência**:

"*CUMPRIMENTO DE SENTENÇA - Exegese do art. 461, § 6º, do CPC - Multa imposta pelo Juízo para prevenir o descumprimento da decisão judicial reduzida - Existência de uma desproporção injustificável entre o valor final da multa e o montante da condenação imposta pela sentença - Recurso parcialmente conhecido e parcialmente provido neste aspecto.*"

Acesso ao Sumário

(**AI 991090353693, 17ª Câmara de Direito Privado, rel. Tersio Negrato, j. 25/11/2009**).

Assim, o caso é de reforma da r. decisão agravada, com revisão do valor da multa diária, que deverá ser fixada em R$ 15.000,00, ante a relevância do bem jurídico tutelado e o atraso da agravante em proceder ao restabelecimento dos serviços contratados.

Ante o exposto, voto pelo ***provimento parcial do recurso***.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2056608-28.2016.8.26.0000, da Comarca de Itatiba, em que é agravante LAERCIO CASARIN FILHO TEXTIL, é agravado A CONDESSA MÓVEIS COLONIAIS LTDA.

ACORDAM, em 29ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 10.579)**

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

São Paulo, 4 de maio de 2016.

CARLOS HENRIQUE MIGUEL TREVISAN, Relator

Ementa: PROCESSUAL CIVIL - Cumprimento de sentença - Ação de despejo por falta de pagamento cumulada com cobrança julgada parcialmente procedente - Confusão patrimonial entre pessoas jurídicas - Desconsideração da personalidade jurídica do grupo econômico por elas formado - Penhora - Impugnação oposta por uma das executadas - Decisão de primeiro grau que a rejeita - Agravo interposto pela impugnante - Rejeição das alegações de prescrição, ilegitimidade passiva e inexigibilidade do título judicial - Inexistência de nulidade processual - Ausência de citação suprida pelo comparecimento espontâneo da impugnante - Coincidência de endereços e objeto social das empresas que formam

Acesso ao Sumário

o grupo econômico - Comercialização de produtos fabricados pela empresa impugnante com a mesma marca utilizada pela outra executada - Inexistência de afronta aos princípios do contraditório e da ampla defesa - Agravo desprovido.

VOTO

Trata-se de agravo de instrumento tirado contra a decisão trasladada a fls. 26/30 que, nos autos da ação de despejo por falta de pagamento cumulada com cobrança proposta pela agravada, julgada parcialmente procedente e atualmente em fase de cumprimento de sentença, rejeitou a impugnação apresentada pela agravante, afastando as alegações de prescrição da pretensão executiva, de ilegitimidade passiva e de inexigibilidade do título executivo, e mantendo a decisão que reconheceu a confusão patrimonial entre a agravante e as pessoas jurídicas Della Vida Indústria e Comércio de Aparelhos Ortopédicos Ltda. e Vecan Indústria de Aparelhos Ortopédicos Ltda., e que determinou a desconsideração da personalidade jurídica do grupo econômico e a penhora de 10% sobre o faturamento líquido da agravante (fls. 105/106).

A impugnante pede a reforma da decisão alegando, em síntese, que "*o agravante não faz parte de qualquer grupo econômico passível de responder pela execução em curso. Desde sua constituição o agravante esteve localizado e estabelecido em endereços diferentes da empresa Della Via. Jamais houve coincidência de endereços entre o executado Della Via e o agravante, como certifica os documentos obtidos junto a Junta Comercial de São Paulo, e juntados neste expediente. Não existe qualquer relação familiar entre os titulares da empresa agravante e o executado. A confusão patrimonial entre as empresas Della Vida e Vecan já foi reconhecida nos autos da execução de título extrajudicial (processo nº 0003828-59.2008.8.26.0281), em trâmite perante a 2ª Vara de Itatiba, sob o fundamento de que funcionam no mesmo local e seus empregados participam do mesmo processo produtivo (fls. 389/391), decisão que foi integralmente mantida pelo E. Tribunal de Justiça (fls. 392/394). Ocorre que referida confusão patrimonial reconhecida não atingiu o agravante, vez que este se limitou a utilizar o nome comercial Della Via, comercialmente em alguns produtos, sem qualquer formalização junto aos órgãos de registro, uma vez que identificou junto ao INPI, que a marca estava livre. É bem certo que o agravante comercializava um dos produtos que detinha o mesmo nome comercial da empresa executada Della Via. Porém o simples fato desta atividade comercial, não dá direito a responder por passivos do devedor, uma vez que não há qualquer comunicação entre as executadas e o agravante. O agravante não adquiriu máquinas e equipamentos do agravado, não adquiriu sua carteira de clientes, uma vez que o agravante mantém outra linha comercial. O agravante não transferiu inscrições estaduais e federais, não é controlada e controladora dos devedores, razão pela qual não pode responder por qualquer passivo. O*

Acesso ao Sumário

simples fato de que um empregado regularmente contratado ser filho do sócio quotista das empresas devedoras, não dá igualmente direito ao reconhecimento de grupo econômico". Transcreve a fundamentação apresentada nas razões da impugnação e pede o provimento do recurso para que seja excluída do polo passivo em virtude da ausência de confusão patrimonial ou de sucessão entre ela e as empresas executadas.

O pedido de efeito suspensivo foi parcialmente concedido (fl. 110).

A agravada apresentou resposta (fls. 117/126).

É o relatório.

Em síntese, a agravada A Condessa Móveis Coloniais Ltda. propôs ação de despejo por falta de pagamento cumulada com cobrança contra Della Vida Indústria e Comércio de Aparelhos Ortopédicos Ltda., no curso da qual o imóvel objeto da locação foi desocupado, o que resultou na perda do objeto do pedido de despejo, tendo a sentença julgado a ação parcialmente procedente e condenado a ré ao pagamento dos aluguéis, IPTU e encargos de locação, bem como dos encargos de sucumbência.

A fase de cumprimento de sentença teve início em 17 de abril de 2013, conforme mencionado na decisão recorrida.

Em consulta ao portal de serviços deste Tribunal de Justiça, verifica-se do andamento do feito em primeiro grau (processo nº 0007057-22.2011.8.26.0281, 2ª Vara Cível da Comarca de Itatiba) que foram esgotadas todas as tentativas de constrição de bens de propriedade da ré, tendo sido infrutífera a busca de bens junto aos sistemas BACENJUD, RENAJUD, INFOJUD e ARISP, e retornado negativos os mandados voltados à penhora do faturamento (certidão negativa do oficial de justiça de que a executada Della Vida se mudou para local ignorado).

A exequente formulou então pedido de desconsideração da personalidade jurídica do grupo econômico formado pelas empresas Della Vida Indústria e Comércio de Aparelhos Ortopédicos Ltda., Vecan Indústria de Aparelhos Ortopédicos Ltda. e a agravante Laércio Casarin Filho Têxtil, com o objetivo de que a penhora pudesse incidir sobre o faturamento líquido da recorrente e da empresa Vecan (fls. 81/85), aos argumentos de que: a) a agravante exerce suas atividades no mesmo endereço no qual funcionam as empresas Della Vida e Vecan, b) a agravante comercializa produtos utilizando marca e slogan da empresa Della Vida, c) o endereço indicado no site da Della Vida é idêntico ao anotado na ficha cadastral da agravante e d) os telefones comerciais constantes no site da Della Vida estão registrados em nome da agravante, conforme documentos juntados a fls. 98/104.

Acesso ao Sumário

Antes de proferir a decisão agravada, o MM. Juiz de primeiro grau acolheu o pedido de desconsideração da personalidade jurídica, deferindo a penhora de 10% sobre o faturamento líquido da empresa Laércio Casarin Filho Têxtil,

ora agravante, por entender que "*verifica-se da ficha cadastral da empresa Laércio Casarin Filho Têxtil que possui o mesmo objeto social da empresa Della Vida, restando comprovado, inclusive, que comercializa os mesmo produtos, utilizando-se do slogan da empresa Della Vida, conforme se vê do produto - capa para colchão hospitalar - adquirido pelo preposto da exequente e depositado perante este Juízo (fls. 379 e 387). Assim, caracterizada está a confusão patrimonial, porquanto as três empresas encontram-se, de fato, sediadas no mesmo local, e, embora possuam representantes legais distintos, comercializam os mesmos produtos, situação que interfere no resultado da apuração do faturamento líquido*", observando que "*a confusão patrimonial entre as empresas Della Vida e Vecan já foi reconhecida nos autos da execução de título extrajudicial (processo nº 0003828-59.2008.8.26.0281), em trâmite perante esta Vara, sob o fundamento de que funcionam no mesmo local e seus empregados participam do mesmo processo produtivo (fls. 389/391), decisão que foi integralmente mantida pelo E. Tribunal de Justiça (fls. 392/394)*" (fls. 105/106).

Ao ser intimada da penhora, a agravante formulou pedido de nulidade parcial do processo por falta de citação de litisconsorte passivo necessário para integrar o polo passivo da execução (fls. 52/65) e ofertou impugnação fundada nos artigos 475-J e 475-L do Código de Processo Civil de 1973, arguindo prescrição da pretensão executiva, ilegitimidade passiva, nulidade da fase de execução por falta de citação, inexigibilidade do título por não figurar como parte na fase cognitiva do processo e ausência de razões para responder ao feito, requerendo a extinção da fase executiva em relação a ela (fls. 66/80).

O MM. Juiz de primeiro grau analisou o pedido de declaração de nulidade e a impugnação em conjunto, proferindo a decisão agravada que afastou a prescrição, declarando a inexistência de nulidade processual por falta de citação, e rejeitando a impugnação, com determinação para prosseguimento do feito, além de, diga-se novamente, confirmar a decisão anterior que reconhecera a confusão patrimonial entre as três empresas a autorizar a desconsideração da personalidade jurídica do grupo econômico formado entre elas.

O inconformismo não comporta acolhimento.

Está evidenciada a formação de grupo econômico entre a executada Della Vida Indústria e Comércio de Aparelhos Ortopédicos Ltda. e a agravante.

Releva mencionar que, conforme constou da decisão agravada, a confusão patrimonial entre a executada Della Vida Indústria e Comércio de Aparelhos Ortopédicos Ltda. e a pessoa jurídica Vecan Indústria e Comércio de Artefatos Plásticos Ltda. foi anteriormente reconhecida nos autos de ação de execução de título extrajudicial que teve curso na 2ª Vara Cível da Comarca de Itatiba e que a decisão em tal sentido foi mantida pela 21ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça por ocasião do julgamento, em 25 de agosto de 2010, do

Acesso ao Sumário

Agravo de Instrumento nº 990.10.348569-6 (fls. 91/93).

Constatou-se aqui que a agravante e a executada Della Vida têm objetos sociais assemelhados e estão sediadas no mesmo endereço (fls. 48/49 e 98/102), tendo o MM. Juiz de primeiro grau concluído ainda que "*o filho do sócio da empresa VECAN, qual seja, ALEXANDRE COSTA VENÂNCIO, faz parte do quadro de funcionários da impugnante (fls. 493), corroborando, dessa forma, o liame entre as empresas*", circunstância reconhecida pela própria recorrente ao afirmar que "*o simples fato de que um empregado regularmente contratado ser filho do sócio quotista das empresas devedoras, não dá igualmente direito ao seu reconhecimento de grupo econômico*" (fl. 7).

A agravante não conseguiu afastar a conclusão acerca da coincidência de endereços e de objeto social, pois os documentos juntados a fls. 48/49 apontam que está situada na Rua Vicente Mecca, nº 180, e que tem como objeto social "*fabricação de materiais para medicina e odontologia, comércio atacadista de instrumentos e materiais de uso médico, hospitalar e de laboratórios, tecelagem de fios e fibras artificiais e sintéticas, comércio atacadista de próteses e artigos de ortopedia, comércio atacadista de tecidos, fabricação de linhas para costurar e bordar*".

Ou seja, o endereço é idêntico ao da executada Della Vida, ao que se acrescenta que o objeto social da recorrente se assemelha com os produtos fabricados e comercializados pela executada, conforme informações extraídas de seu próprio *site* (fl. 83).

Observa-se ainda que a agravante não apresentou justificativa plausível para a utilização da marca Della Vida, pois não convence a afirmação de que o direito de uso da marca é livre em razão de ter não sido registrada pela executada Della Vida Indústria e Comércio de Aparelhos Ortopédicos Ltda. ou qualquer outra empresa, já que não há prova de tal circunstância.

Diante de tais evidências, é de rigor a ratificação do entendimento de que se impõe a desconsideração da personalidade jurídica do grupo econômico decorrente da confusão patrimonial existente entre as aludidas empresas, de modo que não procede a alegação de ilegitimidade passiva suscitada pela agravante.

Acesso ao Sumário

Sobre o tema, o precedente do Superior Tribunal de Justiça:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. EMPRESARIAL. PROCESSO CIVIL. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. RECONHECIMENTO DE GRUPO ECONÔMICO. REVISÃO DOS FATOS AUTORIZADORES. SÚMULA N° 7/STJ. 1. Reconhecido o grupo econômico e verificada confusão patrimonial, é possível desconsiderar a personalidade jurídica de uma empresa para responder por dívidas de outra, inclusive em cumprimento de sentença, sem ofensa à coisa

julgada. Rever a conclusão no caso dos autos é inviável por incidir a Súmula n° 7/STJ. 2. Agravo regimental não provido. (AgRg no AREsp 441465/PR, Relator Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, 18.6.2015)

Também ao contrário do que sustenta a agravante, não se verifica a prescrição da pretensão executiva, tendo em vista que a ação de despejo cumulada com cobrança de alugueis foi proposta no prazo de 3 (três) anos previsto pelo Código Civil, conforme reconhecido pela própria recorrente (fl. 8), sendo que "*após o trânsito em julgado da sentença, ocorrido em 27.01.2013, iniciou-se a fase de cumprimento do julgado em 17.04.2013, inexistindo inércia da exequente em relação à paralisação do processo por mais de três anos, sem que houvesse diligenciado na busca de bens para a satisfação de seu crédito*", de acordo com o aduzido pelo MM. Juiz de primeiro grau.

Cabe mencionar que o fato de a agravante não ter figurado no polo passivo da ação na fase de conhecimento não impede que responda pelas dívidas de outra empresa do mesmo grupo econômico em virtude da desconsideração da personalidade jurídica determinada na fase de execução, motivo pelo qual também por isso não opera a prescrição.

A alegação de inexigibilidade de título em relação à agravante também fica afastada, em virtude de seu ingresso no polo passivo da execução nos termos supra aludidos.

Descabe falar também em nulidade parcial do processo por falta de citação, considerando que a ausência desta acabou sendo suprida pelo comparecimento espontâneo da agravante aos autos, ocasião em que opôs impugnação e teve a oportunidade de exercer o contraditório e o direito de defesa.

Diante disso, é de rigor a ratificação da decisão que rejeitou a impugnação, mantendo-se a agravante no polo passivo da execução, além de se confirmar a penhora de faturamento já efetuada, determinando-se o prosseguimento do feito.

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

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2045057-51.2016.8.26.0000, da Comarca de Urupês, em que é agravante THIAGO DA SILVA PESTANA, é agravado CLARO S.A.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 35ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 16.204)**

Acesso ao Sumário

O julgamento teve a participação dos Desembargadores ARTUR MARQUES (Presidente sem voto), MORAIS PUCCI e FLAVIO ABRAMOVICI.

São Paulo, 24 de maio de 2016.

GILBERTO LEME, Relator

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER C.C. DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITO E INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. DECISÃO QUE INDEFERIU A ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA AO AUTOR. AUSÊNCIA DE FUNDADAS RAZÕES PARA AFASTAR A BENESSE. CONCESSÃO DO BENEFÍCIO. CABIMENTO. Presunção relativa que milita em prol daquele que alega pobreza. Benefício que não pode ser recusado de plano sem fundadas razões. Renda comprovada que ratifica a necessidade alegada. Recurso provido, com observação.

VOTO

Trata-se de recurso de agravo de instrumento interposto à r. decisão que, em ação de obrigação de fazer c.c. declaratória de inexistência de débito e indenização por danos morais, envolvendo a negativação do nome do autor por empresa prestadora de serviços de telefonia, indeferiu a concessão da assistência judiciária gratuita, determinando a comprovação de recolhimento das custas iniciais e taxa de procuração, em 30 (trinta) dias, sob pena de extinção da ação sem resolução do mérito.

O agravante alega que a simples declaração de pobreza é suficiente para a concessão dos benefícios da gratuidade processual, nos termos do artigo 4º, § 1º, da Lei 1.050/60 e segundo entendimento jurisprudencial que transcreve na minuta recursal. Argumenta, outrossim, que o fato de ter contratado advogado particular não obsta a benesse e que o juiz não pode negar o benefício com fundamento apenas no nome do cargo exercido pelo autor na empresa em que labora, anexando ao recurso demonstrativo de pagamento para comprovar que sua renda mensal é inferior a dois salários mínimos.

Agravo tempestivo, não preparado porquanto se discute no agravo questão referente à gratuidade processual e não respondido pela ausência de citação da agravada.

É o relatório.

Dispõe a Lei nº 1.060/50 que, para os seus fins, se considera necessitado

Acesso ao Sumário

"todo aquele cuja situação econômica não lhe permita pagar as custas do processo e os honorários de advogado, sem prejuízo do sustento próprio ou da família" (art. 2º, parágrafo único), gozando a parte dos benefícios da assistência judiciária "mediante simples afirmação, na própria petição inicial, de que não está em condições de pagar as custas do processo e os honorários de advogado, sem prejuízo próprio ou de sua família" (art. 4º, *caput*), presumindo-se "pobre, até prova em contrário, quem afirmar essa condição nos termos desta lei, sob pena de pagamento até o décuplo das custas judiciais." (§ 1º).

A presunção é *juris tantum*, dispensa comprovação da hipossuficiência econômica desde que o pedido de assistência judiciária gratuita tenha sido formulado quando do ajuizamento da ação ou da oferta de contestação.

Dessa forma, tem o agravante a seu lado a presunção legal de veracidade da declaração de pobreza, o que o dispensa da produção da prova respectiva, cabendo à parte adversa, ao requerer a revogação, demonstrar o contrário (artigo 7.º da Lei nº 1.060/50).

No caso dos autos, embora requerida a gratuidade na inicial, o juiz entendeu que a contratação de advogado particular e o fato de o autor indicar na inicial que exerce o cargo de "gerente" afastariam a hipossuficiência alegada.

Observo, contudo, que tais argumentos não representam óbice à concessão da gratuidade processual e que para a aplicação da Lei nº 1.060/50 não se exige estado de miséria absoluta ou de completa indigência, configurando-se a pobreza, em acepção técnica, como ausência de condições mínimas ou ao menos razoáveis para arcar com os custos do processo sem prejuízo do próprio sustento ou da família, verificando-se do demonstrativo de pagamento de fls. 153 que o agravante exerce o cargo de gerente de uma funerária, recebendo mensalmente a quantia de R$ 1.092,55 líquidos, que corresponde a menos que dois salários mínimos no valor atualmente vigente.

Portanto, não há fundadas razões para o indeferimento da assistência judiciária gratuita, sendo devida a benesse.

Por fim, por ser beneficiário da gratuidade processual está o agravante isento também do pagamento da taxa de previdência da carteira de advogados ("TCPA"), consoante o disposto no artigo 49 da Lei Estadual nº 10.394/70 e contido no Comunicado 05/2004 do 3º Vice- Presidente deste Tribunal.

Pelo meu voto, dou provimento ao recurso para deferir a gratuidade processual ao recorrente, a qual alcança também a dispensa de pagamento da taxa de previdência da carteira dos advogados.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2253818-24.2015.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante HADROTEC EQUIPAMENTOS PARA AQUECIMENTO E PRESSURIZAÇÃO LTDA., é agravado NOBERTO NOGUEIRA PINHEIRO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 38ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Por maioria de votos, deram provimento ao recurso, vencido o relator sorteado, que declara.", de conformidade com o voto do Relator Designado, que integra este acórdão. **(Voto nº 13514)**

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

São Paulo, 12 de maio de 2016.

FERNANDO SASTRE REDONDO, Relator Designado

Ementa: PROVA. Depoimento pessoal. Decisão anterior desta Turma Julgadora que anulou a sentença para viabilizar a produção de provas (oral e pericial). Determinada a realização, na origem, apenas de prova pericial e testemunhal. Oitiva da parte contrária. Admissibilidade. Deferimento que se impõe. Recurso provido.

VOTO

RELATÓRIO

Agravo de instrumento contra r. decisão (fls. 47) que, em ação declaratória ajuizada pelo agravado, determinou apenas a produção de provas testemunhal e pericial.

Requer a agravante a reforma da decisão, sustentando que o depoimento pessoal do agravado é imprescindível para o deslinde da controvérsia, uma vez que afirma que os serviços executados pela agravante não o foram a contento, mas efetuou o pagamento de três prestações, restando apenas a quarta parcela inadimplida. Assim, alega ser necessária a oitiva do agravado para esclarecer a que título efetuou os pagamentos, além de esclarecer com precisão quais serviços foram executados e quais os vícios constatados.

Recurso tempestivo, preparado e respondido.

Acesso ao Sumário

VOTO

O recurso comporta provimento.

Inicialmente, anota-se que julgamento anterior desta Corte anulou a sentença para determinar a produção de provas, tendo reconhecido, expressamente, cerceamento de defesa. No recurso então interposto afirmou o agravante que tinha interesse na produção de prova oral, esta consistente no depoimento pessoal do autor e oitiva de testemunhas. Também pugnou pela produção de prova pericial.

E a decisão, desta mesma turma julgadora, entendeu necessária dilação probatória, determinando a "***produção de prova oral em audiência e a prova pericial***" (Apelação nº 0186470-19.2012.8.26.0100, j. em 5.8.2015).

A decisão ora impugnada determinou a realização de prova técnica e a oitiva de testemunhas, sem se manifestar sobre o depoimento pessoal do autor, que a agravante havia postulado.

Razão assiste ao agravante, impondo-se a oitiva do autor em depoimento pessoal, se não em razão do que restou decidido por esta turma julgadora quando examinou o recurso anterior, pelo fato de ter o juízo entendido pertinente e relevante a oitiva de testemunhas.

Assim, natural que a oitiva do próprio autor poderá, também, trazer subsídios para o julgamento da causa. E o pedido de oitiva é convincente, pois a agravante sustenta que o autor efetuou pagamentos parciais do preço pelos serviços executados, pretendendo dele, por isso, obter esclarecimentos sobre esse comportamento, que sustentou em contradição com a alegação de que vícios teriam sido constatados, que constituem, em suma, o fundamento do pedido inicial.

Ante o exposto, dá-se provimento ao recurso.

DECLARAÇÃO DE VOTO VENCIDO

(Voto nº 15446)

Respeitada a conclusão da D. maioria, entendo que era caso de negar-se provimento ao recurso.

Trata-se de agravo de instrumento interposto em face da decisão trasladada às fls. 47, que determinou apenas a produção de provas testemunhal e pericial.

Requer a agravante a reforma da decisão, ao argumento de que o depoimento pessoal do autor/agravado é imprescindível para o deslinde da controvérsia, uma vez que afirma que os serviços executados pela agravante não o foram a contento, mas efetuou o pagamento de três prestações, restando

Acesso ao Sumário

apenas a quarta parcela inadimplida. Assim, alega ser necessária a oitiva do agravado para esclarecer a que título efetuou os pagamentos, além de esclarecer com precisão quais serviços foram executados e quais os vícios constatados.

Pois bem.

Cuidam os autos de ação declaratória de nulidade e inexigibilidade de título c/c pedido de repetição de indébito, proposta pelo agravado em face da agravante.

Alega o autor/agravado que teria contratado a empresa Equipágua Equipamento para a instalação de piscinas, claraboia e fonte da praça principal do imóvel de sua propriedade, situado em Indaiatuba/SP, sendo que esta teria subcontratado a ré para a realização dos serviços de instalação e assistência técnica.

Ocorre que os serviços não teriam sido prestados a contento, ocorrendo diversos vícios, com falhas técnicas; mesmo assim, o autor teria sido surpreendido com notificação determinando o pagamento da quantia de R$11.000,00 (onze mil reais), referente ao título nº 209, até 30.07.2012, sob pena de encaminhamento ao Cartório de Protesto, razão pela qual ingressou com anterior ação cautelar de sustação de protesto, cuja medida foi deferida, e com a presente ação declaratória de inexigibilidade de título.

Contestado o feito, a ré/agravante requereu a produção de prova oral, consistente no depoimento pessoal do autor e na oitiva de testemunhas a serem oportunamente arroladas, bem como prova pericial (fls. 36/37).

No entanto, houve o julgamento antecipado da lide que, em sede de recurso de apelação, foi reformado por esta C. 38ª Câmara, para permitir-se a necessária dilação probatória (fls. 40/43).

A ré/agravante, novamente, requereu o depoimento pessoal do autor, oitiva de testemunhas e realização de prova pericial (fls. 45/46).

O juiz de 1º grau determinou a produção de provas pericial e testemunhal, deixando de se manifestar em relação ao depoimento pessoal.

É contra tal decisão que se insurge a agravante, afirmando que o depoimento pessoal do autor seria imprescindível para a elucidação dos fatos.

O objetivo da produção probatória é trazer aos autos a verdade acerca da controvérsia instaurada, possibilitando ao magistrado que decida de acordo com as exigências da lei.

Pelo art. 130 do CPC/1973, com correspondência no art., o juiz tem a prerrogativa de deferir ou não a produção de provas, de acordo com o princípio do livre convencimento motivado.

Assim, uma vez que o magistrado considere determinada prova capaz de cumprir a finalidade a que se destina, deverá deferi-la, enquanto àquela inútil ou

meramente protelatória caberá o indeferimento.

Portanto, o juiz não é obrigado a deferir a produção de todas as provas requeridas pelas partes, podendo determinar a realização, apenas, daquelas que sejam bastantes à formação do seu convencimento.

No presente caso, a despeito das alegações da agravante, de que os defeitos contidos no serviço prestado não teriam sido adequadamente especificados na inicial da ação, razão pela qual o depoimento pessoal do autor seria imprescindível, tem-se que as provas testemunhal e pericial são suficientes para a elucidação dos fatos, mostrando-se despiciendo o depoimento pessoal, uma vez que a narrativa inicial é clara e completa quanto aos defeitos averiguados na obra (fls. 12).

Assim, diante da impertinência da aludida prova, este relator entende que não se há falar em cerceamento de defesa, devendo ser mantida a decisão interlocutória agravada, tal como proferida.

Ante o exposto, pelo meu voto, **negava provimento** ao recurso.

SPENCER ALMEIDA FERREIRA, Desembargador, Relator sorteado vencido

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2081411-75.2016.8.26.0000, da Comarca de Assis, em que são agravantes MARIA TEREZA CANATO CAYRES e EDIVALDO ANTONIO MINATTI CAYRES, é agravado SIDNEY DOS SANTOS.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 35ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso, para afastar a decisão agravada, quanto à concessão da tutela antecipada. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 13294)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores ARTUR MARQUES (Presidente) e MELO BUENO.

São Paulo, 7 de junho de 2016.

FLAVIO ABRAMOVICI, Relator

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO - RESPONSABILIDADE CIVIL - ACIDENTE DE TRÂNSITO - Decisão agravada concedeu a tutela antecipada, para determinar o pagamento de pensão mensal ao Autor no valor correspondente a um

Acesso ao Sumário

salário mínimo - Ausente a prova inequívoca que possibilite o convencimento da verossimilhança das alegações - Presente o perigo de irreversibilidade do provimento antecipado - RECURSO DOS REQUERIDOS PROVIDO, PARA AFASTAR A DECISÃO AGRAVADA, QUANTO À CONCESSÃO DA TUTELA ANTECIPADA.

VOTO

Trata-se de agravo de instrumento interposto pelos Requeridos contra a decisão prolatada pela I. Magistrada Marcela Papa Paes (cópias de fls. 33/34), que, nos autos da "ação de indenização por dano moral e pedido de pensão", concedeu a tutela antecipada para determinar o pagamento de pensão mensal ao Autor no valor correspondente a um salário mínimo.

Alegam que excessivo o valor da pensão mensal, que impossibilitados de arcar com a quantia fixada, que não preenchidos os requisitos para a concessão da antecipação de tutela, e que cabível a designação de audiência de tentativa de conciliação. Pedem o provimento do recurso, para afastar a decisão agravada, quanto à concessão da tutela antecipada, ou para a redução do valor da pensão mensal, com a designação de audiência de tentativa de conciliação.

A decisão de fls.77 concedeu efeito ativo-suspensivo ao recurso, para sustar a decisão agravada, quanto à concessão da tutela antecipada.

Contrarrazões a fls.80/84.

É a síntese.

A antecipação de tutela sem oitiva da parte contrária constitui medida excepcional, porque provoca o diferimento do contraditório.

Assim, se para a antecipação da tutela é necessária a prova inequívoca que convença da verossimilhança das alegações, para a antecipação *inaudita altera parte* é necessário algo mais, vale dizer, que o direito e os fatos estejam sobejamente demonstrados ou que o perigo da demora seja tamanho que recomende postergar o exercício do contraditório, ou que a ciência da existência do processo possa resultar na ineficácia de eventual decisão.

O Autor alega (petição inicial - cópias de fls.17/29) que ocorreu acidente de trânsito em 11 de agosto de 2015, no cruzamento da Avenida Otto Ribeiro com a Rua Lafayete Santana, quando trafegava com a motocicleta "Honda CG", placas EQE-5806 (pela Avenida Otto Ribeiro) e colidiu com o veículo "Fiat Siena", placas FFO-7084 (conduzido pela Requerida Maria Tereza, e de propriedade do Requerido Edivaldo), e que caracterizada a culpa da Requerida Maria Tereza, que adentrou com o automóvel na via preferencial sem a devida cautela.

Acesso ao Sumário

Sustenta, ainda, que sofreu sequelas permanentes, com a perda da capacidade laborativa, e pede a condenação ao pagamento de pensão mensal no valor correspondente a um salário mínimo, e de indenização por danos morais no valor de R$ 70.000,00.

Todavia, ausente a prova inequívoca que possibilite o convencimento da verossimilhança das alegações, ressaltando-se que o prontuário médico de internação hospitalar no período posterior ao acidente, e o receituário com pedido de tratamento fisioterápico e neurológico (fls. 33/92 do processo originário, conforme consulta ao sítio eletrônico deste Tribunal de Justiça) não comprovam, por si, o caráter permanente das sequelas do Autor.

Por outro lado, presente o perigo de irreversibilidade do provimento antecipado, em razão da eventual impossibilidade de o Autor restituir os valores pagos pelos Requeridos, em caso de improcedência da ação.

Por fim, a audiência de conciliação, a rigor, pode ser dispensada, considerando que as partes podem prevenir ou extinguir o litígio, a qualquer tempo, por meio de concessões mútuas, independentemente da intervenção judicial.

Ante o exposto, dou provimento ao recurso, para afastar a decisão agravada, quanto à concessão da tutela antecipada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos destes autos de Agravo de Instrumento nº 2036479-02.2016.8.26.0000, da Comarca Araçatuba, em que é agravante LUCIANA MOTA PASCOAL, são agravados BANCO SANTANDER BRASIL S/A e MARCELO MARTIN ANDORFATO.

ACORDAM, em 37ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 15.520)**

O julgamento teve a participação do Exmos. Desembargadores JOÃO PAZINE NETO (Presidente), SERGIO GOMES e JOSÉ TARCISO BERALDO.

São Paulo, 7 de junho de 2016

JOÃO PAZINE NETO, Relator

Ementa: Agravo de Instrumento. Cumprimento provisório de sentença. Agravo de despacho denegatório de recurso especial pendente de

Acesso ao Sumário

julgamento. Decisão agravada que indeferiu pedido de conversão em depósito judicial da garantia securitária prestada nos autos. Insurgência da Exequente. Não cabimento. Medida pleiteada que não se justifica neste momento, pois sua única finalidade seria o levantamento de valores quando estes se tornarem incontroversos, o que ainda não ocorreu nos autos. Decisão mantida. Recurso não provido.

VOTO

Trata-se de agravo de instrumento tirado contra a r. decisão copiada à pág. 48 destes que, em sede de cumprimento provisório de sentença, indeferiu pedido para seja convertida em depósito judicial a garantia securitária dada pelo devedor, por se encontrar pendente o julgamento de agravo contra despacho denegatório de recurso especial e a única justificativa para tal pretensão ser o levantamento de valores quando estes se tornarem incontroversos, o que não ocorre nos autos.

Insurge-se a Exequente, em síntese, para requerer a reforma da r. decisão agravada, para que seja determinado o depósito judicial dos valores pretendidos para fins de cumprimento do julgado. Sustenta que o banco ofertou seguro garantia judicial quando da apresentação de impugnação e que deve ser observado na hipótese vertente o disposto no artigo 475-O, § 2º, inciso II, do CPC/73, pois o recurso de agravo interposto em face de decisão denegatória de recurso especial não possui efeito suspensivo, razão pela qual inexiste óbice para que o Executado efetue o depósito e para tanto não é necessário se aguardar a definitividade dos valores devidos.

Recurso tempestivo, com preparo anotado às págs. 53/54.

Originariamente distribuído para o e. Desembargador Sergio Alfieri, da 27ª Câmara de Direito Privado, por força do v. Acórdão de págs. 291/295, não foi o recurso lá conhecido, com declinação da competência recursal e encaminhamento dos autos a uma dentre as Câmaras da Seção de Direito Privado II, redistribuídos então livremente e agora para este Relator.

Não foi concedida a antecipação da tutela recursal pleiteada. Dispensado o cumprimento do artigo 1.019, II, do CPC (pág. 299).

É o relatório.

Primeiramente, este Relator assinala que aceita a redistribuição realizada.

Quanto ao mérito, o agravo não comporta acolhida.

Pelo que se extrai dos autos, apesar da execução já se encontrar garantida por meio de seguro garantia judicial, a ora Agravante pleiteia seja o Agravado intimado para a realização de depósito judicial no valor de R$ 2.553.259,76,

atualizado até a data do depósito, sob pena de intimação da seguradora para que deposite o valor em Juízo (cf. pág. 236 destes), em razão de haver pendente tão somente agravo contra decisão denegatória de recurso especial, que não possui efeito suspensivo.

É sabido que o recurso pendente de julgamento por Corte Superior não impede a execução da sentença, conforme previa o artigo 497 do Código de Processo Civil em vigor quando proferida a r. decisão ora agravada (artigo 995, *caput*, do NCPC), ou seja, não há necessidade de aguardar a decisão do agravo de despacho denegatório para o início do cumprimento da sentença.

Porém, a providência pleiteada pela Agravante se retrata inócua, porquanto não se vislumbra qual seria o motivo a autorizar tal conversão neste momento, a não ser para lhe viabilizar o levantamento dos valores. Ocorre, no entanto, inexistir nos autos circunstância que a autorize proceder o levantamento dos valores em questão neste momento processual.

Ainda que exista previsão legal que a possibilite o levantamento dos valores, inclusive sem a prestação de caução (artigo 475-O, § 2º, inciso II, do CPC/73 então em vigor), deve ser observada a ressalva prevista no mesmo dispositivo legal, consoante se tratar de circunstância que possa resultar risco de grave dano, de difícil ou incerta reparação.

E no caso dos autos, o "*risco de grave dano, de difícil ou incerta reparação*", se apresenta factível, diante do valor tratado nos autos, de mais de dois milhões de reais, pois, pelo que se infere, não restou demonstrado que a Agravante terá capacidade econômica para devolver imediatamente e com bem da mesma natureza (dinheiro) a quantia tratada, a tornar certo o dano do Agravado que pagará algo, sem garantia alguma de que será restituído, caso reformado o julgado atacado.

Aliás, em caso assemelhado já decidiu este E. Tribunal de Justiça: "*Execução provisória. Levantamento de quantias depositadas pelo agravado. Inadmissibilidade. Necessidade de caução suficiente e idônea, nos termos do inciso III do artigo 475-0, que visa assegurar o interesse do executado, caso haja modificação do título. Decisão mantida. Recurso improvido.*" (Agravo de Instrumento nº 586.606-4/3-00, São Paulo, Relator ADILSON DE ANDRADE).

Nesses termos, de rigor a manutenção da r. decisão agravada, que deu adequada solução à questão, pois não se justifica a substituição do seguro garantia por depósito dos valores em Juízo se os valores devidos ainda são controversos.

Diante do exposto, nego provimento ao recurso.

Acesso ao Sumário

Agravos Regimentais

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Regimental nº 0004717-22.2015.8.26.0037/50001, da Comarca de Araraquara, em que é agravante CARLOS ROBERTO CAMARA, é agravado BANCO SANTANDER BRASIL S/A.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 14ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 42320e)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores MAURÍCIO PESSOA (Presidente sem voto), THIAGO DE SIQUEIRA e LÍGIA ARAÚJO BISOGNI.

São Paulo, 28 de junho de 2016.

MELO COLOMBI, Relator

Ementa: MULTA LIMINAR (ASTREINTES). INTIMAÇÃO PESSOAL. PESSOA JURÍDICA. NECESSIDADE. SÚM/STJ Nº 410.

1. Nas ordens de fazer ou não fazer, a exigência das "astreintes" depende da prévia intimação pessoal do devedor, nos termos da Súmula 410 do STJ.

2. O fato de se tratar de pessoa jurídica não altera o entendimento sedimentado pela Corte Superior.

3. A questão já havia sido enfrentada pelo colegiado com rejeição expressa à tese do agravante, e em embargos declaratórios que se seguiram, sendo manifestamente improcedente este recurso.

4. Agravo regimental não provido, com aplicação de multa.

VOTO

Trata-se de agravo de regimental interposto por Carlos Roberto Câmara contra decisão monocrática que negou seguimento aos embargos declaratórios que se seguiram à manutenção de sentença de extinção de execução de "astreintes", por falta de intimação pessoal do banco executado.

Acesso ao Sumário

Sustenta a existência de ponto controvertido, qual seja, a suficiência da intimação do patrono do banco devedor para a exigibilidade da multa liminar.

Recurso bem processado e respondido.

É o relatório.

Não havia controvérsia a ser debelada.

O colegiado já havia analisado a questão e expressamente manifestado o entendimento de que a intimação do patrono do banco seria insuficiente para que ele sofresse execução de "astreintes". A intimação pessoal, segundo a Turma, seria imprescindível, nos moldes do Enunciado n. 410 do Superior Tribunal de Justiça.

Nada mais havia a ser dito, já que ficara consignado que o entendimento sedimentado pela Corte superior se aplicaria ao estabelecimento financeiro devedor.

Razão pela qual os declaratórios foram rejeitados liminarmente, com aplicação da pena de multa de 1% sobre o valor da causa atualizado.

O presente regimental, na mesma esteira, é manifestamente improcedente, cabendo a condenação do agravante na pena de multa de 5% sobre o valor da causa (R$ 1.000,00, mais atualizações), nos moldes do disposto no art. 21, § 4º, do Código de Processo Civil.

Posto isso, nega-se provimento ao agravo regimental com aplicação de multa.

Apelações

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1016465-31.2014.8.26.0405, da Comarca de Osasco, em que é apelante BRADESCO SAÚDE S/A, é apelado PLINIO RAIMUNDO ZARA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 3ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Recurso não provido, com observação. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 10834)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores BERETTA DA SILVEIRA (Presidente) e DONEGÁ MORANDINI.

São Paulo, 13 de junho de 2016.

Acesso ao Sumário

CARLOS ALBERTO DE SALLES, Relator

Ementa: PLANO DE SAÚDE. Ação de obrigação de fazer consistente na manutenção de funcionária aposentada no plano de saúde administrado pela Seguradora ré. Insurgência contra sentença de procedência. Manutenção, com observação no que tange à mensalidade.

1. Ilegitimidade passiva. Inocorrência. Relação de plano de saúde que subsiste entre o beneficiário (autor) e a ré, administradora do plano de saúde, sem intermediação da ex-empregadora. Enunciado 32 da 3ª Câmara de Direito Privado. Preliminar não acolhida.

2. Manutenção do plano de saúde. Autor aposentado, após mais de dez anos de vigência de contrato de trabalho e mais de dez anos de vigência do plano de saúde. Custeio integral do plano de saúde pela empregadora que, ademais, caracterizaria salário indireto. Precedentes. Inaplicabilidade, no caso, do §6º do art. 30 da Lei 9.656/98. Aposentado que faz jus à manutenção do plano de saúde mediante pagamento do valor total real de utilização do plano. Inteligência do artigo 31 da Lei 9.656/1998. Sentença mantida.

Recurso não provido, com observação.

VOTO

Trata-se de recurso de apelação tirado contra a r. sentença de ps. 82/85, proferida pelo MM. Juiz de Direito da 1ª Vara Cível da Comarca de Osasco, que julgou procedente o pedido, para determinar que a requerida mantenha o autor e seus dependentes como beneficiários de plano de saúde, nos termos do art. 31 da Lei 9.656/98, desde que suportem o valor que vinham pagando enquanto ainda na ativa somado do montante subsidiado pela empresa quando da data de sua demissão.

Diante da sucumbência, arcará a ré com as custas processuais e com os honorários advocatícios fixados em 10% sobre o valor da causa.

Pleiteia a seguradora apelante, preliminarmente, a extinção do feito, por ilegitimidade passiva porquanto é mera receptadora das solicitações da estipulante da apólice (Banco Bradesco S/A), a quem cabe incluir ou excluir beneficiários. Ainda preliminarmente, pretende o reconhecimento da prescrição,

Acesso ao Sumário

nos termos do art. 206, §1º, II, Código Civil.

Alega, em síntese, que o ex-empregado não faz jus à manutenção nos termos do art. 31 da Lei 9.656/98 porque não contribuía com o pagamento dos prêmios da apólice coletiva do banco Bradesco, mas apenas arcava com os custos da coparticipação que não pode ser considerado como pagamento do prêmio (art. 30, §6º, da lei acima mencionada).

Decorrido *in albis* o prazo para a apresentação das contrarrazões (p. 126), encontram-se os autos em termos de julgamento.

É o relatório.

Cuida-se de ação de obrigação de fazer ajuizada por funcionário aposentado do Banco Bradesco em que pretende a manutenção de contrato de plano de saúde coletivo disponibilizado pela Seguradora ré, inclusive em benefício da sua esposa (dependente), sob o fundamento de que ter sido empregado por 26 anos (fevereiro de 1979 a março de 20015) e contribuído para o plano por mais de dez anos (ps. 14/16 e 21/23), nos termos do artigo 31 da Lei 9.656/98.

Contra a sentença de procedência, insurge-se a seguradora ré.

De início, afasta-se a preliminar de ilegitimidade passiva.

Além de administrar o plano de saúde em questão e receber diretamente o valor do prêmio, a seguradora ré é fornecedora de serviços, nos termos do art. 3º do CDC, o que lhe atribui responsabilidade solidária para figurar no polo passivo das demandas de natureza consumerista.

A legitimidade passiva da apelante é reforçada em razão de o contrato de trabalho do apelado já ter sido rescindido, não mais existindo qualquer relação jurídica entre ele e a ex-empregadora. Resta, portanto, a responsabilidade da apelante em mantê-lo no plano de saúde.

Nesse sentido, o Enunciado 32 desta Câmara:

"Extinto o contrato de trabalho com a demissão ou a aposentadoria do beneficiário do seguro saúde coletivo, a ação para a manutenção do plano deve ser proposta ***exclusivamente contra a seguradora****, preservada a competência da Justiça Estadual para tanto"*

Superada a preliminar, no mérito, melhor sorte não assiste à Seguradora apelante.

Insiste no argumento de que o autor não faz jus à manutenção da prestação dos serviços de assistência à saúde porque nunca **contribuiu** com o pagamento do prêmio.

Aduz, em síntese, que o pagamento de coparticipação para consultas e exames não significa contribuição.

Esse, todavia, não é o entendimento desse relator.

Mesmo se os descontos fossem considerados como coparticipação do

Acesso ao Sumário

seguro, e não como contribuição, a autora também deveria ser mantida no plano de saúde, pois tal circunstância configuraria **salário indireto**, ao contrário do que afirma a apelante com referência ao artigo 458, §2º, inciso IV, da Consolidação das Leis do Trabalho.

O pagamento do prêmio feito de forma integral pelo empregador tem essa natureza e equivoca-se a apelante ao pretender a exclusão dos benefícios, por força da aplicação do §6º do artigo 30 da Lei 9.656/98.

Isso porque "***se a empresa resolveu assumir integralmente o encargo, na realidade optou por mais uma forma de salário indireto a remunerá-lo***. *Isto é, abriu mão da co-participação, entendeu de premiar os trabalhadores com parte do custo que a eles poderia repassar.* ***A operadora do plano não tendo sequer legitimidade para formular alegação dessa ordem, passível de se abeirar da mesquinharia. Recebeu sua paga, para ela a questão findou aí. Ocupa- se de questões que não lhe dizem respeito, chega a tentar distorcer o significado de outro dispositivo da lei 9656 (artigo 30, § 6º), alusivo a 'fator de moderação' (...).Tal regra não tem o significado que se lhe pretende atribuir (objetiva beneficiar ao invés de prejudicar), mercê da ilógica interpretação que se lhe busca conferir.*** *Vem prevista em artigo (art. 30) que assegurava benefício análogo, o direito do empregado manter o plano após sua demissão (entre o mínimo de 6 meses e o máximo de 24), (...). Para beneficiar, dispôs o § 6º o tal fator de moderação não representar contribuição. Do contrário, teria que ser incluído na quantia a pagar pelo empregado, além da parte com a qual a empresa já arcava. Isso e tão-só isso, o mais não passando de raciocínio aberrante do bom direito e inteiramente despropositado, data vênia*" (TJSP, 8ª Câmara de Direito Privado - Apelação nº 9144501-50.2007.8.26.0000 - j. 13/07/2011).

Desse modo, a ausência de contribuição direta do empregado não é suficiente para afastar a aplicação do artigo 31 da referida lei.

Nesse sentido, são os seguintes julgados:

"*De nenhuma importância que o plano coletivo tenha sido custeado integralmente pela ex-empregadora do autor. Certo que o custeio integral pela empregadora constitui prestação 'in natura' que, para fins legais, integra, tanto quanto o salário, a remuneração do empregado.*" (Apelação nº 0012446-53.2012.8.26.0248. 3ª Câmara de Direito Privado. Relator Des. Viviani Nicolau, j. em 28/01/2014).

"*SEGURO SAÚDE - Contrato coletivo - Obrigação de fazer - manutenção do beneficiário e seus dependentes no plano, mesmo após sua demissão, nas mesmas condições de cobertura que gozava durante a vigência do contrato de trabalho, inclusive de valores.* ***A contribuição pode ser feita direta, ou indiretamente, porque o custeio pela empregadora significa***

Acesso ao Sumário

***salário indireto**. Aplicabilidade do artigo 31 da Lei nº 9656/98 e art. 2º, Res. 21 CONSU. Sentença de improcedência - Recurso provido.*" (TJSP - Apelação nº 990.10.028117-8, 5ª Câmara de Direito Privado, Relator Desembargador James Siano, 28/01/2011, sem destaque no original).

"*PLANO DE SAÚDE - Direito do aposentado, que na ativa participava de plano coletivo, sendo estipulante a empregadora, em favor de seus funcionários, de continuar assistido, nas mesmas condições, desde que assuma o pagamento integral - **Irrelevância de a empregadora ter arcado com a integralidade do custeio de plano básico, com o então empregado pagando diferença para plano mais elevado, essa prática não retirando do trabalhador a condição de contribuinte, mesmo no que se refere à prestação básica, configurada parcela de salário indireto** - Artigo 31, caput, da Lei n 9656/98 - Tutela provisória bem deferida, na forma do artigo 273, do Código de Processo Civil - Recurso não provido.*" (TJSP - Agravo de Instrumento n 300.454-4/3-00 - São Paulo -10ª Câmara de Direito Privado Relator Quaglia Barbosa - 23 09 03 - V.U., sem destaque no original).

"*PLANO DE SAÚDE COLETIVO - Ação de obrigação de fazer - Ex-empregado aposentado - Pretensão de manter-se no plano de saúde oferecido pela ex-empregadora, consoante previsto no art. 31 da Lei nº 9.656/98 - Sentença de procedência - Inconformismo da ré - Não acolhimento - [...] - **Irrelevância de que tenha a empregadora arcado com o custo integral do benefício, cobrando do empregado apenas verbas a título de co-participação, ou seja, de acordo com os procedimentos efetivamente utilizados** - Reconhecimento do direito de ser mantido como beneficiário nas mesmas condições do contrato anterior, desde que assuma o interessado o pagamento integral das prestações - Possibilidade - Ausência de previsão legal no sentido de impor limite de 30 dias para empregado demissionário optar por permanecer no plano, a qual não pode ser suprida por Resolução Normativa do CONSU - Sentença mantida - Negado provimento ao recurso.'(v. 13501)*" (Apelação nº 0043144-23.2011.8.26.0007. 3ª Câmara de Direito privado. Relator Des. Viviani Nicolau, j. em 13/08/2013, sem destaque no original).

Assim, de qualquer maneira, desde que assuma a integralidade da contribuição mensal, o autor e sua dependente fazem jus à manutenção do plano, pois preenchem todos os requisitos do art. 31 da Lei 9.656/98.

Cabe observar, por fim, que "integralidade" significa o pagamento do "**valor total real**" **discriminado da terceira coluna** nas faturas mensais de utilização endereçadas ao usuário.

Isso porque, segundo se depreende da leitura de p. 19, trata-se do

Acesso ao Sumário

valor efetivamente cobrado pelo "executor do serviço médico-hospitalar ou odontológico", conforme contrato coletivo firmado pelo Banco Bradesco com sua rede credenciada. Observe-se que não é o valor do serviço contratado de forma particular, mas sim aquele que restou pactuado entre a empregadora e a Bradesco Saúde.

Ou seja, o autor e sua dependente passarão a arcar com o valor que antes lhe competiam, discriminado na segunda coluna, como "responsabilidade do cliente" somado ao montante que cabe à empregadora (primeira coluna denominada "total reembolsado padrão saúde").

A título de exemplo, para o ano de 2004 (segundo extrato de p. 19), o autor teria pago R$1.722,65 e não apenas R$ 386,54 nos moldes desse novo cálculo.

Nesses termos, a cobrança permanecerá a levar em conta a efetiva utilização dos serviços (consultas, exames etc.) do período antecedente e, portanto, permanecerá variável mês a mês, como sempre foi: quanto maior a utilização dos serviços, maior o valor da mensalidade.

Diante do exposto, **nega-se provimento** ao recurso de apelação, com a observação acima formulada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0003279-74.2011.8.26.0659, da Comarca de Vinhedo, em que é apelante ASSOCIAÇÃO DOS MORADORES DO LOTEAMENTO RECANTO DOS PATURIS, é apelado JUNCO EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS LTDA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 5ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento em parte ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 19037)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores MOREIRA VIEGAS (Presidente) e JAMES SIANO.

São Paulo, 16 de junho de 2016.

J.L. MÔNACO DA SILVA, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: AÇÃO DE COBRANÇA - Taxa de manutenção cobrada por associação de moradores - Extinção processo sem resolução do mérito em relação a um réu - Inconformismo - Acolhimento

parcial - Ação ajuizada em face da empreendedora do loteamento e dos adquirentes de dois lotes - Ilegitimidade passiva da empreendedora afastada - Taxas de associação que não têm natureza *propter rem* - Obrigação pessoal - Cobrança - Incidência do art. 515, § 3º, do Código de Processo Civil - Improcedência do pedido - Entendimento firmado pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça segundo qual "*As taxas de manutenção criadas por associações de moradores não obrigam os não associados ou que a elas não anuíram*" (Recurso Especial Repetitivo n. 1.439.163/SP, julgado nos moldes do art. 543-C do Código de Processo Civil) - Ré que nunca foi associada da autora - Sentença parcialmente reformada - Recurso provido em parte.

VOTO

Trata-se de ação de cobrança ajuizada por Associação dos Moradores do Loteamento Recanto dos Paturis em face de Josué Tartari, Cícera Valéria Nunes Machado Tartari e Junco Empreendimentos Imobiliários Ltda., tendo a r. sentença de fls. 94 e verso, de relatório adotado, julgado extinto o processo, sem resolução do mérito, com relação à corré Junco.

Inconformada, apela a autora sustentando, em síntese, que possui natureza jurídica de "condomínio especial" e nessa condição tem legitimidade para impor aos proprietários de imóveis o pagamento da discutida taxa de manutenção. Diz que não obstante a posse dos lotes nºs 7 e 8 terem sido transmitidas aos corréus, a apelada ainda figura como proprietária do imóvel, sendo, pois, corresponsável pelo pagamento do débito em decorrência de se tratar de obrigação de natureza *propter rem* (v. fls. 98/115).

Recurso recebido, processado e não respondido.

É o relatório.

O recurso merece parcial provimento.

De início, respeitado o posicionamento do MM. Juízo *a quo*, a preliminar de ilegitimidade passiva levantada na contestação não merece acolhimento.

Isso porque as taxas de associação não se confundem com despesas condominiais e não têm natureza *propter rem*, mas sim de obrigação pessoal.

Aliás, esse é o entendimento emanado do Colendo Superior Tribunal de Justiça. Confira-se:

DIREITO CIVIL. ASSOCIAÇÃO DE MORADORES. CONTRIBUIÇÃO DE MANUTENÇÃO. INADIMPLÊNCIA. CONDENAÇÃO A

Acesso ao Sumário

> PAGAMENTO. EXECUÇÃO. PENHORA DO IMÓVEL. ALEGAÇÃO DE IMPENHORABILIDADE COM FUNDAMENTO DA CONDIÇÃO DE BEM DE FAMÍLIA. RECONHECIMENTO. 1. Na esteira da jurisprudência desta Corte, as contribuições criadas por Associações de Moradores não podem ser equiparadas, para fins e efeitos de direito, a despesas condominiais, não sendo devido, portanto, por morador que não participa da Associação, o recolhimento dessa verba. Contudo, se tal obrigação foi reconhecida por sentença transitada em julgado, a modificação do comando sentencial não pode ser promovida em sede de execução. 2. O fato do trânsito em julgado da sentença não modifica a natureza da obrigação de recolher a contribuição. Trata-se de dívida fundada em direito pessoal, derivada da vedação ao enriquecimento ilícito. Sendo pessoal o direito, e não tendo a dívida natureza 'propter rem', é irregular a sua equiparação a despesas condominiais, mesmo para os fins da Lei 8.009/90. 3. É possível, portanto, ao devedor alegar a impenhorabilidade de seu imóvel na cobrança dessas dívidas. 4. Recurso especial não provido. (REsp 1324107/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 13/11/2012, DJe 21/11/2012).

Logo, considerando que à época da propositura da ação a apelada figurava como proprietária do bem (v. fls. 37/48), é passível de sofrer a ação de cobrança, devendo ser afastada a extinção do processo.

Passa-se ao julgamento da lide, com base no art. 515, § 3º, do Código de Processo Civil.

Com efeito, a ação versa sobre cobrança de serviços de manutenção da área supostamente devidos pelos proprietários do loteamento fechado que nunca aderiram à associação-autora. Pois bem, revendo posicionamento anterior, passo a acompanhar o entendimento do Colendo Superior Tribunal de Justiça, firmado no julgamento de Recurso Especial repetitivo n. 1.439.163/SP, segundo o qual "*As taxas de manutenção criadas por associações de moradores não obrigam os não associados ou que a elas não anuíram*" (Rel. Min. Marco Buzzi - 2ª Seção, j. em 11/3/2015, DJE 22/5/2015). O julgamento ocorreu nos moldes do art. 543-C do Código de Processo Civil.

Acesso ao Sumário

O Ministro Marco Buzzi destacou em seu respeitável voto: "*A associação de moradores é mera associação civil e, consequentemente, deve respeitar os direitos e garantias individuais, aplicando-se, na espécie, a teoria da eficácia horizontal dos direitos fundamentais. Assim, cumprindo a função uniformizadora desta Corte Superior, ambas as Turmas julgadoras integrantes da Eg. Segunda Seção têm sido uníssonas ao reiterar o posicionamento firmado a partir do julgamento do EREsp n.º 444.931/SP no sentido de que as taxas de manutenção criadas por associação de moradores não podem ser impostas a*

proprietário de imóvel que não é associado, nem aderiu ao ato que instituiu o encargo, em observância ao princípio da liberdade de associação (art. 5.º, inc. XX, da CF/88).”

E concluiu o Ministro Relator: “*a aquisição de imóvel situado em loteamento fechado em* ***data anterior*** *à constituição da associação não pode, nos termos da jurisprudência sufragada por este Superior Tribunal de Justiça, impor ao adquirente que não se associou, nem a ela aderiu, a cobrança de encargos. Se a compra se opera em* ***data posterior*** *à constituição da associação, na ausência de fonte criadora da obrigação (lei ou contrato), é defeso ao poder jurisdicional, apenas calcado no princípio enriquecimento sem causa, em detrimento aos princípios constitucionais da* ***legalidade*** *e da* ***liberdade associativa****, instituir um* ***dever tácito*** *a terceiros, pois, ainda que se admita a colisão de princípios norteadores, prevalece, dentre eles,* ***dada a verticalidade de preponderância****, os preceitos constitucionais, cabendo tão-somente ao Supremo Tribunal Federal, no âmbito da repercussão geral, afastá-los se assim o desejar ou entender*”.

É dizer, qualquer que tenha sido a época de alienação do imóvel pela recorrida aos corréus, é vedada a cobrança de taxa de manutenção sem a prévia adesão do proprietário ou possuidor à associação.

No caso, é incontroverso que a empreendedora não é associada à requerente, motivo pelo qual a improcedência da ação é medida de rigor.

Em suma, impõe-se a reforma da r. sentença apelada para o fim de afastar a extinção e julgar improcedente o pedido com relação a Junco Empreendimentos Imobiliários Ltda., mantida a sucumbência fixada na sentença.

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

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0205159-48.2011.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante PDG REALTY S/A EMPREENDIMENTOS E PARTICIPAÇÕES, é apelado MARIA MADALENA CALLEGARO.

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 27.206)**

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

Acesso ao Sumário

JOSÉ ROBERTO FURQUIM CABELLA.

São Paulo, 16 de junho de 2016.

PERCIVAL NOGUEIRA, Relator

Ementa: INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS, MATERIAIS E LUCROS CESSANTES - Ação julgada parcialmente procedente - Aplicação das normas insertas no Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90) - Admissibilidade - Partes que se enquadram nas definições dos artigos 2º e 3º da referida lei - Alegação da ré de que a demora na entrega da obra se deu por motivo de caso fortuito externo, a afastar a responsabilidade pelo atraso - Inadmissibilidade - Excludente da culpa não comprovada - Descumprimento contratual por parte da ré devidamente caracterizado, a partir de março de 2010 - Data da expedição do "Habite-se" que não pode ser considerada como de entrega do bem, por se tratar de procedimento administrativo - Entrega das chaves em novembro de 2011 - INDENIZAÇÃO - Admissibilidade, a ser interpretadas como perdas e danos - Correto o percentual fixado de 0,5% (meio por cento) sobre o valor do contrato, incidente sobre os vinte meses de atraso - Sentença mantida - Recurso desprovido.

VOTO

Trata-se de recurso de apelação (fls. 278/302) interposto por PDG Realty S. A. Empreendimentos e Participações contra a r. sentença de fls. 267/274, cujo relatório se adota, que julgou parcialmente procedente a ação de indenização por danos morais, materiais e lucros cessantes que lhe foi ajuizada por Maria Madalena Callegaro, condenando a ré no pagamento: a) do valor equivalente a 0,5% (meio por cento) do valor do contrato, atualizado pela Tabela Prática do Tribunal de Justiça de São Paulo, pelo período compreendido entre a assinatura do contrato e a data em que o imóvel deveria ter sido entregue; b) das despesas condominiais comprovadamente pagas pela autora, relativas ao período anterior ao da transmissão da posse, corrigidas monetariamente pela Tabela Prática do Tribunal de Justiça de São Paulo desde os desembolsos e acrescidas de juros de mora de 1% (um por cento) ao mês a partir da citação. Sucumbência recíproca, fixando a verba honorária em 10% (dez por cento) do valor da causa, a ser

Acesso ao Sumário

partilhada entre os patronos na proporção de 70% (setenta por cento) para os representantes do autor e 30% (trinta por cento) do réu, nos termos do art. 21, do Código de Processo Civil.

Preliminarmente, pretende a apelante o reconhecimento de sua ilegitimidade passiva e a extinção da ação, com fundamento no inciso VI, do art. 267, do Código de Processo Civil, alegando de ser proprietária de cota parte das ações da empresa Klabin Segall Santana, atual Arboris Empreendimentos Imobiliários SPE Ltda., não a faz responsável pelos contratos anteriormente firmados. Ressalta que em momento algum houve a assunção das obrigações de uma empresa para outra, mas tão somente a alteração do controle acionário, fato que não altera a relação formada no contrato objeto da lide.

No mérito, busca a reforma da *r.* sentença, com a improcedência da ação, aduzindo, em suma, que inexiste o apontado atraso, sendo plenamente válida a cláusula contratual de tolerância de cento e oitenta dias, não havendo qualquer abusividade em sua estipulação ou afronta ao Código de Defesa do Consumidor, ressaltando que o imóvel foi entregue na data aprazada, pois o "Habite-se" foi expedido em 17.04.2010, dentro do limite ampliado por tal cláusula. Neste ponto, também destaca ser a compradora responsável pelo pagamento das taxas condominiais a partir de abril de 2010, inclusive estando devidamente expressa tal responsabilidade no item 4.4.6 do contrato.

No que tange à demora na entrega do empreendimento, baseia sua justificativa na ocorrência de fato novo e inesperado, a autorizar a prorrogação do prazo previsto. Nesse ponto assinala que o mercado imobiliário passou por momento de aquecimento que não foi acompanhado por aumento compatível de oferta de mão-de-obra e disponibilidade de materiais de construção, sem esquecer o prolongado período de chuvas, tudo a caracterizar caso fortuito externo a afastar a responsabilidade por qualquer atraso.

Portanto, inexistente qualquer dever de indenizar, ressaltando, quanto ao dano moral, que tal hipótese não se caracteriza pelo simples descumprimento contratual, não havendo a comprovação de qualquer ofensa à honra, moral ou outro direito de personalidade da compradora.

Com relação à fixação dos lucros cessantes, aduz que o dano passível de ressarcimento é aquele provado, devendo ser afastadas meras suscetibilidades ou dano hipotéticos, de nenhuma forma comprovados. Também aponta dispositivos legais, para fins de prequestionamento.

Quanto à multa fixada, aduz que não há previsão contratual para a sua aplicação, já que é devida somente pelos compradores, com o intuito de coibir atrasos no pagamento das prestações, ressaltando que o contrato de compromisso de venda e compra foi constituído por cláusulas válidas e que devem prevalecer por força do princípio do *pacta sunt servanda*, não havendo

Acesso ao Sumário

qualquer ilegalidade, abusividade ou onerosidade em seu conteúdo, inclusive com relação à referida cláusula, com a qual a contratante aceitou e concordou plenamente, sem imposição de qualquer ressalva.

Se outro o entendimento, requer seja fixada a indenização no período compreendido entre o primeiro dia seguinte ao término do prazo de tolerância de cento e oitenta dias e a data da expedição do "Habite-se".

Recebido o apelo em ambos os efeitos (fls. 312), foram apresentadas contrarrazões, pelo desprovimento (fls. 315/325). Oportunizada a manifestação acerca do julgamento virtual, não houve oposição.

É o relatório.

Inicialmente, cumpre anotar que com a entrada em vigor do Código de Defesa do Consumidor, a estrita aplicação do princípio da *pacta sunt servanda* foi mitigado. A autora e a ré se enquadram nas definições dos artigos 2º e 3º da referida lei e a aplicação de tal legislação possui cunho protetivo. Assim, caracterizada a relação de consumo, é de se avaliar as cláusulas estatutárias sob a ótica de eventual abusividade, nos termos da Lei nº 8.078/90.

Feitas tais considerações, passo à análise da preliminar apontada.

Sem razão a apelante com relação à alegada ilegitimidade passiva.

Isto porque em sua peça defensória (fls. 110/125), admitiu ser proprietária de cota parte das ações da empresa Klabin Segall Santana.

Porém, apenas alegou, mas não comprovou, que não houve a assunção das obrigações anteriormente firmadas pela adquirida.

Nenhum documento nesse sentido foi trazido aos autos, nem mesmo aqueles referentes à apontada transação. Além disso, em análise dos documentos trazidos às fls. 227/261, verifica-se que a empresa Arboris Empreendimentos Imobiliários SPE Ltda. (atual denominação de Kalbin Segall Santana) está associada à Agra Empreendimentos Imobiliários S. A., sendo certo que a sociedade denominada Agre Empreendimentos S.A., incorporou as ações daquela. Posteriormente, a PDG Realty, incorporou as ações da Agre Empreendimentos S. A. Assim, não se há falar em ilegitimidade passiva da corré PDG Realty S. A. Empreendimentos Imobiliários SPE Ltda. para responder aos termos da presente ação. Apenas a título de observação, anoto que os próprios patronos da apelante ré se confundem com relação a qual empresa representam, conforme se verifica na petição de fls. 211.

Afastada a defesa processual, passo a análise do mérito.

Em 10.08.2007, as partes outorgaram a "Escritura de Promessa de Venda e Compra" de fls. 27/34º, tendo por objeto uma unidade habitacional pertencente ao empreendimento denominado "Condomínio Arboris Naturis", localizado no bairro de Santana, em São Paulo/SP, de acordo com as condições discriminadas

Acesso ao Sumário

em suas cláusulas.

Conforme se verifica no item 4.4 (fls. 31vº), o prazo para a entrega da obra foi estipulado para o mês de setembro de 2009, ficando avençada a concordância quanto à tolerância de cento e oitenta dias, prevista no item 4.4.2 (fls. 31vº).

Assim, o prazo limite para a entrega da obra foi estendido para o mês de março de 2010.

Neste ponto, ressalto que a cláusula de tolerância para a entrega do imóvel não é abusiva. Isto porque está redigida de forma clara, permitindo aos contratantes o conhecimento prévio sobre sua incidência, além de usual no segmento imobiliário, não padecendo de qualquer vício. O que não se permite, porém, é o extravasamento do prazo por ela estendido.

Confira-se:

COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA. Imóvel. Pretendida indenização por danos materiais. Atraso na entrega das obras por culpa da demandada bem caracterizado. Necessidade de indenização do dano material correspondente ao valor locatício mensal pelo período de atraso, ***a considerar a cláusula de tolerância de 180 dias, válida e que não traduz abusividade.*** *Valor mensal de referência que deve ser ajustado para o parâmetro usual de 0,5% sobre o valor de mercado do imóvel. Quantia que deve incidir desde a data em que findo o prazo de tolerância estipulado no contrato até a concessão do habite-se. Dano moral bem afastado. Inaplicabilidade, todavia, da multa. Ação julgada parcialmente procedente. Sentença reformada. Sucumbência repartida. Recurso da ré parcialmente provido, improvido o apelo do autor.* (ApCív nº 0140595-26.2012.8.26.0100 - Comarca: São Paulo - Rel. Des. Vito Guglielmi - j. 11.10.2013 - v.u. - destaquei).

COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA. ***Cláusula de tolerância. Validade****. Atraso injustificado na entrega das chaves. Inadimplemento da ré. Demora na regularização da documentação. Danos materiais. Despesas condominiais, IPTU, "Kit implantação". Alugueres. Termo inicial. Danos morais não configurados. Apelações parcialmente providas.* (ApCív nº 0061569-51.2013.8.26.0000 - Comarca: Sumaré - Rel. Des. Alexandre Lazzarini - j. 03.10.13 - v.u. - destaquei).

COMPRA E VENDA DE IMÓVEIS. Autores que, na condição de promitentes compradores, obtiveram indenização pelo atraso na entrega das chaves. ***Período de carência, de 180 dias, que não pode ser computado como prejuízo, até porque usual no segmento da incorporação imobiliária.*** *(...). Sentença parcialmente reformada. Recurso parcialmente provido.* (ApCív nº 0049401-37.2001.8.26.0000 (994.01.049401-0) - Comarca: Ribeirão Preto - Rel. Des. José Joaquim dos Santos - j. 10.06.2010 - v.u. - destaquei).

O bem somente foi entregue em 23.11.2011, conforme se verifica no documento acostado às fls. 164, denominado "Recibo de Entrega de Chaves

e Imissão na Posse". Portanto, entre o vencimento da derradeira data aprazada para a entrega do imóvel (março de 2010) e aquela da efetiva atribuição do bem aos adquirentes (novembro de 2011), transcorreu o lapso temporal de vinte meses, não podendo ser considerada a data de expedição do "Habite-se" (17.04.2010 - fls. 162/163) como cumprimento do quanto avençado, por se tratar de procedimento administrativo, não havendo liberação do imóvel em favor dos adquirentes naquela data, o que somente se efetivou, *repita-se*, com a entrega das chaves.

Também não encontra qualquer respaldo a alegação da apelante de que a demora na entrega da obra ocorreu por motivo de força maior, nada nesse sentido sendo efetivamente comprovado.

Neste particular de se anotar que, sendo a apelante empresa renomada no âmbito da construção civil e assumindo a responsabilidade na realização de tão vultoso empreendimento, deveria se precaver quanto aos riscos inerentes à própria execução do quanto acordado, aí se incluindo a disponibilização de mão-de-obra e materiais de construção que seriam utilizados até a conclusão do empreendimento, assinalando que o prazo de tolerância de cento e oitenta dias é suficiente para resolução de qualquer imprevisto. Assim, correta a indenização fixada, porém a ser interpretada como perdas e danos (inclusive materiais), posto que o resultado fático do descumprimento contratual representa perda financeira suportada indevidamente pelos consumidores, cabendo lembrar que o contrato entabulado entre as partes não previu qualquer sanção para a hipótese de inadimplemento da ré, a indicar a ocorrência de desequilíbrio contratual, o que restou sanado com o arbitramento.

Igualmente sem razão a recorrente com relação à responsabilidade da recorrida pelo adimplemento das despesas condominiais anteriores a novembro de 2011, posto que somente após a entrega das chaves são devidos tais pagamentos. Confira-se jurisprudência nesse sentido:

> *COMPROMISSO DE VENDA E COMPRA - Imóvel - Despesas de condomínio vencidas após o "habite-se", mas antes da entrega do imóvel à compradora - Pagamento efetuado pela adquirente - Ação de cobrança voltada a obter o ressarcimento - Sentença de procedência - Apelação da ré, vendedora do imóvel - Cláusula contratual prevendo o pagamento de despesas condominiais pela compradora a partir da data do "habite-se", independentemente da entrega das chaves da unidade imobiliária - Adquirente que não deu causa ao atraso do recebimento do bem - Abusividade verificada - Prevalência, ademais, de cláusula contratual por meio da qual a vendedora assume a responsabilidade por eventuais débitos pendentes até a data da celebração do contrato de venda e compra - Sentença mantida - Apelação desprovida.* (ApCív nº 0007266-98.2011.8.26.0019 - Comarca: Americana - 4ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo - Rel. Des. Carlos Henrique Miguel

Acesso ao Sumário

Trevisan - j. 4 de abril de 2013 - v.u.);

COMPROMISSO DE VENDA E COMPRA - Obrigação de fazer, cumulada com indenização por danos morais e materiais - Atraso na entrega das chaves - Acolhimento em parte em primeiro grau - Preliminar de nulidade por julgamento extra petita afastada - Nulidade da cláusula contratual que condicionou o pagamento das despesas de condomínio pelo comprador à mera concessão do "habite-se" - Indenização por dano moral indevida - Ausência de comprovação de abalos psíquicos extraordinários - Multa moratória de 1% mantida - Encargos da sucumbência repartidos - Recurso parcialmente provido. (ApCív nº 0014917-62.2010.8.26.0361 - Comarca de Mogi das Cruzes - 9ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo - Rel. Des. Galdino Toledo Júnior - j. 05.02.2013 - v.u.).

Portanto, pelo exposto, rejeitada a defesa processual, meu voto é pelo **desprovimento do recurso de apelação.**

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1011821-23.2013.8.26.0068, da Comarca de Barueri, em que é apelante GAFISA S/A, é apelada MARINALVA ASSUNÇÃO SANTOS SOUZA.

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 nº 14.149)**

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

São Paulo, 17 de junho de 2016.

CLAUDIO GODOY, Relator

Ementa: Compromisso de compra e venda. Atraso na entrega das obras. Inexistência de causa eximente da responsabilidade da alienante. Mora configurada, não disponibilizado o imóvel à promissária após o prazo estendido. Lucros cessantes consistentes na impossibilidade de fruição do bem. Indenização cabível. Fixação de aluguel mensal, devido durante o período do atraso da obra, contado do término do prazo de carência até a data da realização da

Acesso ao Sumário

vistoria. Taxa a tanto estabelecida, porém, que deve ser reduzida. Sentença parcialmente revista. Recurso provido em parte.

VOTO

Cuida-se de recurso interposto contra sentença (fls. 281/284) que julgou parcialmente procedente a ação para condenar a ré ao pagamento de indenização por lucros cessantes, em favor da autora, de 1% do valor do contrato, desde o vencimento do prazo de tolerância até a data em que realizada a vistoria pela autora, corrigidos monetariamente desde cada vencimento e acrescidos de juros moratórios de 1% ao mês, contados da citação, negado o pedido de indenização por danos morais. Os encargos sucumbenciais foram igualmente repartidos.

Sustenta a ré, em sua irresignação, que não houve atraso na entrega da obra, pois o *habite-se* parcial se deu em razão da construção de outros edifícios, ou seja, o empreendimento foi construído em várias fases, ademais de haver cláusula expressa no sentido de que se consideraria concluída a obra pela expedição do *habite-se* (cláusula 7.1.4). Assevera que o *habite-se* parcial foi expedido em 08 de dezembro de 2011, portanto, apenas oito dias após o final do prazo de tolerância. Aduz que a instalação do condomínio ocorreu meses depois, por razões alheias à sua vontade. Alega que a autora não faz jus aos lucros cessantes, porque não comprovado que a unidade se destinasse à locação, ausente previsão contratual ou demonstração do prejuízo sofrido, não se indenizando dano hipotético. Pugna, subsidiariamente, por que o termo final para o pagamento da indenização seja o da expedição do habite-se parcial (08/12/2011), considerado, ainda, o percentual de 0,5% do valor do contrato, e não 1%, como fixado na sentença.

Recurso regularmente processado, sem resposta da apelada.

É o relatório.

Em primeiro lugar, não mais se discute o pedido de indenização por danos morais, ausente recurso da autora.

No mais, incontroverso que a data aprazada para a conclusão da construção da obra não tenha sido respeitada. O prazo era maio de 2011 (fls.84), mas com cláusula de tolerância de até 180 dias (cláusula 7.1 fls. 66), nada de irregular havendo na sua estipulação, como se vem decidindo neste Tribunal (*v.g.*: **TJSP, Ap. civ. 0075353-73.2011.8.26.0224, rel. Des. Alexandre Lazzarini, j. 06.06.2013; Ap. civ. n. 0158864-162012.8.26.0100, rel. Des. Luís Antonio Costa, j. 08.05.2013; Ap. civ. n. 0193649-38.2011.8.26.0100, rel. Des. Maia da Cunha, j. 16.08.2012**) e nesta Câmara (**TJSP, Ap. civ. n. 0166558-36.2012.8.26.0100, rel. Des. Paulo Eduardo Razuk; Ap. civ. n. 0158360-44.2011.8.26.0100, rel. Des. Alcides Leopoldo e Silva Júnior, j.**

Acesso ao Sumário

25.09.2012), encerrado em novembro de 2011, o que não foi observado, pois o *habite-se parcial* foi expedido em 08/12/2011, tendo o imóvel sido entregue em 25/06/2012 (fls. 242/243). E sem que o fato se pudesse atribuir a qualquer fortuito que não fosse, por isso interno, inerente ao risco próprio da atividade da ré.

E, em virtude do indevido retardo na entrega da unidade, os lucros cessantes eram e são devidos. A propósito, tem-se decidido que a existência de prejuízo da compromissária compradora, privada da fruição do imóvel não entregue no prazo, prescinde de efetiva demonstração, sendo, a rigor, presumida (*v.g.* **AgRg no REsp 1202506/RJ, Rel. Ministro Sidnei Beneti, Terceira Turma, julgado em 07/02/2012, DJe 24/02/2012; AgRg no Ag 1036023/RJ, Rel. Ministro Aldir Passarinho Junior, Quarta Turma, julgado em 23/11/2010, DJe 03/12/2010; AgRg no Ag 692.543/RJ, Rel. Ministro Humberto Gomes de Barros, Terceira Turma, julgado em 09/08/2007, DJ 27/08/2007, p. 223; REsp 808.446/RJ, Rel. Ministro Castro Filho, Terceira Turma, julgado em 24/08/2006, DJ 23/10/2006, p. 312; REsp 644984/RJ, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 16/08/2005, DJ 05/09/2005, p. 402**).

Ou, se se preferir, indeniza-se a privação da coisa por meio do recurso ao valor locativo. Este, com efeito, apenas representa critério para quantificação do valor da ocupação, portanto mesmo que a unidade não se destine à locação. Entretanto, reduz-se o percentual arbitrado na origem para 0,5% sobre o valor do contrato atualizado, dadas as condições atuais das locações, e o que se amolda à orientação da Câmara.

Quanto ao termo final para o pagamento da indenização por lucros cessantes, é verdade que se previu que se consideraria concluída a obra pela concessão do "*habite-se*" (cláusula 7.1.4 - fls. 67). Mas o que, segundo se entende, não tem o condão de afastar a mora da ré, pois a interpretação somente pode ser a de que, de um modo, ou de outro, facultado o uso do bem pela construtora, então cumprida a obrigação de entrega, inclusive sem se discutir, propriamente, a data da instalação do condomínio. Ou seja, não basta apenas a emissão do *habite-se* se não se comprovar que concretamente disponibilizado o imóvel à utilização da adquirente. Dito de outro modo, apenas quando disponibilizada a unidade autônoma para vistoria final, entregue o bem, ou passível de ser entregue, nas condições em que pactuado, é que se terá por cumprida a obrigação da ré. Assim, o termo final para pagamento da indenização por lucros cessantes será a data da realização da vistoria (fls. 236/241), como fixado na sentença.

Ante o exposto, **DÁ-SE PARCIAL PROVIMENTO** ao recurso, mantida a distribuição sucumbencial.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0000545-74.2012.8.26.0576, da Comarca de São José do Rio Preto, em que é apelante ARTHUR LUNDGREN TECIDOS S/A - CASAS PERNANBUCANAS, é apelado APARECIDA FAZOLIN PRONTI (JUSTIÇA GRATUITA).

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 8ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento aos recursos, com observação. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 12236)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores SILVÉRIO DA SILVA (Presidente) e THEODURETO CAMARGO.

São Paulo, 13 de junho de 2016.

PEDRO DE ALCÂNTARA DA SILVA LEME FILHO, Relator

EMENTA: Ação declaratória c.c. indenização por danos morais. Negativação indevida do nome da autora nos órgãos de proteção ao crédito. Responsabilidade da ré de adotar as cautelas necessárias para verificação da autenticidade dos documentos que lhes são apresentados. Indenização por danos morais devida. Valor mantido. Alteração, de ofício, do início da incidência dos juros de mora (Súmulas 54 do STJ). Possibilidade por tratar-se de matéria de ordem pública sem configurar julgamento "extra petita" ou "reformatio in pejus". Sentença mantida, com observação. Recursos improvidos, com observação.

Acesso ao Sumário

VOTO

Apelações interpostas contra a sentença de fls. 61/64, cujo relatório se adota, que julgou procedente a ação declaratória c.c. indenização por danos morais movida por Aparecida Fazolin Pronti em face de Arthur Lundgren Tecidos S/A - Casas Pernambucanas, para declarar a inexigibilidade do contrato 558000918 e condenar a ré ao pagamento de R$12.440,00 a título de indenização por danos morais, corrigidos desde a prolação da sentença e com a incidência de juros moratórios a partir da citação. Ante a sucumbência, condenou a ré ao pagamento das custas e despesas processuais, bem como honorários advocatícios fixados em 10% sobre o valor da causa.

As partes pugnam pela reforma da sentença pelas razões de fls. 66/70 e fls. 71/80.

Recursos recebidos (fl. 83), respondido pelo autor (fls. 84/87) e não respondido pela ré (fl. 88).

É o relatório.

Trata-se de ação declaratória c.c. indenização por danos morais movida por Aparecida Fazolin Pronti em face de Arthur Lundgren Tecidos S/A, em decorrência da indevida inclusão do nome da autora nos órgãos de proteção ao crédito.

Em que pesem os argumentos dos apelantes, os recursos não comportam provimento, sendo o caso de manter a r. sentença pelos seus próprios e bem deduzidos fundamentos, os quais ficam inteiramente adotados como razão de decidir, nos termos do art. 252 do Regimento Interno deste E. Tribunal de Justiça, que dispõe: *Nos recursos em geral, o relator poderá limitar-se a ratificar os fundamentos da decisão recorrida, quando, suficientemente motivada, houver de mantê-la.*

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

Era ônus da ré comprovar a existência de vínculo obrigacional entre as partes, bem como do seu descumprimento. Nenhuma prova há nos autos de que a autora firmou contrato com a ré, ônus que lhe competia, ante a inversão do ônus da prova prevista no art. 6º, inciso VIII, do CDC.

É evidente a responsabilidade da ré, que permitiu a contratação em nome da autora sem as cautelas necessárias, eis que deveria adotar procedimentos mais rigorosos na aceitação de documentos que lhe são apresentados para assim, evitar fraudes e, consequentemente, a inclusão indevida no cadastro de maus pagadores. Era da ré a responsabilidade indeclinável de verificar os documentos de quem se apresentava, comprovando a identidade da pessoa. Desta forma, foi a ré quem ensejou, pelo risco no desenvolvimento do seu negócio, a fraude.

Nesse sentido também já decidiu esta C. 8ª Câmara:

"*Dano moral - Responsabilidade civil - Contrato celebrado em nome da autora, por terceiros, junto ao apelante - Débitos gerados em nome da requerente, o que levou à negativação de seu nome. Aplicação da Teoria*

Acesso ao Sumário

do Risco Profissional - O réu não logrou demonstrar a regularidade dos contratos celebrados em nome da autora - Negativação indevida do nome da suplicante, o que merece a devida compensação, independentemente da aferição de culpa do requerido - Em se tratando de indenização decorrente de inscrição irregular no cadastro de inadimplentes, a existência de prova de dano moral se satisfaz apenas com a demonstração da existência dessa anotação - Montante indenizatório que não pode ser irrisório, sob pena de não servir ao cumprimento de seu objetivo específico, nem pode ser excessivamente elevado, de modo a propiciar enriquecimento sem causa (...)" (Apelação nº 0194610-47.2009.8.26.0100, Rel. Des. HELIO FARIA, j. em 14/03/2012).

Não comprovada a origem do crédito, a inserção do nome da autora nos cadastros de inadimplentes (fls. 13) revela-se ilícita.

Diante do nexo de causalidade entre a conduta da ré e o prejuízo suportado pela autora devido à negativação de seu nome, resta clara a obrigação de indenizar os danos morais.

Ressalte-se que o abalo decorre do próprio apontamento indevido. O dano psíquico sofrido pela vítima da pecha de mau pagador vai muito além do mero transtorno ou dissabor, sendo inegável a existência de nexo de causalidade entre a atividade do ofensor e o prejuízo suportado. No tocante à prova do dano moral, o Egrégio Superior Tribunal de Justiça vem reiteradamente entendendo que "*não há falar em prova de dano moral, mas, sim, na prova do fato que gerou a dor, o sofrimento, sentimentos íntimos que o ensejam, para gerar o dever de indenizar*" (REsp ns. 261.028/RJ, 294.561/RJ, 661.960/PB e 702.872/MS). É o que a doutrina e a jurisprudência denomina de *dano moral in re ipsa*, nos quais indiscutíveis os efeitos lesivos do fato em si, como o de protesto indevido de título de crédito, inscrição em cadastro de órgão de proteção ao crédito, entre outros.

Quanto ao valor da indenização, observa-se que o montante deve ser fixado no sentido de desestimular o réu na conduta temerária e, de outro lado, não causar o enriquecimento sem causa da autora. A fixação deve levar em conta as funções ressarcitória e punitiva da indenização, além da observância aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade.

A propósito, alerta ARNALDO RIZZARDO, sobre "a reparação por dano moral, sua quantificação e pagamento" (*in* Responsabilidade Civil, 4ª edição, Forense, 2009, pag. 267/271): *Na verdade, a reparação não passa de uma compensação que se faz em face da dor, da tristeza, do sentimento de ausência, do vexame sofrido, da humilhação, do descrédito resultante de informes inverídicos divulgados, do abalo do ânimo que determinados fatos trazem às pessoas. Não existe um* minus *patrimonial, mas a sensação desagradável,*

dolorida, amarga, frustrante, o sentimento de falta ou ausência, a perda da credibilidade, o abolo da disposição. E outros estados anímicos, que se procura não afastar, nem substituir, e sim colocar ao lado deles, em benefício de quem vive essa experiência ou sensação, para que se desfaça a situação criada ou se encontre uma outra motivação em sua vida, e, assim, retome a normalidade dentro do possível. (...) Os prazeres que o dinheiro proporcionaria teriam relevante papel nesse apaziguamento da dor. Ajudariam no esbatimento da ideia, da representação mental na linguagem dos psicólogos, geradora de todos os fenômenos da angústia e da depressão. E para a quantificação dessa compensação não existe uma regulamentação específica, ou um critério que imponha tarifas, montantes, valores. Nem se reclama que a parte faça pedido específico do montante, na linha de orientação bem colocada pelo STJ: "Processo civil. Danos morais. Os danos morais são arbitrados pelo juiz segundo as circunstâncias do caso concreto, e por isso a petição inicial da respectiva ação de indenização não precisa quantificar o pedido - até porque, se isso fosse feito, o autor corre o risco de sucumbir em parte, suportando, nessa medida, os honorários de advogado do réu, com o consequente desvio de finalidade da demanda". (...) Em suma, não oferece o Código uma linha indicativa do montante da compensação pelo padecimento moral. Não se conhece antecipadamente o valor objeto do pagamento, o que equivale a afirmar que não se têm noção exata das consequências da prática dos atos atentatórios à ofensa moral.

Inexistindo parâmetro legal para o arbitramento do dano moral, o juiz deve observar, no momento da fixação, o comportamento da vítima, o grau de culpabilidade do ofensor, os efeitos do ato lesivo e a condição econômica de ambas as partes, de modo que o ofensor seja punido pelo que fez e compelido a não repetir o ato, e a vítima seja compensada pelo dano sofrido, sem ultrapassar a medida de compensação, sob pena de provocar seu enriquecimento sem causa.

O valor da indenização de R$12.440,00 foi fixado pela r. sentença em patamar condizente com os parâmetros acima elencados, devendo ser mantido.

Por tratar-se de dano moral, a correção monetária incide a partir da data do arbitramento, conforme Súmula 362 do STJ, observando-se que a incidência dos juros de mora data a partir da inscrição indevida do nome do autor nos órgãos de proteção ao crédito, nos termos da Súmula 54 do STJ ("*Os juros moratórios fluem a partir do evento danoso, em caso de responsabilidade extracontratual*"). Insta salientar que os juros de mora assim como a correção monetária são matérias de ordem pública, de modo que a modificação de seu termo inicial, de ofício, não configura julgamento "*extra petita*" nem "*reformatio in pejus*" (STJ - AgRg no REsp 1291244/RJ, 1ª Turma, Rel. Min. Benedito Gonçalves, j. em 26/02/2013).

No mais, quanto ao percentual dos honorários advocatícios, observa-se que estes foram fixados levando em conta o grau de zelo do profissional, o

Acesso ao Sumário

lugar da prestação do serviço, a natureza da causa, o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço, nada havendo a ser modificado. Os honorários foram fixados em valor condizente para recompensar o trabalho realizado pelo advogado, garantido sua justa remuneração.

Para fins de prequestionamento, observo que a solução da lide não passa necessariamente pela restante legislação invocada e não declinada, despicienda a menção explícita de dispositivos uma vez encontrada a fundamentação necessária, consoante entendimento consagrado no Eg. Superior Tribunal de Justiça.

Ante o exposto, meu voto nega provimento aos recursos, com observação.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0081025-12.2012.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante COMPANHIA BRASILEIRA DE DISTRIBUIÇÃO, é apelado GABRIEL HAFTEL (MENOR(ES) REPRESENTADO(S)).

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 da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 8376)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores LUIS MARIO GALBETTI (Presidente sem voto), RÔMOLO RUSSO e LUIZ ANTONIO COSTA.

São Paulo, 21 de junho de 2016.

MARY GRÜN, Relatora

Acesso ao Sumário

Ementa: INDENIZATÓRIA. DANOS MATERIAIS. FURTO DE VEÍCULO EM ESTACIONAMENTO DE SUPERMERCADO. Legitimidade passiva do supermercado, ainda que contrate empresa para cuidar da segurança e administração do estacionamento. Serviço oferecido aos clientes visando oferecer comodidade e atrair clientela. Responsabilidade solidária (arts. 7º, § único, 18, *caput*, e 25, § 1º, do CDC). Preliminar afastada. Mérito. Responsabilidade objetiva do fornecedor pelo dano ocorrido no estacionamento (art. 14, § 1º, do CDC).

Aplicação da Súmula n. 130 do E. STJ. Indenização pelo valor do veículo segundo Tabela FIPE e compensação de gastos estimados para locomoção adequada. Recurso não provido.

VOTO

Vistos.

Trata-se de ação indenizatória por danos materiais em razão de furto de carro em estacionamento de hipermercado. O carro era utilizado por menor que possuía motorista para guiar o veículo. A ação é proposta pelo menor em face do hipermercado e da empresa administradora do estacionamento.

A r. sentença (fls. 168/172) julgou parcialmente procedente a ação "*para condenar as rés, de forma solidária, a indenizarem o autor pelos danos materiais sofridos em decorrência do furto narrado na inicial, restituindo-lhe a quantia correspondente do valor do veículo e das despesas de locomoção decorrentes da ausência do veículo, totalizando um montante de R$ 34.136,00 (trinta e quatro mil, cento e trinta e seis reais) a ser atualizado a partir da data do evento lesivo, com incidência de juros moratórios de 1% (um por cento) ao mês a contar da citação válida, bem como, no pagamento de custas e despesas processuais despendidas com o processo e honorários advocatícios que ora arbitro na quantia equivalente a 10% (dez por cento) sobre o valor atribuído à causa, tudo devidamente atualizado*" .

Apela a corré COMPANHIA BRASILEIRA DE DISTRIBUIÇÃO (fls. 176/187) aduzindo preliminar de ilegitimidade passiva "*tendo em vista não ser a administradora do estacionamento em que supostamente ocorreram os danos alegados pelo Apelado*", sendo que "*o estabelecimento destinado aos consumidores da Ré Apelante é parte de um contrato de terceirização da segurança do estabelecimento, através da empresa contratada. É esta empresa que tem a responsabilidade e administração do espaço cedido, bem como da guarda das pessoas e bens naquele estabelecimento*". Assim, requer a extinção do processo sem julgamento de mérito, com fulcro no art. 267, VI, do Código de Processo Civil.

No mérito, afirma que "*caberia ao Apelado a demonstração de ato da Apelante, seja ele omissivo ou comissivo, que tivesse ligação com o alegado dano*", sendo que "*Se houve realmente o furto, este não foi causado pela Ré, mas sim por terceiro alheio a esta lide*". Sustenta a ocorrência de excludentes de responsabilidade (fato exclusivo de terceiro ou caso fortuito e força maior), "*ainda que se exija da Apelante a vigilância do local destinado aguarda dos veículos de seus clientes*", uma vez que "*a prática de atos ilícitos violentos por criminosos que sequer o Estado consegue evitar, não poderia ser afastada*

Acesso ao Sumário

por qualquer medida de cautela por parte da Empresa Apelante". Requer a improcedência da ação.

Subsidiariamente, impugna o valor do dano material. Quanto ao valor do veículo, diz que não foi demonstrado pelo apelado "*(i) o valor de mercado de seu automóvel e (ii) as condições nas quais o mesmo se encontrava, demonstrando que este valor não teria diminuição pela deterioração do mesmo*". Já em relação ao pedido de perdas e danos pela locação de veículo para suprir as necessidades de locomoção do menor, afirma que não há comprovação do estimado valor diário de R$40,00.

Pede, por fim, "*caso seja arbitrada indenização por danos materiais e o veículo venha a ser futuramente encontrado (...) a imediata incorporação do veículo ao patrimônio da Apelante, oficiando-se o DETRAN/SP da transferência, bem com o intimando o Apelado para proceder a entrega do DUT - Documento Único de Transferência, c m firma reconhecida, a fim de que a ré possa iniciar os trâmites burocráticos para transferência do veículo*".

Contrarrazões pelo autor às fls. 195/199.

A Douta Procuradoria se manifestou, às fls. 208/214, pelo desprovimento do recurso.

É o relatório.

O caso envolve o furto de veículo em estacionamento de supermercado.

Quant o à preliminar de ilegitimidade passiva, esta não procede.

O supermercado, ainda que contrate empresa para cuidar da segurança e administração do estacionamento, não se exime da responsabilidade pelos eventos nele ocorridos, uma vez que se trata de serviço oferecido aos clientes visando oferecer comodidade e atrair clientela. Assim, responde solidariamente pelos danos, nos termos dos arts. 7º, parágrafo único, 18, *caput*, e 25, parágrafo 1º, do Código de Defesa do Consumidor.

Dessa forma, fica a preliminar afastada.

No mérito, importante citar o disposto na Súmula nº 130 do Egrégio SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA:

> *A EMPRESA RESPONDE, PERANTE O CLIENTE, PELA REPARAÇÃO DE DANO OU FURTO DE VEÍCULO OCORRIDOS EM SEU ESTACIONAMENTO.*
>
> *(Súmula 130, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 29/03/1995, DJ 04/04/1995, p. 8294)*

Assim, verifica-se que, independente da comprovação de culpa, o fornecedor responde objetivamente pelo dano causado em seu estacionamento, estando configurados os pressupostos para a responsabilidade civil da apelante, em consonância com o disposto no art. 14, parágrafo 1º, do Código de Defesa

Acesso ao Sumário

do Consumidor, não havendo que se falar em fato exclusivo de terceiro, caso fortuito ou força maior.

No tocante à reparação dos danos causados, a estimação do valor do veículo segundo a Tabela FIPE, conforme feito pelo apelado (fls. 42), está correta, uma vez que considera o ano de fabricação do carro e sua desvalorização ao longo do tempo. Impossível comprovar o estado de conservação do veículo, como requer a apelante, se o veículo foi roubado.

Em relação à reparação pelos gastos diários de R$40,00, por um ano, oriundos da necessidade de utilização de veículos de terceiros para a locomoção, a quantia estimada se mostra razoável diante dos valores praticados nesta Capital, inclusive em relação ao serviço de taxi (art. 335 do Código de Processo Civil).

Desse modo, não comporta reparo a r. sentença.

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

Por fim, quanto ao pedido de "*imediata incorporação do veículo ao patrimônio da Apelante, oficiando-se o DETRAN/SP da transferência, bem como intimando o Apelado para proceder a entrega do DUT - Documento Único de Transferência, com firma reconhecida, a fim de que a ré possa iniciar os trâmites burocráticos para transferência do veículo*", apesar da matéria não ter sido ventilada em primeira instância, parece consectário do quanto determinado na sentença, pois é certo que, na hipótese de vir a ser localizado o veículo furtado, não mais pertencerá ao recorrido e sim às responsáveis solidárias pelo pagamento da indenização (corrés COMPANHIA BRASILEIRA DE DISTRIBUIÇÃO e A. S. COMÉRCIO DE EQUIPAMENTOS DE SEGURANÇA E ESTACIONAMENTO LTDA.-ME). Assim, determina-se que, após o pagamento da indenização, o autor-apelado entregue à pagadora a DUT do veículo. A expedição de ofício ao DETRAN é desnecessária.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0199722-26.2011.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante/apelado FLEURY S/A, são apelados/apelantes YVONE RUSSO ZANETTI, PATRÍCIA ZANETTI BIANCHI, BEATRIZ ZANETTI FERREIRA, PEDRO ZANETTI NETO e BERENICE ZANETTI.

ACORDAM, em 9ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento à apelação do réu e deram provimento ao recurso adesivo dos autores. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 17512)**

Acesso ao Sumário

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ALEXANDRE LAZZARINI (Presidente), COSTA NETTO e ANGELA LOPES.

São Paulo, 21 de junho de 2016.

ALEXANDRE LAZZARINI, Relator

Ementa: AÇÃO INDENIZATÓRIA. EXAME LABORATORIAL. ERRO DE DIAGNÓSTICO. INDICAÇÃO DE CARCINOMA ESPINOCELULAR, QUE RARAMENTE LEVA À MORTE. O PACIENTE ERA PORTADOR DE MELANOMA MALIGNO. CÂNCER DE ALTA LETALIDADE. EXISTÊNCIA DE OUTRAS POSSIBILIDADES DIAGNÓSTICAS NÃO INDICADA PELO RÉU. MORTE DO PACIENTE. RESPONSABILIDADE DO LABORATÓRIO. NEXO CAUSAL COM O EVENTO DANOSO. DANOS MORAIS CAUSADOS AOS AUTORES, VIÚVA E FILHOS DO *DE CUJUS*. *QUANTUM INDENIZATÓRIO*. MAJORAÇÃO. APELAÇÃO DO RÉU NÃO PROVIDA E RECURSO ADESIVO DOS AUTORES PROVIDO.

1. Sentença que condenou o réu/apelante ao pagamento de indenização por danos morais arbitrada em R$ 25.000,00 para cada um dos autores (total de R$ 125.000,00). Insurgência de ambas as partes.

2. Apelo do réu que não ofende o disposto no art. 514, II, CPC/1973 (vigente à época da interposição do recurso). Os autores, por sua vez, possuem interesse recursal para reclamarem a majoração do *quantum* indenizatório em sede de recurso adesivo, eis que a sentença fixou valor inferior ao reclamado na inicial. Precedente do STJ em recurso repetitivo.

3. Erro de diagnóstico verificado no caso concreto. Laudo pericial. Ausência de cautela do réu em indicar a possibilidade de mais de uma hipótese diagnóstica. Exame com conclusão para carcinoma espinocelular, câncer de baixa letalidade, quando, na verdade, o paciente era portador de melanoma maligno, câncer de maior gravidade e alto índice de mortalidade.

4. Em virtude da conduta do réu, o paciente não teve

Acesso ao Sumário

a oportunidade de receber o tratamento adequado, vindo a óbito.

5. O dano moral sofrido pela viúva e pelos filhos do *de cujus* é *in re ipsa*. *Quantum* indenizatório majorado de R$ 25.000,00 para R$ 40.000,00 para cada autor (total de R$ 200.000,00). Razoabilidade diante das circunstâncias do caso concreto.

6. Apelação do réu não provida e recurso adesivo dos autores provido.

VOTO

A r. sentença (fls. 343/355), cujo relatório adota-se, julgou procedente a ação de indenização por danos morais movida pelos sucessores de Pedro Zanetti Filho, para condenar o réu, Fleury S/A., ao pagamento de indenização arbitrada em R$ 125.000,00 (sendo R$ 25.000,00 para cada autor), com correção monetária da data da publicação da sentença e juros de mora a partir da citação.

Honorários advocatícios arbitrados em 10% sobre o valor da condenação atualizado.

Insurge-se o réu, sustentando, em síntese, que o exame anatomopatológico depende da interpretação individual, subjetiva, do aspecto morfológico das células e tecidos, estando sujeito a interpretações divergentes.

Ressalta que a opinião do patologista a respeito da tipificação do câncer (carcinoma espinocelular invasivo ao invés de melanoma) era plausível, o que foi reconhecido pelo próprio perito.

Alega, também, que durante um ano e meio após o exame em discussão o paciente não foi submetido a outros exames clínicos e laboratoriais, nem foi realizada a coleta de novas amostras de lesões, sendo que o câncer já estava infiltrado nos tecidos, ou seja, estava em estado avançado.

Afirma que a evolução do paciente não tinha expectativa de ser favorável, e que "tivesse o acompanhamento sido bem feito, o curso do tratamento poderia ter sido até de alguma utilidade, ainda que na prática isto não faria diferença em função da gravidade e estágio já avançados da doença" (fls. 371).

Alternativamente, postula a redução do *quantum* indenizatório arbitrado, destacando a inaplicabilidade da teoria da perda de uma chance.

Os autores recorrem adesivamente, requerendo a majoração do valor indenizatório para, no mínimo, R$ 500.000,00.

Recursos processados sob os efeitos devolutivo e suspensivo (fls. 380 e 425).

Contrarrazões às fls. 404/419 e 428/436.

Acesso ao Sumário

É o relatório.

I) Deve ser rejeitada, de início, a preliminar de inépcia recursal invocada pelos autores em suas contrarrazões, eis que as razões de apelação do réu são suficientes para demonstrar o interesse na reforma da r. sentença, não havendo ofensa ao disposto no art. 514, II, CPC/1973 (vigente à época da interposição do recurso).

Também não há que se falar em falta de interesse recursal no que tange ao recurso adesivo dos autores, haja vista que a indenização por danos morais foi fixada em valor inferior ao postulado.

Tal questão, aliás, já foi resolvida pelo Superior Tribunal de Justiça em sede de recurso repetitivo:

> "RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL MOVIDA CONTRA O AUTOR DE INJUSTA AGRESSÃO FÍSICA OCORRIDA EM BOATE - ACÓRDÃO ESTADUAL DANDO PROVIMENTO À APELAÇÃO ADESIVA DO AUTOR, A FIM DE MAJORAR A QUANTIA INDENIZATÓRIA FIXADA NA SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA. INSURGÊNCIA DO RÉU.
>
> Hipótese em que julgada procedente a pretensão indenizatória deduzida pela vítima contra o autor de agressão física ocorrida em casa de diversões noturna, fixado o valor de R$ 4.000,00 (quatro mil reais) a título de indenização por danos morais (quantia inferior à pleiteada na inicial).
>
> Apelação da parte ré, na qual alega não configurado o dano moral e, subsidiariamente, pugna pela redução do *quantum* indenizatório arbitrado na sentença. Recurso adesivo interposto pelo autor, voltado à majoração da retrocitada quantia.
>
> Tribunal estadual que não provê o recurso do réu e acolhe parcialmente a insurgência adesiva, de modo a majorar a indenização para R$ 18.000,00 (dezoito mil reais).
>
> **1. Para fins do artigo 543-C do CPC: O recurso adesivo pode ser interposto pelo autor da demanda indenizatória, julgada procedente, quando arbitrado, a título de danos morais, valor inferior ao que era almejado, uma vez configurado o interesse recursal do demandante em ver majorada a condenação, hipótese caracterizadora de sucumbência material.**
>
> 2. Ausência de conflito com a Súmula 326/STJ, a qual se adstringe à sucumbência ensejadora da responsabilidade pelo pagamento das despesas processuais e honorários advocatícios.
>
> 3. Questão remanescente: Pedido de redução do valor fixado a título de indenização por danos morais. Consoante cediço no STJ, o *quantum*

Acesso ao Sumário

indenizatório, estabelecido pelas instâncias ordinárias para reparação do dano moral, 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, no qual arbitrado o valor de R$ 18.000,00 (dezoito mil reais), em razão da injusta agressão física sofrida pelo autor em casa de diversões noturna. Aplicação da Súmula 7/STJ.

4. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa extensão, desprovido. Acórdão submetido ao rito do artigo 543-C do CPC e da Resolução STJ 8/2008." (REsp nº 1102479/RJ, Corte Especial, Rel. Min. Marco Buzzi, j. em 04/03/2015 - g.n.)

II) Superadas as preliminares, anota-se que a presente ação indenizatória foi ajuizada em outubro/2011 pelos sucessores (viúva e filhos) de Pedro Zanetti Filho (falecido em 29/04/2010 - fls. 50).

Narram os autores que, em janeiro/2008, Pedro enviou ao réu material colhido de lesão cutânea, localizada na região escapular direita, para que fosse realizada análise anatomopatológica.

O diagnóstico apontado pelo laboratório réu foi de "*carcinoma espinocelular moderadamente diferenciado, invasivo (grau II histológico - Brothers)*" (fls. 44/45).

Todavia, em meados de junho/2009, Pedro foi internado no Hospital Albert Einstein com quadro de "*paresia facial central esquerda de instalação subaguda e crise convulsiva focal aguda*" (fls. 46), e, após ser submetido a vários exames, foi detectada a presença de múltiplas metástases cerebrais de neoplasia desconhecida, e, posteriormente, nódulos também no pulmão.

Refeito o exame anatomopatológico de material colhido do paciente, foi diagnosticado um "*melanoma*" ao invés de "*carcinoma espinocelular*", cuja configuração e tratamento são absolutamente diversos.

Ressaltam que o erro de diagnóstico foi confirmado em outros exames feitos sobre o mesmo material colhido pelo réu, e que, em virtude do erro, o Sr. Pedro não foi submetido ao tratamento adequado, e faleceu em 29/04/2010 (fls. 50).

O réu alegou, em sua defesa, que o "*carcinoma invasivo*" era diagnóstico plausível diante das circunstâncias do caso, que o surgimento de dúvida no exame patológico não caracteriza erro médico, que sua obrigação é de meio e não de resultado, que tanto o melanoma como o carcinoma invasivo são tipos de cânceres agressivos e potencialmente mortais, e que o *de cujus* não foi submetido a adequado acompanhamento médico, de maneira que a conduta do réu não foi determinante para a morte do paciente.

Laudo pericial às fls. 258/270 e 317/322.

Acesso ao Sumário

O magistrado julgou procedente o pedido indenizatório.

III) Em que pese o inconformismo do réu, a condenação imposta na sentença deve ser mantida.

Isso porque, o laudo pericial realizado nos autos deixou claro o erro no diagnóstico do réu quanto ao tipo de câncer apresentado pelo paciente, sendo que o perito também ressaltou as relevantes diferenças entre o "*carcinoma espinocelular*" diagnosticado, o qual possui baixa letalidade e metástases raras, e o "*melanoma*", o qual tem alta taxa de letalidade.

Vale ressaltar, inclusive, que a prova pericial levou em conta 5 exames anatomopatológicos realizados com material colhido do *de cujus*, sendo que 4 deles foram convergentes para o diagnóstico de "*melanoma maligno*" e apenas o do réu indicou "*carcinoma espinocelular*".

Além disso, 3 dos resultados de "*melanoma maligno*" sugeriram a complementação com estudo imuno-histoquímico para a confirmação do diagnóstico, cautela que não foi sequer adotada pelo réu, e que seria de rigor, diante da alegação de que o "*carcinoma*" seria **uma das** possibilidades diagnósticas.

Observa-se, assim, que o conjunto probatório dos autos não deixa dúvidas quanto ao erro no diagnóstico do réu, e quanto ao nexo de causalidade para o evento morte do paciente, cujo tipo de câncer era de maior gravidade, e exigia outra postura médica e também do paciente caso tivesse sido detectado.

Vale transcrever, nesse diapasão, as considerações do perito nomeado pelo juízo:

"*O carcinoma espinocelular de pele apresenta baixa letalidade, ou seja, raramente leva à morte e as metástases são raras (Diagn Tratamento. 2012; 17(4): 206-8).*

Por outro lado, o câncer de pele do tipo melanoma maligno tem alta letalidade, ou seja, tem repercussões mais graves para os pacientes, podendo levar à morte (Diagn Tratamento. 2012; 17(4): 206-8)." (fls. 263)

"*- Cabe salientar que em uma mesma lâmina da região escapular direita, foram realizados* ***5 (cinco) exames anátomo-patológicos: Quatro deles convergiram para o mesmo diagnóstico: MELANOMA MALIGNO e apenas 1 (um) emitido pela Ré foi divergente: CARCINOMA ESPINOCELULAR.***

- Também, dentre os 4 (quatro) resultados convergentes, 2 (dois) já estavam acostados aos autos e 2 (dois) foram solicitados por este Perito Judicial e laudados por respeitáveis Professores em Patologia Dermatológica e confirmando o diagnóstico de MELANOMA MALIGNO.

- Ainda, os 2 (dois) resultados que foram solicitados por este Perito Judicial não tiveram acesso a outras informações; apenas ao material anatomo-

Acesso ao Sumário

patológico." (fls. 264 - destaques no original)

"*Em que pese a importância do estudo imuno-histoquímico para a confirmação diagnóstica e a notoriedade e a excelência da empresa-Ré no ramo de diagnóstico laboratorial, no caso em tela a empresa-Ré apresentou um resultado objetivo, direto, sem qualquer dúvidas diagnósticas, afirmando que o diagnóstico era CARCINOMA ESPINOCELULAR. Tanto é verdade que não mencionou nenhum outro diagnóstico possível e nem outro exame para a confirmação diagnóstica.*

(...)

Na mesma linha de raciocínio, é importante frisar que os 2 (dois) resultados das análises solicitadas por este Perito Judicial foram decisivos para a conclusão deste laudo, uma vez que mesmo sem outras informações clínicas do paciente do qual foi retirado o material (lâmina); sem ao menos terem trocado informações entre si e a notoriedade e experiência na área de Patologia Dermatológica, emitiram o laudo de MELANOMA MALIGNO e ainda, por precaução, sugeriram a complementação com o estudo imuno-histoquímico" (fls. 265).

"***Diante do exposto, em conformidade com a r. decisão do N. Juízo em fls. 221/222, este laudo pericial apresenta as seguintes conclusões:***

- Houve erro no diagnóstico da lesão;

- Haveria possibilidade de fim diverso, com outros procedimentos, em virtude de diagnóstico correto, gerando sobrevida no paciente." (fls. 265 - destaques no original)

"*Ora, se a função do laboratório é fornecer o diagnóstico correto, este não foi feito. Ainda, caso não tivesse certeza do diagnóstico, deveria o mesmo ter laudado de forma completamente diversa, como por exemplo: inconclusivo; ou informando 2, 3 ou mais possibilidades e por fim, afirmando que se este exame foi insuficiente para o diagnóstico, deveria ser complementado com outros exames.*" (fls. 318 - sublinhei)

"7. *Diante da resposta ao quesito acima, e na hipótese de ser positiva a resposta, pode-se afirmar que se o laudo do FLEURY fosse no sentido de se detectar um melanoma naquela oportunidade (em que já estava infiltrado), o seu prognóstico (chances de cura e sobrevida) seria efetivamente melhor do que o prognóstico de espinocarcinoma que lhe foi dado, mesmo após tanto tempo de inércia em procurar auxílio médico após este evento?*

R.: O melanoma e o espinocarcinoma são patologias distintas e com prognósticos distintos, sendo que o melanoma tem pior prognóstico" (fls. 320/321)

"9. *Objetivamente tratando do tema: ainda que se aceite que o FLEURY tenha corretamente identificado o câncer do paciente, mas o catalogado*

Acesso ao Sumário

erroneamente, como sendo um espinocarcinoma, quando era um melanoma, mas diante do estado avançado que a doença estava instalada, pode-se afirmar que: 6.1.: o paciente estaria curado se fosse detectado o melanoma e tratado como tal? 6.2.: caso não pudesse ser curado pode-se afirmar que sua sobrevida seria melhor? (...)

R.: Não se pode afirmar que o paciente apresentava um estado avançado da patologia, uma vez que não foi feito o diagnóstico correto precocemente (6.1 e 6.2). Entretanto, pode-se afirmar que a probabilidade de cura e a sobrevida seria melhor."

Não se discute que o erro de diagnóstico, como regra, não gera responsabilidade, já que a ciência médica não é exata. Todavia, a partir do momento em que não são adotadas todas as cautelas rigorosamente esperadas em face de mais de uma possibilidade diagnósticas, as quais podem ensejar diferentes consequências para os pacientes, deve ser reconhecido o dever de indenizar.

Interessante mencionar, a respeito, os ensinamentos de Rui Stoco (**Tratado de Responsabilidade Civil: doutrina e jurisprudência**, 7ª ed., Ed. RT, 2007, p. 565):

> "O diagnóstico consiste na determinação da doença do paciente, seus caracteres e suas causas.
>
> O erro de diagnóstico, como regra, não gera responsabilidade, salvo se tomado sem atenção e precauções, conforme o estado da ciência, apresentando-se como erro manifesto e grosseiro ou, como enfatiza Felix A. Trigo Represas, ao entender que o profissional só responde quando o erro for grave e inescusável, posto que - no seu entendimento - a questão do diagnóstico versa *prima facie* sobre questões puramente científicas, a serem debatidas entre médicos, não podendo, em linha de princípio, dar nascimento a casos de responsabilidade civil (ob. Cit., p. 136).
>
> (...)
>
> **Comete-o o médico que deixa de recorrer a outro meio de investigação ao seu alcance ou profere um juízo contra princípios elementares de patologia"** (cf. Georges Boyer Charmand e Paul Monzein. *La Responsabilité Médicale*. Presses Universitaires, 1974, p. 119-120).

Assim, no caso concreto, resta configurada a responsabilidade do réu, tendo em vista que emitiu diagnóstico errôneo e categórico ao paciente, sem mencionar a existência de dúvida ou outra possibilidade diagnóstica, e sem indicar a necessidade de realização de exames complementares.

Além disso, a prova técnica realizada deixou claro que, se não tivesse havido o erro de diagnóstico, a conduta médica a ser adotada e também a postura do próprio paciente seria outra, diante da maior gravidade da doença.

Acesso ao Sumário

Logo, a alegação de que a chance de sobrevivência de Pedro estaria prejudicada em qualquer das hipóteses diagnósticas não afasta a responsabilidade do réu.

Lembra-se, ademais, que o fato de o bem jurídico já estar em risco no momento da prática do ilícito não afasta a proteção conferida pelo ordenamento, inclusive na esfera penal (*ultima ratio*), quando, por exemplo, pune- se o agente que pratica latrocínio contra vítima portadora de doença terminal, ou aquele que pratica eutanásia.

Como bem ressaltou o MM. Juiz de origem:

> "A tentativa do réu de infirmar o laudo pericial não prospera, porque, se o paciente não realizou acompanhamento adequado, é porque nem ele nem o médico assistente tinham conhecimento da gravidade do seu estado de saúde, caso contrário, certamente a conduta seria diversa. Para o quadro de carcinoma espinocelular, com base no laudo fornecido pelo réu, bastava o acompanhamento anual (fls. 319, item 3), daí porque não se pode imputar ao próprio paciente ou ao seu médico a responsabilidade pelo fato.
>
> Embora não se possa responsabilizar o réu, propriamente, pelo óbito do paciente, dada a gravidade do quadro e prognóstico desfavorável, o laboratório não se exime de responder por ter prejudicado o tratamento, a chance de cura e o tempo de sobrevida com o diagnóstico equivado." (fls. 349)

IV) Por conseguinte, destaca-se que o dano moral sofrido pelos autores é *in re ipsa*, já que Yvone é viúva de Pedro Donizette Filho e os demais coautores são filhos do falecido.

V) A respeito do valor da indenização por danos morais, ensina Yussef Said Cahali (**Dano Moral**, 2ª ed., Ed. Revista dos Tribunais, 1998, p. 399): "quanto à liquidação do dano moral que resultaria do 'abalo de crédito', inexistindo qualquer parâmetro determinado por lei, não há como fugir-se do princípio geral emanado do art. 1.553 do CC (1916), fixando-se o quantum mediante prudente arbítrio do juiz".

Essa regra não difere do art. 944 do Código Civil de 2002, onde é determinada a fixação da indenização equitativamente.

É relevante considerar, ainda, que a quantia fixada não pode ser um valor irrisório, de tal maneira que a relação custo/benefício para o agente causador do ilícito importe em sanção para este, como fator desestimulante.

Por outro lado, não se pode admitir que o valor arbitrado para fins de indenização caracterize o enriquecimento ilícito daquele que a aufere.

Maria Helena Diniz (**Curso de Direito Civil Brasileiro, v. 7 Responsabilidade Civil**, 25ª edição, Editora Saraiva, 2011, p. 125/126) ao

Acesso ao Sumário

tratar da função satisfatória ou compensatória do dano moral, comenta:

> "pois como o dano moral constitui um menoscabo a interesses jurídicos extrapatrimoniais, provocando sentimentos que não têm preço, a reparação pecuniária visa proporcionar ao prejudicado uma satisfação que atenue a ofensa causada. Não se trata, como vimos, de uma indenização de sua dor, da perda de sua tranquilidade ou prazer de viver, mas de uma compensação pelo dano e injustiça que sofreu, suscetível de proporcionar uma vantagem ao ofendido, pois ele poderá, com a soma de dinheiro recebida, procurar atender às satisfações materiais ou ideais que repute convenientes, atenuando assim, em parte, seu sofrimento.
>
> **Fácil é denotar que o dinheiro não terá na reparação do dano moral uma função de equivalência própria do ressarcimento do dano patrimonial, mas um caráter concomitantemente satisfatório para a vítima e lesados e punitivo para o lesante, sob uma perspectiva funcional**. A reparação do dano moral cumpre, portanto, uma função de justiça corretiva ou sinalagmática, por conjugar, de uma só vez, a natureza satisfatória da indenização do dano moral para o lesado, tendo em vista o bem jurídico danificado, sua posição social, a repercussão do agravo em sua vida privada e social e a natureza penal da reparação para o causador do dano, atendendo a sua situação econômica, a sua intenção de lesar (dolo ou culpa), a sua imputabilidade etc." (destaquei)

Diante de todos esses parâmetros, dos *princípios da razoabilidade* e da *proporcionalidade*, e do abalo sofrido pela viúva e pelos filhos do paciente, mostra-se razoável a majoração do *quantum* indenizatório de R$ 25.000,00 para R$ 40.000,00 em favor de cada um dos autores (totalizando a quantia de R$ 200.000,00).

Ressalta-se que o acolhimento do pedido do réu, de redução do valor arbitrado na sentença, equivaleria a uma cláusula de não indenizar.

Por outro lado, a quantia postulada pelos autores, no total de R$ 500.000,00, mostra-se desproporcional e excessiva, pois o paciente já contava com 68 anos de idade na data do óbito (fls. 50).

Assim, ponderando-se a situação concreta, o valor de R$ 40.000,00 para cada um dos autores é suficiente para reparar o abalo moral sofrido, e para desestimular a falta de cautela do réu, sem implicar em enriquecimento ilícito e sem levar à falência a parte devedora.

VI) Portanto:

- nega-se provimento ao apelo do réu; e

- dá-se provimento ao recurso adesivo dos autores, para majorar o valor da indenização por danos morais de R$ 25.000,00 para R$ 40.000,00 para cada um dos apelantes (totalizando a quantia de R$ 200.000,00), com correção monetária

Acesso ao Sumário

da data do acórdão e juros de mora a partir da citação.

No mais, fica mantida a r. sentença, inclusive no que tange à condenação do réu nos ônus da sucumbência.

Também não o caso de condenação do réu nas penas pela litigância de má-fé, eis que não configurada qualquer das hipóteses do art. 17, CPC/1973 e do art. 80, NCPC.

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

Isso posto, **nega-se provimento à apelação do réu e dá-se provimento ao recurso adesivo dos autores.**

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0001889-62.2011.8.26.0047, da Comarca de Assis, em que são apelantes ANTONIO VIEIRA PINTO (ESPÓLIO) e E OUTROS CITADOS POR EDITAL, são apelados MASSAKO NISHIZAWA KURITA e MITSUYA KURITA.

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 23003)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores BERETTA DA SILVEIRA (Presidente sem voto), CARLOS ALBERTO DE SALLES e DONEGÁ MORANDINI.

São Paulo, 6 de julho de 2016.

VIVIANI NICOLAU, Relator

Ementa: APELAÇÃO. USUCAPIÃO EXTRAORDINÁRIA. Ação de usucapião. Sentença de procedência. Inconformismo do réu. POSSE MANSA E PACÍFICA SUPERIOR A 15 ANOS. Ocorrência. Existência de provas nos autos de que os autores adquiriram a propriedade de fração ideal equivalente a 83,34% do imóvel, em 1994, exercendo a posse sobre a totalidade do bem desde então. Presentes

Acesso ao Sumário

os requisitos necessários para reconhecimento da usucapião da fração ideal de 16,66% do imóvel. Sentença mantida. NEGADO PROVIMENTO AO RECURSO.

VOTO

MASSAKO NISHIZAWA KURITA e **MITSUYA KURITA** ajuizaram *ação de usucapião* em face de **ESPÓLIO DE ANTÔNIO VIEIRA PINTO**, cujos pedidos foram **julgados procedentes** pela r. sentença de fls. 196/200. Não houve condenação aos ônus da sucumbência.

Apela o **RÉU**, representado por curador especial, alegando em síntese:

(i) que o lapso temporal necessário para aquisição da propriedade não foi demonstrado de maneira insofismável; e **(ii)** que os autores não demonstraram que efetuaram pagamentos de IPTU ou qualquer outro imposto que lhes conferisse a legitimidade para pleitear o reconhecimento da usucapião (fls. 205/211).

Isento de preparo por ser o apelante representado por curador especial (fls. 145), o recurso foi recebido (fls. 214) e contrariado (fls. 221/227).

As partes foram intimadas da possibilidade de julgamento virtual, nos termos da Resolução nº 549/2011, **e não manifestaram oposição** (fls. 234).

É O RELATÓRIO.

O recurso é desprovido.

1. Breve síntese.

A presente demanda, consoante relatório da r. sentença, ora adotado, funda-se nos seguintes fundamentos de fato e de direito:

> "*Em suma, alegam os requerentes que são proprietários da parte ideal correspondente a 83,34% de um imóvel urbano localizado na Rua André Perine, 1114, nesta cidade de Assis - SP, com uma área de 297,27m², bem como possuidores da parte ideal correspondente a 16,66%, há mais de 17 (dezessete) anos. Aduzem, ainda, que vem arcando com o IPTU, e que o imóvel é utilizado para moradia própria, sem oposição*" (fls. 196).

A sentença recorrida julgou **procedente** a ação, declarando o domínio dos autores sobre a parte ideal correspondente a 16,66% do imóvel, e determinou a expedição de mandado de registro da sentença, bem como de abertura de matrícula, para fins de registro do imóvel usucapiendo no Cartório de Registro de Imóveis.

2. Do mérito.

O réu afirma, em seu recurso, que os autores não demonstraram o lapso temporal necessário para a aquisição da propriedade, e que também deixaram

de comprovar o pagamento de IPTU ou qualquer imposto que lhes conferisse a legitimidade para pleitear a pretensão almejada.

Contudo, os elementos trazidos aos autos são suficientes para comprovar o preenchimento dos requisitos da usucapião extraordinária, nos termos do art. 1.238 do Código Civil.

Ficou incontroverso nos autos que os autores adquiriram de Laurinda Vieira Ribeiro e Pedro Vieira Pinto Filho, por meio de escritura de compra e venda, a fração ideal correspondente a **33,34%** (um terço) do imóvel descrito na inicial (fls. 14 e verso, R. 03).

Os autores também adquiriram, em 06 de setembro de 1994, por meio de cessão de direitos hereditários, a fração ideal de 50% do mesmo imóvel (fls. 14, R. 02), proveniente do processo de arrolamento dos bens pertencentes a Izabel Garcia Gonçalves, genitora dos demais vendedores (arrolamento nº 1.245/92, da 2ª Vara Judicial da comarca de Assis).

Desta forma, os autores são proprietários da fração ideal correspondente a **83,34%** do imóvel descrito na inicial, desde setembro de 1994.

O depoimento da testemunha "Alice" (fls. 183) é condizente com a alegação dos autores de que residem no imóvel desde 1994:

> *"É vizinha dos autores, pois mora do outro lado da rua André Perine.* ***Passou a morar neste imóvel aproximadamente em 1995, e os autores já viviam no local há cerca de um ano****. Desde que se mudou para o local os autores já residiam no imóvel. Não sabe dizer se outras pessoas reivindicaram o imóvel dos autores." (fls. 183).*

Tais alegações também guardam verossimilhança com as datas nas quais os autores adquiriram a propriedade de sua fração ideal do imóvel.

Os autores trouxeram certidões do distribuidor cível (fls. 62/66), por meio das quais não se verifica ocorrência de oposição à posse dos autores sobre a totalidade do imóvel, no período de 20 anos anteriores à data de 17/04/2011.

Desta forma, o cumprimento dos requisitos da usucapião extraordinária está fartamente caracterizado nos autos, de modo que a procedência da ação era de rigor.

Observa-se ainda que a quitação dos tributos *propter rem* incidentes sobre o imóvel não é requisito para o reconhecimento da forma originária de aquisição da propriedade.

Contudo, os autores também demonstraram a inexistência de débitos de IPTU referentes ao exercício de 2013 e anteriores (fls. 189).

Portanto, o recurso não comporta provimento, sendo de rigor a manutenção integral da sentença atacada.

Conclusão.

Acesso ao Sumário

É negado provimento ao recurso.

Por derradeiro, para evitar a costumeira oposição de embargos declaratórios voltados ao prequestionamento, tenho por ventilados, neste grau de jurisdição, todos os dispositivos legais citados no recurso interposto. Vale lembrar que a função do julgador é decidir a lide e apontar, direta e objetivamente, os fundamentos que, para tal, lhe foram suficientes, não havendo necessidade de apreciar todos os argumentos deduzidos pelas partes, um a um. Sobre o tema, confira-se a jurisprudência (STJ, EDcl no REsp nº 497.941/RS, Rel. Min. **Franciulli Netto**, publicado em 05/05/2004; STJ, EDcl no AgRg no Ag nº 522.074/RJ, Rel. Min. **Denise Arruda**, publicado em 25/10/2004).

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

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0002336-07.2008.8.26.0257, da Comarca de Ipuã, em que é apelante ALCINO ULIAN, são apelados SANA AGRO AÉREA LTDA., BIOSEV BIOENERGIA S/A (ATUAL DENOMINAÇÃO) e USINA ALTA MOGIANA S/A - AÇÚCAR E ALCOOL.

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. Sustentou oralmente o Dr. Guilherme Aparecido Brassoloto.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 29.469)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores CLAUDIO GODOY (Presidente) e CHRISTINE SANTINI.

São Paulo, 5 de julho de 2016

FRANCISCO LOUREIRO, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: RESPONSABILIDADE CIVIL. Pulverização aérea de agrotóxicos em plantação de cana-de-açúcar. Danos à lavoura de sorgo cultivada em imóvel vizinho. Nexo de causalidade suficientemente demonstrado. Laudos periciais indicativos de que as aplicações de agrotóxicos são causa adequada do perecimento da plantação de sorgo. Teoria da causalidade adequada que não exige certeza plena no nexo de causalidade - Provável transporte dos compostos químicos por deriva, em função do vento

e da inversão térmica. Danos materiais equivalentes ao valor da safra deteriorada, descontado o valor das sementes. Dano moral não configurado. Sucumbência recíproca. Recurso parcialmente provido.

EXCEÇAO DE IMPEDIMENTO. Perito judicial. Exceção fundada em fato superveniente, consistente de suposto envolvimento do perito em fraudes. Prisão cautelar do perito em virtude de fatos diversos e posteriores à elaboração do laudo pericial que não configuram hipótese de suspeição do perito. Exceção de suspeição rejeitada.

VOTO

Cuida-se de recurso de apelação interposto contra a r. sentença de fls. 583/591, que julgou improcedente a ação indenizatória movida por ALCINO ULIAN em face de SANA AGRO AÉREA LTDA., BIOSEV BIOENERGIA S/A e USINA ALTA MOGIANA S/A - AÇÚCAR E ÁLCOOL.

Fê-lo a r. sentença, basicamente sob o fundamento de que não foi comprovado o nexo de causalidade entre a perda da lavoura de sorgo do autor e a pulverização de agrotóxicos em área vizinha pelas rés.

Entendeu a sentença que a perícia constatou apenas fortes indícios de que a pulverização tenha afetado a cultura do autor, mas não o afirmou com a certeza necessária a configurar o liame causal. Concluiu que o autor não se desincumbiu de comprovar o fato constitutivo de seu direito.

O autor apelante alega, em síntese: i) a perda completa da lavoura de sorgo em função da pulverização de agentes químicos nas propriedades vizinhas pelas rés é atestada por laudos técnicos; ii) é incontroverso que elas aspergiram defensivos agrícolas em suas lavouras de cana-de-açúcar, bem como a deterioração da plantação de sorgo na mesma época; iii) tais compostos químicos acarretam danos a outras espécies de cultivos; iv) as apeladas foram as únicas a pulverizar esses produtos na vizinhança; v) caso seja mantida a sentença, devem ser repartidos os encargos de sucumbência, pois as rés concorreram ao menos culposamente para o evento.

Em razão do exposto e pelo que mais argumenta às fls. 594/620, pede o provimento de seu recurso.

O apelo foi contrariado, com reiterações de agravos retidos (fls. 625/629, 631/636 e 678/695).

Inicialmente distribuídos à 30ª Câmara de Direito Privado, os autos foram redistribuídos a esta 1ª Câmara de Direito Privado, por se tratar de responsabilidade civil aquiliana.

Acesso ao Sumário

Sobreveio petição da ré Usina Alta Mogiana S/A - Açúcar e Álcool, com arguição de exceção de impedimento do perito judicial, por força de fatos supervenientes à elaboração do laudo (fl. 739/743).

É o relatório.

1. Inicialmente rejeito a exceção de impedimento do perito judicial.

Nenhuma das hipóteses de impedimento discriminadas pelo art. 144 do CPC, correspondente ao art. 134 do CPC/1973, estão presentes.

O perito ou seus parentes jamais figuraram no processo anteriormente como parte, juiz, mandatário, membro do Ministério Público, testemunha, nem qualquer outra função. Não há o menor indício de que tenha atuado no feito pessoalmente ou mediante pessoas a ele relacionadas, de forma a comprometer sua parcialidade.

Os fatos relatados pela excipiente não são suficientes para substituição do perito.

O que ocorreu foi o suposto envolvimento do perito judicial em fraudes apuradas pela Polícia Federal. Ocorreu a prisão cautelar do perito, relacionada a fatos diversos e estranhos à presente demanda. A investigação criminal tem origem na suposta falsificação de laudos para obtenção de empréstimos do Banco do Brasil. A exceção vem calcada em cópias de noticias de jornais, sem qualquer outro elemento de convicção (fls. 742/743).

A ré tampouco relatou qualquer outra circunstância que autorize o afastamento do perito por impedimento, ou que indique concretamente favorecimento ao autor.

Evidente que o suposto envolvimento do perito judicial em fraudes relacionadas à instituição financeira pode exigir do julgador maior cautela e prudência na análise do laudo constante dos autos.

Nem por isso se configura a hipótese de impedimento do perito, pois a causa invocada na exceção não tem previsão legal.

Não fosse suficiente, o laudo pericial se mostra equilibrado, a sugerir a isenção do perito, que apenas afirma a forte possibilidade do uso de defensivos ter causado danos à cultura de imóvel vizinho, sem, porém, firmar juízo de certeza.

Rejeito a exceção de impedimento do perito, pois os fatos alegados pela excipiente não se enquadram nas hipóteses legais.

2. Os agravos retidos interpostos por USINA ALTA MOGIANA S/A - AÇÚCAR E ÁLCOOL (fls. 378/390) e BIOSEV BIOENERGIA S/A (fls. 569/575) também devem ser rejeitados.

Não havia necessidade de oitiva de testemunhas ou depoimento pessoal do autor.

Acesso ao Sumário

A prova dos fatos sobre os quais versa a causa era essencialmente documental e pericial, e as partes tiveram oportunidade para trazer aos autos os elementos de informação que reputavam adequados à demonstração da veracidade de suas alegações.

A oitiva de testemunhas especializadas na área de aplicação de defensivos agrícolas pretendida por USINA ALTA MOGIANA S/A - AÇÚCAR E ÁLCOOL não acrescentará nada, já que a avaliação técnica do evento é suficientemente versada na perícia realizada nos autos (fls. 455/480), bem como no laudo de vistoria do inquérito policial instaurado para apuração de crime ambiental (fls. 348/350) e a avaliação técnica exibida pela corré SANA AGRO AÉREA LTDA. (fls. 237/292).

As rés tiveram oportunidade de formular quesitos e apresentaram questões suplementares, todas respondidas pelo perito (fls. 512/519).

Nessas condições, não há razão alguma para se deferir a oitiva de engenheiros agrônomos (fls. 328/329), para testemunhar sobre questões técnicas já apreciadas nas perícias.

O depoimento pessoal das partes, por sua vez, não lograria mais do que reproduzir suas respectivas teses.

Lembre-se ainda o disposto no art. 330, I, do CPC de 1.973, vigente à época dos fatos, que autoriza o julgamento antecipado da lide mesmo sendo a questão de mérito de fato e de direito, bastando que não haja necessidade de produzir prova em audiência. Tal é justamente a hipótese verificada nos autos, razão pela qual rejeito a preliminar ora analisada.

3. Quanto ao mérito, o recurso comporta parcial provimento.

Segundo a petição inicial, o autor cultivou sorgo em terreno arrendado de 29 hectares, situado entre duas fazendas de propriedade da corré USINA ALTA MOGIANA S/A - AÇÚCAR E ÁLCOOL, nas quais se cultivava cana-de-açúcar.

A lavoura de sorgo deteriorou-se completamente em razão da aspersão aérea, pelas rés, de defensivos agrícolas sobre seus cultivos de cana, nos dias 29 e 30 de abril de 2.008.

O autor pretende indenizar-se dos danos materiais daí resultantes, que avalia em R$ 49.880,00, além dos danos morais, por valor equivalente.

A controvérsia cinge-se principalmente à relação de causalidade entre a aplicação de defensivos agrícolas pelas rés e a deterioração da lavoura do autor a ocorrência de dano.

São os fatos postos a julgamento.

4. Respeitado o entendimento do MM. Juiz, o dano suportado pelo autor guarda nexo de causalidade com a aspersão de agrotóxicos pelas rés.

Acesso ao Sumário

Logo após os fatos foi elaborado laudo do Instituto de Criminalística em inquérito policial para apuração da contaminação da lavoura vizinha. Constatou-se que a cultura do autor apresentava "*sinais de fitotoxidade comumente provocados por agrotóxicos e defensivos agrícolas*" (fl. 354), constatados igualmente em outras plantações próximas (fls. 353/356).

O laudo foi elaborado em 25 de julho de 2.008, menos de três meses após os fatos, quando as plantações ainda não haviam sido removidas, o que lhe confere credibilidade e verossimilhança.

No mesmo inquérito, o autor e os agricultores vizinhos Antonio José Ávila, Antonio Carlos Pereira, Nilo Cesar Tavares e Valdir Guarnieri declararam que suas lavouras deterioraram-se após as aplicações de defensivos agrícolas feitas pelas rés em suas plantações de cana (fls. 359/370).

A perícia realizada nos autos, ultimada somente três anos após os fatos, se serviu de dados indiretos, inclusive o laudo do Instituto de Criminalística, e também indicou relação de causa e efeito entre o uso de defensivos agrícolas e o perecimento da plantação do autor.

O laudo apurou que os agentes químicos "Moddus", "Curavial" e "Glifosato", empregados pelas rés, são potencialmente nocivos a plantações de sorgo, a depender da dosagem (fl., 458, quesitos "b" e "c", e fl. 518, quesito 3).

É verdade que o produto "Moddus" assim como o "Curavial" não é um herbicida, mas sim um maturador, destinado a induzir o amadurecimento das plantas. Não obstante, a perícia esclarece que o composto é adequado apenas à cana-de-açúcar, produzindo efeitos adversos ao sorgo (fl. 516, quesito 8). Ademais, as rés também ministraram Glifosato, com incontroverso potencial de afetar culturas de sorgo.

Embora os referidos produtos tenham sido aspergidos apenas sobre a cultura de cana-de-açúcar e por sobrevoos em baixa altitude - entre 2 e 5 metros -, os agrotóxicos são suscetíveis de deslocamento às imediações em função do fenômeno meteorológico denominado "inversão térmica", ou levados pelo vento, por deriva (fls. 462/463, quesitos 10 e 13 e 14).

Existe expressiva probabilidade de que os agentes químicos hajam sido transportados em função desses frequentes fenômenos meteorológicos à lavoura do autor.

Aliás, não existe outra explicação razoável para o fato de o laudo elaborado pelo Instituto de Criminalística ter encontrado na cultura do autor, três meses após os fatos, evidências da existência de defensivos agrícolas.

Note-se que as rés foram condenadas anteriormente a indenizar os danos causados aos agricultores Nilo César Tavares e Antonio José Ávila, depoentes no inquérito policial aberto à época dos fatos, conforme visto. Ambos tiveram suas lavouras atingidas pelos defensivos agrícolas, na mesma ocasião e situação

discutida nestes autos.

Confiram-se as ementas dos dois julgados deste Tribunal de Justiça que concederam a indenização:

> *Indenização por danos materiais e morais. Prejuízos causados em lavoura, decorrentes de aplicação, por meio aéreo, de produtos químicos. Sentença de improcedência. Agravo retido reiterado em sede de contrarrazões. Nulidade da sentença. Cerceamento de defesa. Desnecessidade de realização de prova testemunhal. Prova técnica que concluiu pela responsabilidade das rés. Não provimento do recurso. Mérito. Pulverização aérea nas plantações da ré com agentes químicos, resultando na contaminação da propriedade vizinha do autor. Danos materiais incontroversos e comprovados. Dever de indenizar os prejuízos sofridos com a perda da safra. Danos morais. Não configuração. Mero aborrecimento decorrente de atividade comercial a qual o autor já está habituado. Inexistência de prejuízo ao patrimônio subjetivo do demandante. Sucumbência parcial. Aplicação do artigo 21 "caput" do CPC. Negado provimento ao agravo retido e recurso de apelação parcialmente provido.* (Apel. 0002692-02.2008.8.26.0257, autor Nilo César Tavares, Rel. Edson Luiz de Queiróz, 5ª Câmara de Direito Privado, j. 29/07/2015).
>
> *Responsabilidade civil. Pedido de indenização por danos materiais e morais. Sentença de improcedência. Inconformismo do autor. Parcial provimento. Agravo retido desprovido. Desnecessidade de realização de prova testemunhal. Perícia realizada apontou para responsabilidade das rés no dano experimentado pelo autor. Rés realizaram pulverização aérea de suas plantações com agentes químicos sem o devido cuidado, resultando que tais agentes invadiram a propriedade do autor, pulverizando também a sua plantação. Danos materiais incontroversos e comprovados. Não verificação de danos morais. Sucumbência revertida em favor do autor, diante da preponderância de seus pedidos no deslinde da ação. Recurso parcialmente provido.* (Apel. 0002318-83.2008.8.26.0257, autor Antonio José Ávila, Rel. Piva Rodrigues, 9ª Câmara de Direito Privado, j. 29/07/2014).

Possível afirmar, considerados os elementos carreados aos autos e as regras de experiência comum, que os agentes químicos utilizados pelas rés foram a causa para a perda da plantação do autor, assim como ocorreu com outros cultivos situados nas imediações.

5. As rés não se desincumbiram, por outro lado, de provar que os agrotóxicos não atingiram somente a lavoura de cana, ou que são produtos não nocivos ao sorgo ou que o prejuízo resultou exclusivamente de outros fatores,

Acesso ao Sumário

como a má-qualidade das sementes ou a semeadura inadequada.

O laudo pericial apresentado pela corré SANA AGRO AÉREA LTDA. (fl. 201/292) afirma que as condições climáticas da região estavam "*dentro dos parâmetros considerados satisfatórios*" para aplicação dos produtos (fl. 237).

Entretanto, o trabalho termina por reconhecer a ocorrência de deriva por inversão térmica na região (fls. 231/232), bem como vento no momento da aplicação nas proximidades da plantação de sorgo, embora de baixa intensidade (fl. 237).

Note-se que o relatório de aplicação do produto "Moddus" indica que no momento da pulverização na propriedade "Sítio Olhos D'água", o vento se orientava para o sudoeste, exatamente a direção em que se situava o imóvel do autor (fl. 261v).

Tais circunstâncias, ao invés de refutar, acabam por confirmar que a aplicação dos agrotóxicos é causa adequada à incontroversa deterioração da plantação do autor, o que basta para caracterizar a responsabilidade das rés.

6. A sentença deu pela improcedência da ação, ao argumento que o laudo pericial atestou a alta probabilidade, mas não a certeza absoluta, de que os danos sofridos na cultura do autor tiveram origem na aspersão de produtos pelas corrés.

Em outras palavras, entendeu não demonstrado o nexo de causalidade. Sem razão, no entanto, uma vez que o nexo não exige certeza plena, mas juízo de probabilidade e verossimilhança.

O nexo causal é tema sempre difícil, que desafia tratamento sistemático. Várias teorias são propostas pela doutrina, sujeitas a requisitos diversos (**cfr. Gisela Sampaio da Cruz, O Problema do Nexo Causal na Responsabilidade Civil, Editora Renovar; também a respeito do nexo causal o excelente estudo de Gustavo Tepedino, Notas sobre o Nexo de Causalidade, *in* Temas de Direito Civil, Renovar, tomo II, pgs. 63 e seguintes**).

A mais aceita dessas teorias é da causalidade adequada, que parte da observação daquilo que comumente acontece na vida (*id quod plerumque accidit*). Considera-se causa a condição que, em abstrato, é apta a produzir o dano. É o efeito normal ou típico daquele fato, uma consequência natural ou provável. É o curso habitual das coisas, de acordo com as regras de experiência, a produzir aquele efeito.

Essa teoria, contudo, ganhou formulação negativa, hoje prevalecente na mais avançada doutrina, segundo a qual a "*causa adequada é a que, segundo as regras de experiência, não é indiferente ao surgir do dano*" (**cfr. o profundo estudo de Fernando Noronha, *in* Direito das Obrigações, vol I, Saraiva, p. 602 e seguintes; também Antunes Varela, Direito das Obrigações, vol. I, Almedina, p. 888**).

Segundo **Gisela Sampaio da Cruz**, por tal vertente da teoria da

Acesso ao Sumário

causalidade adequada, "*o fato que atua como condição do dano só deixará de ser considerado como causa adequada quando, dada sua natureza geral, se mostrar indiferente para a verificação do dano, estranhas ou extraordinárias*" (**cf. O Problema do Nexo Causal na Responsabilidade Civil, Editora Renovar, 2005, p. 70**).

Ao se adotar a formulação negativa da teoria da causalidade adequada, basta ao lesado provar tão somente a condicionalidade, ou seja, que o evento atribuído ao responsável foi uma condição do dano, restando, assim, presumida a adequação. Inverte-se, portanto, o ônus da prova em favor do lesado.

No dizer de **Fernando Noronha**, "*se o lesante praticou ato suscetível de causar o dano, ou se este fato aconteceu dentro de sua esfera de risco, sobre ele deve recair o ônus de provar que, apesar da condicionalidade, não houve adequação entre tal fato e o dano*" (**Direito das Obrigações, Saraiva, vol. I, p. 612**).

Foi o que ocorreu no caso concreto.

Se as corrés aspergiram em sua lavoura defensivos e produtos capazes de danificar a cultura de imóveis vizinhos, e o dano realmente se consumou, o nexo se inverte.

O laudo pericial atestou a elevada probabilidade de os produtos usados pelas corrés serem a causa dos danos sofridos na lavoura do autor.

Caberia às corrés, portanto, demonstrar que os produtos eram inofensivos, ou que não houve a dispersão dos prédios vizinhos. Tal prova, porém, inexiste nos autos.

7. Uma vez configurado o nexo causal entre os fatos narrados na petição inicial e o dano, passa-se à apuração dos lucros cessantes.

Não se exige para tanto a certeza de que o evento danoso impediu a existência de um ganho ou vantagem.

Observado o postulado normativo da razoabilidade, a análise deve ser baseada em presunções e no que ordinariamente acontece, assim como no exame do nexo de causalidade.

Nesse sentido posiciona-se **Gisela Sampaio da Cruz Guedes**, para quem "*quando se discute lucro cessante, entretanto, esse requisito da certeza tem de ser obrigatoriamente mitigado. Afinal, referem-se os lucros cessantes a algo que não aconteceu - vantagens que deixaram de ser auferidas em virtude de evento danoso. A indenização deve, pois, ser fixada conforme o que razoavelmente se deixou de perceber, mas não se reclama certeza, porque a ninguém é dado prever - e, muito menos, comprovar - a sequência futura dos acontecimentos*" (**Gisela Sampaio da Cruz Guedes, Lucros cessantes, p. 90**).

Nessa perspectiva, com base nos ensinamentos de **Carvalho de**

Acesso ao Sumário

Mendonça, citado por **Gisela Sampaio da Cruz Guedes**, é possível afirmar que, ao contrário do dano emergente, que deve ser devidamente comprovado, "*o lucro cessante não comporta essa prova absoluta e admite ilações ou presunções, pois que tratamos de fatos não sensíveis, mas prováveis*" (***apud* Gisela Sampaio da Cruz Guedes, obra citada, p. 87**).

No caso, há elementos suficientes para se estimar com razoável segurança o prejuízo do autor.

Apesar de a lavoura de sorgo se sujeitar a diferentes níveis de fitotoxidade, de acordo com a proximidade com a plantação das rés (fl. 462, quesito 9, e 466, quesito 2), a perícia avaliou em 100% a deterioração da lavoura (fls. 463/465, quesitos 11, 12, 15 e 18), a exemplo do laudo de vistoria *in loco*, integrante do inquérito policial (fl. 350).

A plantação produziria 2.320 sacas de sorgo, considerada a área de 29 hectares e produtividade de 80 sacas por hectare, conforme a vistoria realizada por engenheiro agrônomo e apresentada pelo autor (fl. 25). Trata-se de estimativa mais fundamentada que a sugerida pela ré SANTELISA VALE BIOENERGIA S/A, de 55 sacas, desprovida de amparo por profissional (fl. 115).

Considerando que a saca era vendida à época por R$ 21,50 (fls. 28/29), estima-se a produção total em R$ 49.880,00.

Subtrai-se o preço das sementes (R$ 3.410,00, fl. 22) para se encontrar, ausentes provas de outros custos relevantes, o lucro cessante de R$ 46.390,00, valor a ser pago pelas rés.

7. Não houve, a meu sentir, ofensa a bem juridicamente tutelado de caráter extrapatrimonial.

Como ressaltado alhures, as rés causaram grandes prejuízos à produção agrícola do autor, de modo a lhe causar dano patrimonial e natural inconformismo.

Na esplêndida lição de **Maria Celina Bodin de Moraes** quando os atos ilícitos ferem direitos da personalidade, como a liberdade, a honra, a atividade profissional, a reputação, as manifestações culturais e intelectuais, a própria violação causa danos morais *in re ipsa*, decorrente de uma presunção *hominis*.

Quando, porém, os efeitos da ação, embora não repercutam na órbita de seu patrimônio material, mas originam angústia, dor, sofrimento, tristeza ou humilhação à vítima, trazendo-lhe sensações e emoções negativas, pode haver dano moral indenizável, se houver prova de sua intensidade em patamar superior ao dos aborrecimentos e dissabores a que todos se sujeitam a próprios da vida cotidiana (**Danos à Pessoa Humana - uma leitura civil-constitucional dos danos morais, Renovar, Rio de Janeiro, 2.003, os 157/159**).

No caso concreto, a ofensa não violou direitos da personalidade do autor, mas apenas lhe causou sentimentos negativos, cuja intensidade não se encontra demonstrada nos autos.

Acesso ao Sumário

Não vejo razão para indenizar danos morais em virtude de ilícito de natureza nitidamente patrimonial.

Destaco que não há violação a direito moral de autor, que poderia, segundo tranquilo entendimento do STJ, gerar danos extrapatrimoniais indenizáveis.

8. Em suma o recurso deve ser acolhido em parte, para condenação das rés a indenizar o autor o valor de R$ 46.390,00, equivalente ao da lavoura deteriorada pela aspersão de agrotóxicos.

Tal valor deve ser atualizado desde a data de sua estimativa e acrescido de juros de mora com termo inicial na data nos fatos, por se tratar de ilícito aquiliano (Súmula 54 STJ).

A modificação do resultado, com parcial procedência da ação indenizatória, torna recíproca a sucumbência.

Cada parte arcará com metade das custas processuais e com os honorários do advogado da parte adversa, que fixo em R$ 4.900,00, atualizados a contar desta data.

Dou parcial provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1004456-11.2016.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante/apelado COMPANHIA PAULISTA DE FORÇA E LUZ - CPFL, é apelado/apelante ALFA SEGURADORA S/A.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 4ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento aos recursos. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 34.374)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores NATAN ZELINSCHI DE ARRUDA (Presidente), HAMID BDINE e ENIO ZULIANI.

São Paulo, 12 de agosto de 2016.

NATAN ZELINSCHI DE ARRUDA, Relator

Ementa: Indenização. Ação regressiva. Seguradora indenizara o segurado que tivera aparelhos eletroeletrônicos danificados em decorrência de sobrecarga na rede elétrica. Legitimidade ativa se faz presente. Equipamentos danificados se encontravam no imóvel que é servido pela energia elétrica que é

Acesso ao Sumário

distribuída pela ré. Prescrição não caracterizada. Ação proposta em prazo inferior a três anos do pagamento ao segurado. Falha na prestação de serviços se faz presente. Relação de consumo caracterizada. Danos demonstrados. Obrigação de indenizar configurada. Juros de mora a contar da citação. Aplicação do artigo 405 do Código Civil. Verba honorária fixada com razoabilidade. Apelos desprovidos.

VOTO

1. Apelações interpostas tempestivamente com base na r. sentença de págs. 132/134, aclarada pelos embargos de pág. 161, que julgou procedente ação de indenização por danos materiais proposta por seguradora que indenizara segurado em face de empresa que distribui energia elétrica e decorrente de anomalia em rede elétrica que atingira equipamento de segurado.

Alega a ré que ocorrera a prescrição, pois quase três anos após realizar o pagamento diretamente ao segurado é que foi proposta a ação, ou seja, em 26 de março de 2015, quando já havia transcorrido o prazo trienal, de acordo com o artigo 206, § 3º, inciso V, do Código Civil. Declara que se trata de parte ilegítima ativa, uma vez que o segurado não é titular da unidade consumidora. Expõe que não causara danos, haja vista que a autora pretende impor à ré a responsabilidade em decorrência de descargas elétricas que são eventos da natureza, ou seja, os danos são provenientes de raios, portanto, o infortúnio fora causado por fato externo, de força maior, a que está sujeito qualquer consumidor de energia elétrica, reportando-se a decisões judiciais. Diz que não houve pedido administrativo de ressarcimento de danos elétricos, referindo-se à Resolução Normativa da ANEEL, e da inexistência de defeito na prestação de serviços, bem como ausência de ato ilícito e nexo causal, destacando, outrossim, que a teoria do risco administrativo exime do dever de indenizar. Faz referência à inaplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor, requerendo, afinal, o provimento do recurso, para que a ação seja julgada improcedente, prequestionando a matéria.

Acesso ao Sumário

A autora também apela aludindo que o sinistro ocorrera por conta da falha na prestação de serviços da apelada, ante as oscilações na rede de energia elétrica, ou seja, falha na prestação de serviços. Diz que o cômputo dos juros no caso de responsabilidade civil, por se tratar de ato ilícito, deve ser considerado desde a prática do ato, de acordo com a Súmula 54 do Superior Tribunal de Justiça. Reitera que os juros moratórios deverão incidir desde o desembolso, reportando-se a inúmeros julgado. Por último requer o provimento do apelo.

Os recursos foram contra-arrazoados pela autora, págs. 202/242, bem

como pela ré, págs. 243/247, rebatendo integralmente as recíprocas apelações.

É o relatório.

2. A r. sentença apelada merece ser mantida.

A legitimidade ativa se faz presente, pois restou demonstrado que a sobrecarga elétrica atingira o imóvel em que se encontravam os equipamentos segurados.

É irrelevante que tais equipamentos pertençam ao próprio consumidor cadastrado pela empresa que distribui energia elétrica ou a outrem, desde que os objetos se encontrem no imóvel que recebe o fornecimento de energia elétrica distribuído pela ré, ressaltando, inclusive, a notória relação de consumo.

3. O lapso prescricional não está configurado, sobretudo porque, não se identifica que entre o pagamento correspondente à indenização ao segurado e a propositura da ação tivesse transcorrido três anos, até porque, referido pagamento se dera em 01º de abril de 2013 e a ação fora proposta em 20 de janeiro de 2016, consequentemente, o triênio não transcorrera, logo, referências aleatórias por parte do polo passivo não têm consistência ao mencionado tópico, já que sequer observa com o devido cuidado o aspecto cronológico.

4. A responsabilidade objetiva da ré é integral, mesmo porque, não fora mencionado fortuito externo, mas, ao contrário, abrangeu oscilação de carga na rede elétrica, sendo que a ausência de pedido administrativo de ressarcimento não é pressuposto para que se pleiteie em juízo a verba reparatória pertinente, ressaltando que a relação de consumo é notória e tem amplo entendimento jurisprudencial.

A jurisprudência assim entende:

"*Fornecimento de energia elétrica. Demanda indenizatória julgada procedente em parte. Danos materiais. Caracterizada responsabilidade objetiva da demandada, nos termos do art. 37, § 6º, CF - concessionária de serviço público. Ausência de comprovação da alegada culpa exclusiva do consumidor. Efetiva comprovação dos danos experimentados pelo apelado em razão de descarga elétrica. Caracterizado nexo causal entre os prejuízos suportados pelo consumidor e os serviços prestados pela recorrente. Não elidido o dever de indenizar. Recurso desprovido.*" (Apelação Cível nº 0029214-27.2010.8.26.0506. Relator Des. J. Paulo Camargo Magano. Vigésima Sexta Câmara de Direito Privado. J. 09-06-2016)

"*Ação de reparação de danos materiais e morais. Danos patrimoniais. Prestação de serviços. Fornecimento de energia elétrica. Interrupção por 6 horas por manutenção preventiva. Ré que confirma a manutenção na rede. Aparelhos que foram danificados por problemas de tensão. Serviço que é essencial e deve ser prestado de forma contínua e adequada.*

Acesso ao Sumário

Alegação de problemas meteorológicos. Inadmissibilidade. Aplicação do artigo 22 do Código do Consumidor. Responsabilidade da prestadora de serviço que é objetiva. Isenção de responsabilidade apenas nas hipóteses previstas no artigo 14, par. 3º, I e II do CDC. Danos materiais existentes e comprovados. Indenização devida. Precedente desta Câmara. Dano moral também configurado. Valor da indenização que se mostra adequado. Recurso improvido." (Apelação Cível nº 1007002-73.2014.8.26.0079. Relator Des. Ruy Coppola. Trigésima Segunda Câmara de Direito Privado. J. 14-04-2016)

O defeito na prestação de serviços se encontra exatamente na instabilidade da carga elétrica transmitida pela rede, portanto, referências de que não teria ocorrido nenhum defeito não pode sobressair, pois caberia a própria ré demonstrar de forma clara e precisa a eficácia dos serviços, o que sequer indícios de prova trouxe, consequentemente, o ato ilícito está configurado, bem como o nexo causal.

5. Assim, a indenização está apta a sobressair, com incidência de juros a contar da citação, haja vista disposição expressa no artigo 405 do Código Civil, portanto, não se vislumbra nenhum suporte para alteração da decisão em exame, mesmo porque, não é caso de aplicação da Súmula 54 do Superior Tribunal de Justiça, que abrange atos ilícitos diversos e não em simples relação de consumo.

6. A verba honorária se apresenta compatível com o desfecho ocorrido na demanda, destacando, inclusive, o princípio da razoabilidade na fixação do *quantum*, pois referida quantia remunera de forma condizente o titular da capacidade postulatória que representa o polo ativo.

7. Com base em tais fundamentos, **nega-se provimento aos apelos**.

ACÓRDÃO

Acesso ao Sumário

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1005597-02.2015.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante A.F.O., é apelada S.L.F. (MENOR(ES) REPRESENTADO(S)).

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 16.082)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores SILVÉRIO DA SILVA (Presidente sem voto), GRAVA BRAZIL e SALLES ROSSI.

São Paulo, 13 de junho de 2016.
THEODURETO CAMARGO, Relator

Ementa: COMPETÊNCIA - AÇÃO DE GUARDA AJUIZADO PELO PAI - MENOR RESIDINDO EM COMPANHIA DA MÃE NA ESPANHA - INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA BRASILEIRA PARA CONHECER DO PEDIDO - INTELIGÊNCIA DO ART. 147 DO ECA - EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM JULGAMENTO DO MÉRITO MANTIDA - RECURSO DESPROVIDO.

VOTO

Cuida-se de apelação interposta contra a r. sentença de fls. 33/35, que, nos autos da ação de guarda, julgou extinto o processo sem resolução do mérito.

Irresignado, apela o autor pugnando pela reforma da decisão, sustentando que a apelada, embora esteja no exterior, não possui residência habitual ou domicílio na Espanha, pois não cumpriu os requisitos estabelecidos pela lei espanhola, daí por que insiste para que a justiça brasileira seja considerada competente para o julgamento do pedido (fls. 77/86).

Comprovado o recolhimento do preparo (fls. 87/89), o recurso foi recebido no efeito devolutivo (fls. 92).

Não foram apresentadas contrarrazões.

A d. Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo desprovimento do recurso (fls. 98/100).

Por fim, não houve oposição ao julgamento virtual do recurso (fls. 104).

É o relatório.

1.- SINTESE DA DEMANDA - A.F.O. ajuizou "ação de regulamentação de guarda" com o objetivo de fixar o regime de guarda compartilhada, sob o argumento de que a mãe, que reside no exterior em caráter temporário, estaria desrespeitando o acordo firmado quando da dissolução da união estável.

O MM. Juiz de primeiro grau verificou ser caso de incompetência absoluta do juízo e julgou extinto o processo sem julgamento do mérito.

Nesta sede, discute-se se a Justiça Brasileira é ou não competente para o conhecimento do pedido.

2.- DO MÉRITO - O recurso não comporta provimento.

Como se sabe, é o domicílio dos pais ou responsáveis que determina a competência para a demanda em tela, a teor do que dispõe o art. 147 do ECA.

Acesso ao Sumário

Nesse diapasão, ainda que a regra do dispositivo retro seja de competência territorial, segundo a jurisprudência, é certo que disciplina hipótese de competência absoluta, no propósito de proteger o interesse da criança (STJ - 2ª Seção, CC 72.971, rel. Min. Gomes de Barros, j. 27.6.07, DJU 18.07).

No caso, o apelante concedeu autorização para que a menor S.L.F. "viaje e fixe residência no exterior", em companhia de sua mãe (fls. 15).

Se assim é, é certo que a menor está na guarda de fato da mãe, que está atualmente residindo no exterior.

Desse modo, a Justiça Brasileira não é a competente para dirimir o litígio tal como proposto pelo apelante.

Nesse sentido é a jurisprudência do colendo STJ: "COMPETÊNCIA. CONFLITO POSITIVO. MENOR. DOMICÍLIO DE QUEM DETÉM A GUARDA, COM REGULARIDADE. I - Consoante o artigo 147 do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90), a competência para dirimir as questões referentes ao menor é do foro do domicílio dos seus pais ou responsável ou do lugar onde se encontre a criança ou adolescente, à falta dos pais ou responsável. II - Tendo sido exercida a guarda de fato pela mãe, com a qual a menor convivia desde a época da separação do casal, o foro de seu domicílio é o competente para o julgamento de todas as ações que visem determinar a guarda definitiva. Agravo a que se nega provimento" (2ª/seção, AgRg no CC 41.804/GO, rel. Ministro Castro Filho, j. em 25.08.2004, DJ 13.09.2004, p. 171).

Por fim, como bem observado pela d. Procuradoria Geral de Justiça, a alegação de falta de registro da apelada na cidade onde reside não prospera, pois "não há prova nos autos de que esse registro não foi realizado e, ainda que não tenha sido, devemos observar a lei brasileira nesse ponto, que é clara em considerar o domicílio da pessoa natural no 'lugar onde ela estabelece a sua residência com ânimo definitivo' (CC, art. 70), não fazendo qualquer exigência de registro" (fls. 100).

Nesses termos, a r. sentença proferida nos autos da ação de regulamentação de guarda deve ser mantida, sem prejuízo de, caso a menor não tenha retornado ao Brasil na data prevista, o apelante possa entrar com a ação cabível para discutir os seus direitos como pai.

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

Na hipótese de apresentação de embargos de declaração contra o presente acórdão, ficam as partes intimadas a se manifestarem, nas próprias razões recursais, a respeito de eventual oposição ao **julgamento virtual**, nos termos do art. 1º da Resolução n. 549/2011 do Órgão Especial deste Eg. Tribunal de Justiça, entendendo-se o silêncio como concordância.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0222626-45.2008.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante/apelado COMPANHIA BRASILEIRA DE DISTRIBUIÇÃO, é apelado/apelante MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 10ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso da ré e deram parcial provimento ao recurso do autor. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 13.500)**

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

São Paulo, 21 de junho de 2016.

CESAR CIAMPOLINI, Relator

Ementa: Ação civil pública proposta pelo M.P. na defesa de interesses individuais homogêneos, em tema de direito do consumidor. Art. 129, III, da Lei Maior. Art. 27, IV, "a", da Lei 8.625/93. Art. 81 e seu § único, III, bem assim art. 82, I, ambos do CDC. Legitimidade ativa do M.P. Jurisprudência do STF e do STJ a respeito.

Alegação da ré de que o inquérito civil que precedeu a ação civil pública foi meramente formal. Improcedência, na medida em que a própria instauração de inquérito prévio é facultativa. Lei 7.347/85, § 1º do art. 8º. Precedentes do STJ.

Alegação da ré de que o pedido - de declaração da abusividade da prática de anunciar preços a prazo como sendo iguais aos preços à vista - é juridicamente impossível, por se tratar de tema cabente ao Poder Legislativo. Improcedência. O legislador pátrio tomou clara opção, até em homenagem ao princípio constitucional da razoável duração das lides judiciais, pelo chamado macroprocesso, que "surge com a propositura de ação civil pública pelo Ministério Público, evitando-se a multiplicação de demandas" (STF, RE 441.318, MARCO AURÉLIO).

Acesso ao Sumário

Alegação da ré de que a inicial deveria ter sido indeferida, por conter pedido declaratório em tema não previsto no art. 4º do CPC. Improcedência, na medida em que a defesa do consumidor em Juízo é regida pelo CDC, cujo art. 83 estabelece haja a mais ampla tutela processual para a parte mais fraca na relação de consumo. Inicial que, de resto, formula pedidos corriqueiros em se tratando de direito do consumidor, a saber, declaração de abusividade de prática (vendas à vista sem desconto, pelo mesmo preço das vendas a prazo), condenação em obrigações de não fazer (persistir na prática; anunciá-la), condenação em obrigação de fazer (informar acerca do montante dos juros), condenação em obrigação de devolver aos consumidores o que deles recebeu indevidamente com o procedimento indigitado.

Inversão do ônus probatório, que, incidindo, "in casu", não a regra geral do art. 6º, VIII, mas sim a específica do art. 38 do CDC, opera "ex lege". Precedentes do STJ.

"Meritum cæsae". Valor do dinheiro no tempo. É intuitivo, de conhecimento comum (art. 335 do CPC), que no preço pedido ao consumidor para compras a prazo o fornecedor embute juros e custos operacionais. O consumidor brasileiro, mormente o de baixa renda e de pouca escolaridade, é explorado e manipulado pela prática abusiva consistente em anunciar-se que os preços à vista e a prazo são os mesmos. Induzimento à compra a crédito. Art. 52, II e V, do CDC: ao fornecer produtos ao consumidor em relação que envolva outorga de crédito ou concessão de financiamento, o fornecedor deverá informá-lo prévia e adequadamente sobre a taxa efetiva anual de juros e a soma total a pagar, com ou sem financiamento.

Validade da sentença "erga omnes", em todo o território nacional, consoante decidiu o STJ em sede repetitiva (REsp 1.243.887, LUÍS FELIPE SALOMÃO).

Condenação da ré, em que pese o disposto no § único do art. 42 do CDC, a devolver singelamente, não em dobro, aos consumidores, o que deles recebeu

Acesso ao Sumário

por conta de juros ditos inexistentes, procedendo-se à liquidação nos termos dos arts. 95 e 97 do CDC, aplicando-se, se o caso, o art. 100 e seu § único do mesmo Código, com juros de mora desde a publicação do presente acórdão.

Sentença parcialmente confirmada, também nos termos do art. 252 do Regimento Interno do Tribunal. Parecer da Procuradoria Geral de Justiça acolhido em parte. Apelação da ré desprovida. Apelação do autor provida em parte.

VOTO

RELATÓRIO.

Trata-se de ação civil pública assim sumariada pela r. sentença de procedência parcial (fls. 554/565), da lavra da então MMª. Juíza, hoje ilustre Desembargadora DAISE FAJARDO NOGUEIRA JACOT:

"**1.- MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO**, por intermédio da Promotoria de Justiça do Consumidor da Capital, ajuizou esta **AÇÃO CIVIL PÚBLICA** em face de **COMPANHIA BRASILEIRA DE DISTRIBUIÇÃO**, também qualificada na inicial, visando a declaração de abusividade da prática da ré consistente em oferecer à venda ou vender produtos para pagamento à vista pelo mesmo preço cobrado para pagamento parcelado, inclusive através de cartão de crédito, com a condenação da ré em obrigação de não fazer consistente na abstenção dessa prática abusiva, de anunciar que a venda de produtos é sem juros, bem ainda a condenação da ré em obrigação de fazer consistente em informar prévia e adequadamente os consumidores sobre o montante de juros e acréscimos legalmente previstos, com a ampla divulgação da decisão condenatória pelos meios de comunicação social, além da condenação na repetição do indébito.

O Ministério Público alega, em resumo, que a Empresa ré atua no comércio varejista de massa, promovendo a venda de diversos produtos no mercado de consumo em duas modalidades de pagamento: à vista ou mediante financiamento; no pagamento parcelado há contratação da compra e venda e da concessão de financiamento; a ré é obrigada a informar devidamente os consumidores sobre os preços dos produtos que comercializa; apurou em Inquérito Civil que a ré anuncia ofertas manifestamente enganosas, levando o consumidor a crer que, embora haja financiamento, os juros não seriam cobrados; generalizou-se uma fictícia equiparação dos preços à vista e a prazo, pois a ré cobra efetivamente juros dos consumidores. Sustentou o alegado com legislação, doutrina e jurisprudência. Por fim, requereu a citação da ré

Acesso ao Sumário

para os termos do pedido, com aplicação da inversão do ônus da prova, e que, julgada procedente a Ação, sejam a ela impostos os ônus do sucumbimento (fls. 2/39). Juntou documentos (fls. 40/80).

Foram publicados Editais para eventuais intervenções de interessados como litisconsortes (fls. 87/88 e 91).

Citada (fl. 90), a ré apresentou defesa arguindo preliminarmente falta de interesse de agir, ilegitimidade de parte, ausência de pressuposto intrínseco à atividade do Ministério Público em Juízo, impossibilidade jurídica do pedido, inépcia da inicial e ilegitimidade do Ministério Público Estadual para requerer provimento jurisdicional de âmbito nacional. No mérito, sustentou a improcedência, sob a argumentação de que não cobra juros em parcelamentos nem realiza publicidade enganosa; os prazos de pagamento concedido por seus fornecedores, a redução da verba de propaganda e *'marketing'* e da margem de lucro, a maior abertura ao consumo das classes '*C*' e '*D*', além da concorrência, são fatores que permitem e até impõem os parcelamentos sem juros; devem ser aplicados ao caso os princípios da livre iniciativa, da legalidade, da isonomia e da livre concorrência, de forma compatível com o princípio da tutela do consumidor; o artigo 42 do Código de Defesa do Consumidor não se aplica ao caso, porquanto não há o que restituir; não há verossimilhança e hipossuficiência do autor, daí não se há falar em inversão do ônus da prova (fls. 93/144). Juntou documentos (fls. 145/296).

O Ministério Público apresentou réplica, refutando o alegado e insistindo no pedido (fls. 298/348). Juntou mais documentos (fls. 349/359).

As partes juntaram mais documentos e manifestações (fls. 361/362, 364/379, 386/454, 459/499, 502/504, 507/509, 510/514 e 516/523)." **(fls. 554/556)**.

Eis o dispositivo sentencial:

"**3.-** Diante do exposto e à luz de tudo o mais que dos autos consta, julgo **PROCEDENTE EM PARTE** esta **AÇÃO CIVIL PÚBLICA** que **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO** moveu contra **COMPANHIA BRASILEIRA DE DISTRIBUIÇÃO** e o faço para o efeito de: **a) declarar** abusiva a prática da ré consistente em oferecer à venda ou vender produtos para pagamento à vista pelo mesmo preço cobrado para pagamento parcelado, inclusive através de cartão de crédito; **b) condenar** a ré em **obrigação de não fazer** consistente na abstenção dessa prática abusiva de oferecer à venda ou vender produtos para pagamento à vista pelo mesmo preço cobrado para pagamento parcelado, inclusive através de cartão de crédito, sob pena de multa diária de R$ 300,00; **c) condenar** a ré em **obrigação de não fazer** consistente na abstenção da prática de anunciar venda de produtos à prazo sem juros, sob pena de multa diária de R$ 300,00; e **d) condenar** a ré em **obrigação de fazer** consistente em informar prévia e adequadamente os consumidores sobre o montante de juros e acréscimos legalmente

Acesso ao Sumário

previstos, com ampla divulgação da decisão condenatória pelos meios de comunicação social, sob pena de multa diária de R$ 300,00.

Em consequência, **EXTINGO** o processo na fase de conhecimento, com base no artigo 269, inciso I, do Código de Processo Civil.

Arcará a ré, por força do princípio do sucumbimento, com o pagamento das custas e despesas processuais." **(fl. 564).**

Houve embargos de declaração da ré (fls. 572/582), que foram rejeitados a fls. 583, por infringentes.

Apelam as partes.

Primeiramente o faz a ré (fls. 586/649), juntando documentos (fls. 652/889), a insurgir-se contra a inversão do ônus da prova e a pedir a reforma da r. sentença. Alega matérias preliminares: falta de interesse de agir e ilegitimidade ativa do Ministério Público; falta de pressuposto processual, posto que o inquérito civil que precedeu a ação foi meramente formal, com o que não se satisfaz a lei; impossibilidade jurídica do pedido, pois à Justiça não cabe legislar; inépcia da petição inicial, por conter pedido declaratório em tema não previsto no art. 4o do CPC.

Contrarrazões do MP a fls. 894/931.

Apelação da instituição a fls. 933/968. Pretende o acolhimento da pretensão condenatória de devolução de valores indevidamente cobrados aos consumidores em dobro ou, subsidiariamente, singela. Pede também a extensão, a todo território nacional, dos efeitos da sentença.

Contrarrazões da ré a fls. 976/998, acompanhada por documentos (fls. 999/1.014).

Parecer da douta Procuradoria Geral de Justiça, da lavra do ilustre Dr. RUYMAR DE LIMA NUCCI a fls. 1.023/1.049, pelo desprovimento do recurso da ré e pelo provimento do recurso do autor.

É o relatório.

FUNDAMENTAÇÃO.

Quanto ao interesse de agir e à legitimidade ativa do M.P., está na Constituição da República:

"**Art. 129.** São funções institucionais do Ministério Público:

.....

III - promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos; (...)"

Dispõe a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público (nº 8.625/93):

"**Art. 25**. Além das funções previstas nas Constituições Federal e Estadual, na Lei Orgânica e em outras leis, incumbe, ainda, ao Ministério Público:

Acesso ao Sumário

.....

IV - promover o inquérito civil e a ação civil pública, na forma da lei:

a) para a proteção, prevenção e reparação dos danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, aos bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, e a outros interesses difusos, coletivos e individuais, indisponíveis e homogêneos; (…)" **(grifei)**.

Por sua vez, o Código de Defesa do Consumidor:

"**Art. 81**. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo.

Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de:

I - interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato;

II - interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base;

III - interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum.

Art. 82. Para os fins do art. 81, parágrafo único, são legitimados concorrentemente:

I - o Ministério Público; (…)"

Sendo o caso dos autos, indisputavelmente, de ação civil pública movida "*para proteção, prevenção e reparação de danos causados ao consumidor*" (Lei Orgânica), e visando à "*defesa dos interesses e direitos dos consumidores*" (CDC), a preliminar não prospera.

A questão, de resto, é a tal ponto pacífica no Superior Tribunal de Justiça, que seus eminentes Ministros a julgam, todos os dias, monocraticamente.

Copio a ementa do último acórdão em sede de agravo regimental contra decisão monocrática existente no ***site*** da Corte na data em que redijo este voto:

"ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO ART. 557 DO CPC. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. TELEFONIA. TUTELA DOS INTERESSES DOS CONSUMIDORES. LEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO. AFASTADA A COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. AUSÊNCIA DE INTERESSE DIRETO DA ANATEL. PERDA DE OBJETO DA AÇÃO. CUMPRIMENTO DAS CONDIÇÕES EXPOSTAS NO TERMO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA. NECESSIDADE DE REVOLVIMENTO DO CONJUNTO FÁTICO E PROBATÓRIO CONSTANTE DOS AUTOS. SÚMULA 7/STJ.

1. Não há falar em violação ao art. 557 do CPC quando o relator, de forma monocrática, nega seguimento a recurso especial com base em

Acesso ao Sumário

jurisprudência dominante do respectivo tribunal. Ademais, eventual violação ao citado dispositivo fica superada com o julgamento do agravo regimental pelo colegiado.

2. De acordo com a jurisprudência do STJ, o Ministério Público possui legitimidade para promover ação civil pública ou coletiva para tutelar, não apenas direitos difusos ou coletivos de consumidores, mas também de seus direitos individuais homogêneos.

3. Não há falar na existência de litisconsórcio passivo necessário com a ANATEL, tendo em vista que, no caso dos presentes autos, o ponto discutido é a relação de consumo entre a concessionária de telefonia e os consumidores (e não a regulamentação da referida agência reguladora). Assim, não há falar na existência de interesse jurídico do ente regulador.

4. Verificar se houve ou não o cumprimento das condições expostas no Termo de Ajustamento de Conduta firmado com a ANATEL é matéria que demanda o revolvimento do conjunto fático e probatório constante dos autos, o que é inviável na via recursal eleita a teor da Súmula 7/STJ.

5. Agravo regimental não provido." **(AgRg no REsp 1.381.661, MAURO CAMPBELL MARQUES, DJe de 16/10/2015)**.

Assim também decidiu mais de uma vez o Supremo Tribunal Federal, consoante julgados colacionados nas contrarrazões de apelação: RE 441.318, MARCO AURÉLIO; RE-AgR-ED 470.135, CEZAR PELUSO; AI-AgR 438.703, ELLEN GRACIE; RE 195.056, CARLOS VELLOSO).

Eis a ementa do primeiro dos julgados do Pretório Excelso, em tema que, de resto, guarda relação com o caso dos autos:

"POLÍTICA JUDICIÁRIA - MACROPROCESSO - ESTÍMULO. Tanto quanto possível, considerado o direito posto, deve ser estimulado o surgimento de macroprocesso, evitando-se a proliferação de causas decorrentes da atuação individual. LEGITIMIDADE - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - MINISTÉRIO PÚBLICO - CARTÕES DE CRÉDITO - PROTEÇÃO ADICIONAL - DISPOSIÇÃO CONTRATUAL. O Ministério Público é parte legítima na propositura de ação civil pública para questionar relação de consumo resultante de ajuste a envolver cartão de crédito." **(RE 441.318, MARCO AURÉLIO)**.

O MP tem, portanto, interesse de agir e legitimidade ativa.

Outra preliminar diz com falta de pressuposto processual, pois teria sido meramente formal o inquérito civil que precedeu a ação.

Dispõe, todavia, a Lei 7.347/85, que disciplina a ação civil pública:

"**Art. 8º**. Para instruir a inicial, o interessado poderá requerer às autoridades competentes as certidões e informações que julgar necessárias, a serem fornecidas no prazo de 15 (quinze) dias.

§ 1º O Ministério Público poderá instaurar, sob sua presidência, inquérito civil, ou requisitar, de qualquer organismo público ou particular, certidões,

Acesso ao Sumário

informações, exames ou perícias, no prazo que assinalar, o qual não poderá ser inferior a 10 (dez) dias úteis." (**grifei**).

Como se vê, "*poderá*" o MP instaurar inquérito civil; não é obrigado a fazê-lo, para propor ação civil pública.

Citando o Ministro CELSO DE MELLO, escreveu, como relator, o Ministro LUIZ FUX, quando ilustrava o Superior Tribunal de Justiça:

"7. A doutrina do tema é coadjuvante do referido entendimento, *verbis*:

'Tal aspecto, o de servir o inquérito como suporte probatório mínimo da ação civil pública, já havia sido notado por José Celso de Mello Filho quando, na qualidade de Assessor do Gabinete Civil da Presidência da República, assim se pronunciou no procedimento relativo ao projeto de que resultou a Lei n. 7.347/85: 'O projeto de lei, que dispõe sobre a ação civil pública, institui, de modo inovador, a figura do inquérito civil. Trata-se de procedimento meramente administrativo, de caráter pré-processual, que se realiza extrajudicialmente. O inquérito civil, de instauração facultativa, desempenha relevante função instrumental. Constitui meio destinado a coligir provas e quaisquer outros elementos de convicção, que possam fundamentar a atuação processual do Ministério Público. O inquérito civil, em suma, configura um procedimento preparatório, destinado a viabilizar o exercício responsável da ação civil pública. Com ele, frusta-se a possibilidade, sempre eventual, de instauração de lides temerárias. (…).' (Rogério Pacheco Alves, em sua obra intitulada 'Improbidade Administrativa', 2ª edição, págs. 582/583).'" **(RMS 21.038, LUIZ FUX**).

A afirmar a facultatividade do inquérito, colho precedente do próprio STJ, citado no corpo do acórdão cuja ementa está acima:

"PROCESSO CIVIL - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - INQUÉRITO CIVIL: VALOR PROBATÓRIO.

1. O inquérito civil público é procedimento facultativo que visa colher elementos probatórios e informações para o ajuizamento de ação civil pública.

2. As provas colhidas no inquérito têm valor probatório relativo, porque colhidas sem a observância do contraditório, mas só devem ser afastadas quando há contraprova de hierarquia superior, ou seja, produzida sob a vigilância do contraditório.

3. A prova colhida inquisitorialmente não se afasta por mera negativa, cabendo ao juiz, no seu livre convencimento, sopesá-las, observando as regras processuais pertinentes à distribuição do ônus da prova.

4. Recurso especial provido." **(REsp 849.841, ELIANA CALMON)**.

Com razão, portanto, a r. sentença, ao decidir pela rejeição da preliminar de falta de pressuposto processual.

Pela preliminar seguinte sustenta-se a impossibilidade jurídica do pedido,

Acesso ao Sumário

pois à Justiça não cabe legislar, o que seria, ao ver da ré, o que está a se fazer nestes autos.

Longe de invadir competência de outros poderes, o Judiciário, na presente ação civil pública decide ação que o Ministério Público propôs, no exercício de sua missão constitucional, em defesa de relevantes interesses dos cidadãos em geral, que, como observou o ilustre Ministro MARCO AURÉLIO no RE 441.318, antes citado, dificilmente poderiam fazê-lo individualmente.

Nas palavras de S. Exa., a questão é de política judiciária e opção legislativa em prol do estímulo ao ajuizamento de ações coletivas:

> "Sob o angulo da política judiciária, da entrega da prestação jurisdicional em tempo razoável, há de se homenagear o macroprocesso, que surge com a propositura de ação civil pública pelo Ministério Público, evitando-se a multiplicação de demandas." **(RE 441.318)**.

Rejeito , portanto, a preliminar de impossibilidade jurídica do pedido.

A derradeira das preliminares diz com a inépcia da petição inicial, por conter pedido declaratório em tema não previsto no art. 4º do CPC.

Não é assim, todavia, que deve ser vista a questão. É ela regida pelo Código de Defesa do Consumidor, que estabelece haja a mais ampla tutela processual para os direitos dos consumidores em geral:

> "**Art. 83.** Para a defesa dos direitos e interesses protegidos por este código são admissíveis todas as espécies de ações capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela."

A ação, cuja inicial se estampa a fls. 2/39, de resto, cumula pedidos corriqueiros em temas de direito do consumidor, a saber, declaração de abusividade de práticas (vendas à vista sem desconto, pelo mesmo preço das vendas a prazo), condenação em obrigações de não fazer (persistir na prática; anunciá-la), condenação em obrigação de fazer (informar acerca do montante dos juros), condenação em obrigação de devolver aos consumidores o que deles recebeu indevidamente com os procedimentos indigitados (fls. 36/37).

Rejeito, portanto, também esta última preliminar, em torno do art. 4o do CPC.

No mérito, inicialmente, haja vista a irresignação da ré no que toca à inversão do ônus probatório quando é autor da ação o Ministério Público, a par de valioso precedente invocado pela r. sentença (STJ, REsp 951.785, LUIS FELIPE SALOMÃO), confira-se este outro, da mesma Corte Superior:

> "CONSUMIDOR E PROCESSUAL CIVIL. VIOLAÇÃO DO ART. 535, I, DO CPC. ALEGAÇÃO GENÉRICA. SÚMULA 284/STF. VIOLAÇÃO DO ARTS. 165, 458 E 535, II, DO CPC. INEXISTÊNCIA. DEVIDO ENFRENTAMENTO DAS QUESTÕES RECURSAIS. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. SERVIÇO DE TELEFONIA MÓVEL. PRESTAÇÃO DEFICIENTE. INVERSÃO DO

Acesso ao Sumário

ÔNUS DA PROVA. POSSIBILIDADE. REQUISITOS AUTORIZADORES. REVISÃO. SÚMULA 7/STJ. JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE COM DISPENSA DE PRODUÇÃO DE PROVA. CERCEAMENTO DE DEFESA AFASTADO PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. REEXAME. SÚMULA 7/STJ. VIOLAÇÃO DOS ARTS. 128 E 460 DO CPC. JULGAMENTO EXTRA PETITA. INEXISTÊNCIA. REDUÇÃO DO VALOR DA CONDENAÇÃO. NÃO INDICAÇÃO DOS DISPOSITIVOS VIOLADOS. FUNDAMENTAÇÃO DEFICIENTE. SÚMULA 284/STF. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DANO AMBIENTAL. CONDENAÇÃO A DANO MORAL COLETIVO. POSSIBILIDADE.

(…)

4. É sabido ser 'pacífico nesta Corte Superior o entendimento segundo o qual o Ministério Público, no âmbito de ação consumerista, faz jus à inversão do ônus da prova, a considerar que o mecanismo previsto no art. 6º, inc. VIII, do CDC busca concretizar a melhor tutela processual possível dos direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos e de seus titulares - na espécie, os consumidores -, independentemente daqueles que figurem como autores ou réus na ação' (REsp 1.253.672/RS, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 2/8/2011, DJe 9/8/2011).

5. Na espécie, o Tribunal de origem explicitou que, 'no caso, a sentença fundamentou-se em relatório do órgão responsável pela regulação do serviço de telefonia no país, em que se concluiu que 'os assinantes da prestadora fiscalizada estão sendo prejudicados em diversos aspectos, particularmente, os usuários não são atendidos com uma rede com qualidade adequada, ficando impossibilitados de efetuarem, ou receberem chamadas devido aos altos níveis de bloqueio, ou quando as chamadas não são interrompidas pelas quedas.' (fl. 77). A despeito da contundência do Relatório de Fiscalização n° 0072/2010/U0091, a TIM CELULAR S/A defende que deveria ter sido oportunizada a produção de novas provas, mas o faz sem indicar em que pontos a ANATEL teria se equivocado, ou seja, ela não infirma a contento o relatório produzido pela agência reguladora. Nesse sentido, em se cuidando de ação civil pública em que se discute exatamente relação de consumo existente entre a ré e os usuários dos serviços de telefonia celular por ela prestados no estado do Rio Grande do Norte, a inversão do ônus probatório mostrou-se medida acertada, na medida em que a verossimilhança das alegações dos autores mostrou-se evidenciada. Considero não ter sido necessário, assim, realizar audiência ou abrir oportunidade para a produção de novas provas.'

6. A pretensão da recorrente em obter nova análise acerca da existência dos requisitos autorizadores da inversão do ônus probatório demandaria análise do material fático-probatório dos autos, o que esbarra no óbice da Súmula 7/STJ.

Acesso ao Sumário

7. Não é possível o conhecimento do recurso especial quando visa reformar entendimento do Tribunal a quo pela desnecessidade de produção de prova, e o recorrente sustenta ter havido, com isso, cerceamento de sua defesa. Isso porque alterar a conclusão do julgador a quo pela desnecessidade da prova demandaria o reexame de fatos e provas, o que é vedado pela Súmula 7 do STJ.

8. Não ocorre julgamento extra petita quando o juiz aplica o direito ao caso concreto com base em fundamentos diversos aos apresentados pela parte. Não há falar, assim, em violação dos arts. 128 e 460 do CPC.

9. Quanto ao pedido de redução do valor de danos morais a que foi condenado, a empresa recorrente não demonstrou devidamente qual artigo de lei teria sido violado, o que impede o conhecimento do pedido de redução do valor arbitrado, ante a incidência da Súmula 284 do STF.

10. A jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido do cabimento da condenação por danos morais coletivos em sede de ação civil pública. Agravo regimental improvido." **(AgRg no REsp 1.526.946, HUMBERTO MARTINS)**.

Aliás, no caso concreto, como bem pondera o parecer da Procuradoria Geral de Justiça (fls. 1.026/1.030), incide, além da geral do art. 6o, VIII, regra específica do CDC:

"**Art. 38.** O ônus da prova da veracidade e correção da informação ou comunicação publicitária cabe a quem as patrocina."

O douto parecer, que colaciona precedente deste Tribunal a respeito de não depender da discricionariedade do juiz a imputação - que é ***ex lege*** - do ônus da prova ao fornecedor, no caso do art. 38 (Ap. 255.461-2/6, ALDO MAGALHÃES), traz também valiosa doutrina acerca do tema.

NELSON NERY e ROSA MARIA DE ANDRADE NERY, analisando o art. 38 em apreço, escrevem:

"Enquanto o CDC 6º VIII constitui exceção à regra de que o ônus da prova incumbe ao autor, quanto aos fatos constitutivos de seu direito (CPC 333 I), a norma ora analisada estabelece como regra o ônus da prova da veracidade ou correção da informação ou comunicação publicitária ao fornecedor. Quando o consumidor, nas ações individuais, ou qualquer dos legitimados pelo CDC 82, nas ações coletivas, alegar a existência de publicidade enganosa ou abusiva, incumbe ao fornecedor provar o contrário. Não há necessidade de o consumidor ou o autor da ação coletiva provar essa alegação. A hipótese não é de inversão, mas sim de determinação legal do ônus da prova, que é atribuído *ex lege* ao fornecedor." (**Leis Civis Comentadas, 2ª ed., pág. 295; cit. à fl. 1.027**).

ANTÔNIO HERMAN DE VASCONCELLOS BENJAMIN:

"O dispositivo [art. 38 do CDC] refere-se *ao princípio da inversão do ônus da prova* que informa a matéria publicitária.

Acesso ao Sumário

A inversão aqui prevista, ao contrário daquela fixada no art. 6º, VIII, não está na esfera de discricionariedade do juiz. É obrigatória. Refere-se a dois aspectos da publicidade: a veracidade e a correção.

A veracidade tem a ver com a prova de adequação ao princípio da veracidade. A correção, diversamente, abrange, a um só tempo, os princípios da não abusividade, da identificação da mensagem publicitária e da transparência da fundamentação publicitária.

A *ratio* do dispositivo é fácil de compreender. Na precisa lição de Thereza Alvim, se pretendesse o legislador deixar a cargo do consumidor a prova da enganosidade e abusividade do anúncio, 'já teria criado um obstáculo, quase intransponível, para que pudesse ele ir a juízo'. A inversão, aqui, 'está em harmonia com a obrigação de o fornecedor manter em seu poder e informar aos legítimos interessados os dados técnicos, científicos e fáticos ligados à mensagem publicitária, nos termos do art. 36, parágrafo único, do CDC'." **(Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto, 10ª ed., págs. 371/372; cit. a fls. 1026/1.027).**

Quanto ao mais, salvo no que concerne aos temas objeto do recurso do autor, mantenho a r. sentença de primeiro grau por seus próprios e jurídicos fundamentos (Regimento Interno deste Tribunal, art. 252), a saber:

"Embora as alegações da ré, afirmando que os prazos de pagamento concedido por seus fornecedores, a redução da verba de propaganda e '*marketing*' e da margem de lucro, a maior abertura ao consumo das classes '*C*' e '*D*', além da concorrência, são fatores que permitem e até impõem os parcelamentos sem juros, não há como conceber a distribuição de crédito gratuito em larga escala por parte de uma Empresa, que visa fins lucrativos.

A venda de crédito, como é sabido, tem se tornado segmento atraente para as grandes empresas, que abrem financeiras dentro de seus próprios estabelecimentos comerciais de forma a atrair grandes contingentes de consumidores.

No Brasil, onde a taxa básica de juros no ano de 2010 variou entre 8,65% a 10,66% ao ano, taxa bastante significativa se comparada com outros Países, não é de se crer que a ré coloque crédito à disposição dos consumidores sem nenhum custo.

Assim, vê-se que há, na verdade, uma equiparação artificial dos preços à vista e a prazo, de forma que o custo do crédito é repassado a todos os consumidores, e não somente àqueles que contratam o financiamento.

Essa prática reiterada de vendas a prazo, sob a oferta de '*parcelamento sem juros*', apta a induzir em erro o consumidor, configura publicidade enganosa, além de vir desacompanhada das informações necessárias, em afronta ao disposto nos artigos 6º, inciso III, e 37, § 1º, do Código de

Acesso ao Sumário

Defesa do Consumidor." **(fls. 561/562)**.

Trata-se, em última análise, do **valor do dinheiro no tempo**.

É intuitivo, de conhecimento de todos, independendo de prova, regra de experiência comum (CPC, art. 335), que um real, ou, para se falar em moeda estável, um dólar, hoje, vale mais que um dólar que será recebido daqui a algum tempo, porque um dólar hoje pode ser investido e render juros.

Quem opta por pagar à vista abre mão de ganhar juros. Quem recebe à vista, de sua parte, pode aplicar o capital recebido, auferindo juros. Os descontos de títulos em bancos, por exemplo, se fundam no conceito valor do dinheiro no tempo.

É também sabido de todos, notório (CPC, art. 334, I), ou, conceda-se, regra da experiência (CPC, art. 335), que as companhias de cartão de crédito cobram dos comerciantes taxa pelo serviço que prestam.

Assim, ao menos no que tange ao valor dessa taxa, a prática de alardear-se que o preço à vista é igual ao preço a prazo, é evidentemente abusiva: quem compra à vista, no mínimo, deveria ter o desconto correspondente ao valor pago pela ré à administradora de cartões. E, se a ré administra seu próprio cartão de crédito, o desconto correspondente aos custos dessa administração. Escancarado o engodo dos consumidores pela ré.

Cumpre enfatizar que esta ação, ora em julgamento em grau de apelação, versa, essencialmente, acerca do dever de informar o consumidor, no caso acerca da efetiva taxa de juros reais, além de outros acréscimos, que "*estão ínsitos na operação comercial*" (douto parecer ministerial de segundo grau, fl. 1.041).

O legislador esteve atento do tema, ao editar o CDC:

"**Art. 52.** No fornecimento de produtos ou serviços que envolva outorga de crédito ou concessão de financiamento ao consumidor, o fornecedor deverá, entre outros requisitos, informá-lo prévia e adequadamente sobre:

I - preço do produto ou serviço em moeda corrente nacional;

II - montante dos juros de mora e da taxa efetiva anual de juros;

III - acréscimos legalmente previstos;

IV - número e periodicidade das prestações;

V - soma total a pagar, com e sem financiamento."

Dispositivo acerca do qual, relembra o ilustre Procurador de Justiça RUYMAR DE LIMA NUCCI, doutrina um dos pareceristas que trouxeram contribuição aos autos:

"São redutíveis ao regime deste artigo todos os contratos que envolverem crédito, como os de mútuo, de abertura de crédito rotativo ('cheque especial'), de cartão de crédito, de financiamento de aquisição de produto durável por alienação fiduciária ou reserva de domínio, de empréstimo

Acesso ao Sumário

para aquisição de imóvel etc., desde que, obviamente, configurem relação jurídica de consumo." **(NELSON NERY JÚNIOR, Código de Defesa do Consumidor, pág. 618; cit. no parecer ministerial, fl. 1.040)**.

Copio ainda do douto parecer do Procurador de Justiça oficiante:

"Desse modo, o art. 52 do Código de Defesa do Consumidor parte da premissa de que as *inúmeras formas de financiamento* existentes no mercado - seja aquele feito diretamente na loja de departamentos, ou aquele realizado por meio de acordo entre a loja e a administradora de cartão de crédito (que também não é gratuito) - contemplam, em si mesmas, todos os valores decorrentes do custo do crédito, como os juros reais e acréscimos legais.

Note-se que não se discorda, aqui, do possível benefício que o pagamento parcelado pode representar para o consumidor; discorda-se, isso sim, da irregular e ilegal prática de anunciar um preço 'sem juros', quando, no entanto, tais encargos são, em verdade, repassados ao consumidor.

Convém destacar, nesse passo, observação da ilustre Promotora de Justiça oficiante em primeiro grau no sentido de que 'A razão na tese ministerial é tamanha que, atualmente, a maioria das empresas já fornece descontos para pagamentos a vista, ou indica expressamente os juros praticados nos parcelamentos' (fl. 919 da contrarrazões).

Dessa forma, à falta de documento que demonstre a *inexistência* de cobrança de juros nas vendas divulgadas nos encartes publicitários, mostra-se procedente a pretensão do Ministério Público, data vênia." **(fls. 1.042/1.043)**.

Como assevera o respeitado economista EDUARDO GIANNETTI DA FONSECA, autor de O Valor do Amanhã: Ensaio sobre a Natureza dos Juros (Companhia das Letras, 2ª ed., 2012), em entrevista concedida ao jornalista CARLOS LO PRETE:

"O consumidor brasileiro de baixa renda é explorado e manipulado por uma prática que nós não podemos tolerar. É uma prática abusiva que, de certa maneira, se beneficia da incapacidade de pessoas de baixa escolaridade de entender certas realidades um pouco mais complexas. Especificamente: em qualquer país onde os juros são muito mais civilizados o preço à vista é diferente do preço a prazo. Logo no Brasil, que pratica as taxas de juros mais elevadas do planeta, o varejo vende para a população uma ilusão de que o preço à vista é o mesmo do parcelado em 12 ou 20 vezes. Na verdade, embutem o juro no preço à vista, omitem, sonegam a informação da diferença e empurram o crédito ao cidadão que, se tivesse a informação, poderia preferir não ter o crédito, poupando para comprar à vista. Apresentar uma informação de que o preço à vista é igual ao preço a prazo é uma manipulação de comportamento. O que ocorre no Brasil é uma exploração da economia popular, um abuso de poder e uma manipulação de informação. Querem

Acesso ao Sumário

faturar em cima da ignorância do cidadão. Manipulam a informação para induzir a um comportamento." **(fl. 72).**

GEORGE AKERLOF e ROBERT SHILLER, ganhadores do Nobel de Economia, em obra momentosa, explicam que é insuficiente, para defesa do consumidor, a usual regulação, pelos sistemas legais, do direito de informação. A mais ampla transparência não basta para inibir o comércio de obter lucros indevidos.

Cartões de crédito, por exemplo, demonstram os laureados autores, apesar das gravosas taxas em que incorrem os comerciantes, não deixam de ser para eles compensadores, na medida em que induzem o consumidor a pagar mais do que o devido pelo que pretende adquirir: pesquisas indicam que o fato de poder comprar a crédito leva o consumidor a se dispor a pagar preços, em alguns casos, até 200% superiores aos justos. O consumidor, com a sensação de estar tendo sua vida facilitada, na verdade, está sendo "*fisgado como um tolo*" (Phishing for Phools, 2015, Princeton University Press).

A confirmar essa percepção, agora estudada por acadêmicos de escol, a observação do que acontece ordinariamente, no dia a dia das relações de consumo (CPC, art. 335). Por exemplo, a edição da Revista Veja São Paulo de 25 de novembro de 2015 traz reportagem acerca de restaurante nesta Capital pioneiro em propiciar a seus clientes o pagamento de contas de refeições parceladamente [título: Garçom, traz a conta (parcelada em três vezes), pág. 37].

Copio o texto:

"No início de outubro, a Tartuferia San Paolo passou a oferecer uma possibilidade de pagamento que alguns clientes ainda acham se tratar de pegadinha: dividir contas acima de 200 reais em três vezes no cartão. 'Se as lojas de roupa fazem isso, por que não os restaurantes?', pondera o dono. **Lalo Zanini**. Deu certo. Ele vendeu 3500 couverts no mês passado (25% a mais que no anterior), e o tíquete médio cresceu de 96 para 112 reais. Há duas semanas, Zanini abriu uma segunda unidade de Tartuferia, também nos Jardins, com a mesma proposta. 'O parcelamento da conta veio para ficar', garante." (**grifei**).

Tem razão o M.P. Há que alertar os consumidores.

Como escreveu no começo do século passado jornalista e poeta satírico,

"O fiado é o mais forte elemento do progresso comercial. Graças a ele o negociante conquista, segura, aperta e embrulha o freguês." **(BASTOS TIGRE, D. Xiquote, pág. 215; *apud* Migalhas de Bastos Tigre, 2013, nº 339)**.

Deste modo, de se negar provimento ao apelo da ré.

Resta examinar o do autor.

Pretende o Ministério Público, em primeiro lugar, a reforma da r. sentença

Acesso ao Sumário

no que tange ao efeito que lhe emprestou sua douta prolatora, localizado "*nos limites da competência territorial*" do Juízo de Direito, vale dizer, os da Comarca da Capital do Estado (fl. 558).

Merece reforma a r. sentença, ***data venia***, como demonstra o douto Procurador de Justiça:

> "**10. <u>EFEITOS ERGA OMNES DA SENTENÇA EM TODO TERRITÓRIO NACIONAL</u>**
>
> É esse um dos temas tratados no recurso de apelação do Ministério Público (fls. 944/967); e lhe assiste razão, data vênia.
>
> Com efeito, a Corte Especial do e. Superior Tribunal de Justiça resolveu divergência sobre o assunto, e com isso *reviu sua jurisprudência*, para pacificar - à luz do regime previsto art. 543-C do CPC - o entendimento de que a sentença genérica, que julga ação coletiva, possui efeitos *erga omnes* em todo o território nacional, *verbis*:
>
> '**DIREITO PROCESSUAL. RECURSO REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA (ART. 543-C, CPC). DIREITOS METAINDIVIDUAIS. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. APADECO X BANESTADO. EXPURGOS INFLACIONÁRIOS. EXECUÇÁO/LIOUIDAÇÁO INDIVIDUAL. FORO COMPETENTE. ALCANCE OBJETIVO E SUBJETIVO DOS EFEITOS DA SENTENÇA COLETIVA. LIMITAÇÃO TERRITORIAL. IMPROPRIEDADE. REVISÃO JURISPRUDENCIAL. LIMITAÇÃO AOS ASSOCIADOS. INVIABILIDADE. OFENSA À COISA JULGADA.**
>
> **1. Para efeitos do art. 543-C do CPC: 1.1. A liquidação e a execução individual de sentença genérica proferida em ação civil coletiva pode ser ajuizada no foro do domicílio do beneficiário, porquanto os efeitos e a eficácia da sentença não estão circunscritos a lindes geográficos, mas aos limites objetivos e subjetivos do que foi decidido, levando-se em conta, para tanto, sempre a extensão do dano e a qualidade dos interesses metaindividuais postos em juízo (arts. 468, 472 e 474, CPC e 93 e 103, CDC)**.
>
> (...)
>
> (REsp 1243887/PR, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, CORTE ESPECIAL, julgado em 19/10/2011, DJe 12/12/2011)'
>
> Nesse passo, cumpre transcrever trecho do voto-condutor, em que o ilustre Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO assevera que:
>
> '**A antiga jurisprudência do STJ, segundo a qual 'a eficácia *erga omnes* circunscreve-se aos limites da jurisdição do tribunal competente para julgar o recurso ordinário' (REsp 293.407/SP, Quarta Turma, confirmado nos EREsp. n. 293.407/SP, Corte Especial), em hora mais que ansiada pela sociedade e pela comunidade jurídica, deve ser revista para atender ao real e legítimo propósito das ações coletivas, que é viabilizar um comando judicial célere e uniforme - em atenção à extensão do interesse metaindividual objetivado na**

lide.

Caso contrário, 'esse diferenciado regime processual não se justificaria, nem seria eficaz, e o citado interesse acabaria privado de tutela judicial *em sua dimensão coletiva*, reconvertido e pulverizado em multifárias demandas individuais' (MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Op. cit*. p. 325), '*atomizando'* as lides na contramão do moderno processo de '*molecularização'* das demandas. Com efeito, como se disse anteriormente, por força do art. 21 da Lei n.º 7.347/85, o Capítulo II do Título III do CDC e a Lei das Ações Civis Públicas formam, em conjunto, um microssistema próprio do processo coletivo, seja qual for a sua natureza, consumerista, ambiental ou administrativa. Assim, com o propósito também de contornar a impropriedade técnico-processual cometida pelo art. 16 da LACP, a questão relativa ao alcance da sentença proferida em ações coletivas deve ser equacionada de modo a harmonizar os vários dispositivos aplicáveis ao tema. [...] (p. 17 e 18 do acórdão) (destacou-se)'

Acresça-se, outrossim, ser inconcebível a limitação da prestação jurisdicional à comarca do órgão prolator, porquanto esse egrégio Tribunal de Justiça exerce jurisdição em todo o território estadual. Desse modo, e com o devido respeito, a r. sentença - ao limitar o alcance territorial dos efeitos da tutela definitiva - confronta recente entendimento assentado no colendo Superior Tribunal de Justiça, e, além disso, contraria os arts. 93 e 103 do CDC." **(fls. 1.045/1.047).**

Também neste tema, o STJ, diante de julgamento em sede repetitiva, vem decidindo, por seus Ministros, monocraticamente, até mesmo confirmando o apenamento como litigante de má-fé de quem recorre contra o deliberado na forma do art. 543-C do CPC.

Eis a última monocrática constante do ***site*** da Corte Superior nesta data em que redijo voto:

"1. Cuida-se de agravo interposto por BANCO DO BRASIL S/A contra decisão que inadmitiu recurso especial, por sua vez manejado em face de acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, assim ementado:

INTERESSES TRANSINDIVIDUAIS - EXCEÇÃO DE INCOMPETÊNCIA - Os consumidores titulares do direito individual homogêneo, beneficiários do título executivo havido na ação civil pública, podem promover a habilitação individual no foro da comarca dos seus respectivos domicílios - Desnecessidade de que o cumprimento da sentença seja proposto no juízo perante o qual foi distribuída a ação coletiva - A eficácia do decisum é *erga omnes* - Litigância de má-fé caracterizada - Inteligência do inciso VII, do artigo 17 do Estatuto Adjetivo Civil - Recurso improvido, com observação. No recurso especial, o recorrente alega violação aos artigos 16 da Lei 7.347/85 e 17, VI, do CPC. Argumenta que o acórdão recorrido

Acesso ao Sumário

não está observando o limite territorial da eficácia erga omnes da sentença proferida em ação civil pública. Insurge-se contra a aplicação de multa por litigância de má-fé.

Decido.

2. O inconformismo não prospera.

3. A questão do alcance subjetivo de sentença genérica proferida na Ação Civil Pública n. 1998.01.1.016798-9 já foi decidida em sede de recurso repetitivo. Em virtude do pedido formulado na ação civil pública, julgado procedente, bem como do trânsito em julgado da referida ação, não há como se restringir o seu alcance subjetivo, que atinge todos os detentores de cadernetas de poupança na referida instituição financeira em janeiro de 1989, sem qualquer restrição quanto ao seu domicílio no território nacional.

Confira-se a ementa do recurso repetitivo:

AÇÃO CIVIL PÚBLICA. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C DO CPC. SENTENÇA PROFERIDA PELO JUÍZO DA 12ª VARA CÍVEL DA CIRCUNSCRIÇÃO ESPECIAL JUDICIÁRIA DE BRASÍLIA/DF NA AÇÃO CIVIL COLETIVA N. 1998.01.1.016798-9 (IDEC X BANCO DO BRASIL). EXPURGOS INFLACIONÁRIOS OCORRIDOS EM JANEIRO DE 1989 (PLANO VERÃO). EXECUÇÃO/LIQUIDAÇÃO INDIVIDUAL. FORO COMPETENTE E ALCANCE OBJETIVO E SUBJETIVO DOS EFEITOS DA SENTENÇA COLETIVA. OBSERVÂNCIA À COISA JULGADA.

1. Para fins do art. 543-C do Código de Processo Civil: a) a sentença proferida pelo Juízo da 12ª Vara Cível da Circunscrição Especial Judiciária de Brasília/DF, na ação civil coletiva n. 1998.01.1.016798-9, que condenou o Banco do Brasil ao pagamento de diferenças decorrentes de expurgos inflacionários sobre cadernetas de poupança ocorridos em janeiro de 1989 (Plano Verão), é aplicável, por força da coisa julgada, indistintamente a todos os detentores de caderneta de poupança do Banco do Brasil, independentemente de sua residência ou domicílio no Distrito Federal, reconhecendo-se ao beneficiário o direito de ajuizar o cumprimento individual da sentença coletiva no Juízo de seu domicílio ou no Distrito Federal; b) os poupadores ou seus sucessores detêm legitimidade ativa - também por força da coisa julgada -, independentemente de fazerem parte ou não dos quadros associativos do Idec, de ajuizarem o cumprimento individual da sentença coletiva proferida na Ação Civil Pública n. 1998.01.1.016798-9, pelo Juízo da 12ª Vara Cível da Circunscrição Especial Judiciária de Brasília/DF.

2. Recurso especial não provido. (REsp 1391198/RS, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 13/08/2014, DJe 02/09/2014). Dessa forma, ficou assentado pelo STJ que a sentença proferida na Ação Civil Pública n. 1998.01.1.016798-9 se aplica indistintamente a todos os correntistas do Banco do Brasil detentores

Acesso ao Sumário

de caderneta de poupança com vencimento em janeiro de 1989, independentemente de sua residência ou domicílio no Distrito Federal reconhecendo-se ao beneficiário o direito de ajuizar o cumprimento individual da sentença coletiva no Juízo de seu domicílio ou no Distrito Federal Destarte, encontrando-se o acórdão do Tribunal de origem em harmonia com o entendimento consolidado no STJ, não merece prosperar a irresignação.

4. Descabe a esta Corte apreciar as razões que levaram as instâncias ordinárias a aplicar a multa por litigância de má-fé prevista nos artigos 17 e 18 do CPC quando for necessário rever o suporte fático-probatório dos autos. Incide o teor da Súmula 7/STJ: 'A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial'. Confira- se: AgRg no Ag 904.800/ES, Rel. Min. João Otávio de Noronha, DJ de 11.02.2008.

5. Ante o exposto, nego provimento ao agravo em recurso especial. Publique-se. Intimem-se." **(AREsp 797.486, LUIS FELIPE SALOMÃO, publ. no DJe de 10/11/2015).**

De se prover o recurso, declarando-se o efeito ***erga omnes*** da r. sentença confirmada.

O outro ponto da apelação do autor diz com a condenação da ré a indenizar os consumidores enganados e prejudicados pela prática abusiva de anunciar como sendo iguais os preços à vista e a prazo.

A procedência da ação, no ponto, é de lógica inafastável: se a prática é declarada abusiva, se se reconhece prejuízo ao consumidor, o pedido condenatório deve ser atendido. Há nexo de causa e efeito entre a prática abusiva e o prejuízo sofrido pelos consumidores.

Condeno, portanto, a ré a devolver aos consumidores o quanto deles recebeu por conta de juros ditos inexistentes.

Proceder-se-á a liquidação nos termos dos arts. 95 e 97 do CDC, aplicando-se, se o caso, o art. 100 e seu § único do mesmo Código, corrigindo-se monetariamente pela Tabela Prática deste Tribunal cada pagamento indevido, desde que efetuado. Os juros de mora serão contados desde a publicação do acórdão, posto que, até então, será de se presumir estar a ré de boa fé.

A devolução, ressalvado entendimento pessoal, será singela, não em dobro, em que pese a evidência e a clareza da situação de abusividade para este relator.

Assim proponho, por este voto, em respeito à jurisprudência desta colenda Câmara acerca do tema (***v.g.***, Aps. 1042249-55.2014.8.26.0002, CARLOS ALBERTO GARBI; 1001145-09.8.26.0565, J. B. PAULA LIMA; 0022384-94.2012.8.26.0564, AIRTON PINHEIRO DE CASTRO). É que há decisões judiciais, como registram os autos, pela validade do proceder em causa, o que a Câmara entende razão suficiente para dúvida acerca do proceder da fornecedora,

Acesso ao Sumário

a justificar a negativa da dobra do art. § único do art. 42 do CDC.

Acolho apenas em parte, deste modo, o segundo pedido recursal do autor, de condenação da ré na obrigação de indenizar os consumidores.

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

DISPOSITIVO.

Nos termos da fundamentação acima, portanto, **nego provimento** ao recurso da ré e **dou parcial** provimento ao recurso do autor.

É como voto.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0004375-88.2014.8.26.0346, da Comarca de Martinópolis, em que é apelante JOSE CARLOS MEIRELES DA COSTA (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado SERASA EXPERIAN S/A.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 3ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 34.839)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores BERETTA DA SILVEIRA (Presidente) e EGIDIO GIACOIA.

São Paulo, 16 de junho de 2016.

DONEGÁ MORANDINI, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS C/C OBRIGAÇÃO DE FAZER. "CREDIT SCORING".

I. Cadastramento do nome do autor no sistema "credit scoring", método de avaliação do risco de concessão de crédito. Prática lícita, consoante assentado pelo STJ no REsp 1.419.697-RS, Min. Paulo de Tarso Sanseverino. Dispensa de consentimento do consumidor, conforme Súmula 550 do Superior Tribunal de Justiça. Precedentes da Câmara.

II. Indenização por danos morais. Não acolhimento. Ilícito não identificado. Direito a intimidade e a vida privada do recorrente que não restou violado.

SENTENÇA PRESERVADA. APELO DESPROVIDO.

VOTO

1. Trata-se de ação de reparação de danos morais cumulada com obrigação de fazer julgada IMPROCEDENTE pela r. sentença de fls. 146/148, da lavra do MM. Juiz de Direito Alessandro Corrêa Leite e de relatório adotado.

Apela o autor.

Busca, pelas razões apresentadas às fls. 151/152v , a anulação da r. sentença, para retornos dos autos ao i. Juízo *a quo* para o processamento do feito. Afirma que a manutenção do nome do autor no sistema "credit scoring" viola a intimidade e vida privada. Subsidiariamente, requer o pronto julgamento com a procedência do feito.

O recurso foi processado e respondido (fls. 162/178).

É O RELATÓRIO.

2. O recurso é insubsistente, devendo-se preservar a r. sentença recorrida.

Lícito, de saída, o sistema *credit scoring*, objeto da controvérsia posta nestes autos, observando-se a respeito aquilo restou assentado no julgamento do Recurso Especial 1.419.697/RS, pelo STJ, com a sistemática prevista no art. 543-C, CPC, conferindo-se: **RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA (ART. 543-C DO CPC). TEMA 710/STJ. DIREITO DO CONSUMIDOR. ARQUIVOS DE CRÉDITO. SISTEMA "CREDIT SCORING". COMPATIBILIDADE COM O DIREITO BRASILEIRO. LIMITES. DANO MORAL. I - TESES: 1) O sistema "credit scoring" é um método desenvolvido para avaliação do risco de concessão de crédito, a partir de modelos estatísticos, considerando diversas variáveis, com atribuição de uma pontuação ao consumidor avaliado (nota do risco de crédito). 2) Essa prática comercial é lícita, estando autorizada pelo art.5º, IV, e pelo art. 7º, I, da Lei n. 12.414/2011 (lei do cadastro positivo). 3) Na avaliação do risco de crédito, devem ser respeitados os limites estabelecidos pelo sistema de proteção do consumidor no sentido da tutela da privacidade e da máxima transparência nas relações negociais, conforme previsão do CDC e da Lei n.12.414/2011. 4) Apesar de desnecessário o consentimento do consumidor consultado, devem ser a ele fornecidos esclarecimentos, caso solicitados, acerca das fontes dos dados considerados (histórico de crédito), bem como as informações pessoais valoradas. 5) O desrespeito aos limites legais na utilização do sistema "credit scoring", configurando abuso no exercício**

Acesso ao Sumário

desse direito (art. 187 do CC), pode ensejar a responsabilidade objetiva e solidária do fornecedor do serviço, do responsável pelo banco de dados, da fonte e do consulente (art. 16 da Lei n. 12.414/2011) pela ocorrência de danos morais nas hipóteses de utilização de informações excessivas ou sensíveis (art. 3º, § 3º, I e II, da Lei n. 12.414/2011), bem como nos casos de comprovada recusa indevida de crédito pelo uso de dados incorretos ou desatualizados".

Desnecessário o consentimento do consumidor conforme restou assentado pela Súmula 550 do Superior Tribunal de Justiça: "**A utilização de escore de crédito, método estatístico de avaliação de risco que não constitui banco de dados, dispensa o consentimento do consumidor, que terá o direito de solicitar esclarecimentos sobre as informações pessoais valoradas e as fontes dos dados considerados no respectivo cálculo**".

Nessa diretriz, recentes julgados desta Câmara: "**Ação de indenização por danos morais cumulada com obrigação de fazer – 'Credit Scoring ou Concentre credit' - Julgamento do feito com suporte no Artigo 285-A do Código de Processo Civil - Inclusão do nome da autora no Cadastro Positivo - Julgamento da legalidade do procedimento nos moldes do Recurso Especial Representativo de Controvérsias, 1.419.697/RS julgado com sustento no Artigo 543-C do Código de Processo Civil - Desnecessidade de prévia autorização do consumidor - Possível análise de eventual conduta abusiva por parte do administrador do banco de dados - Inexistência de provas neste sentido - Classificação que atende a dados estatísticos e cálculos matemáticos - Previsão na Lei 12.414/2011 - Danos morais - Não configuração - Sentença de improcedência mantida - Recurso não provido.**" (Apelação n. 0005331-06.2014.8.26.0411, Relatora: Marcia Dalla Déa Barone, j. 25.08.2015). E ainda: **Apelação nº 0005346-72.2014.8.26.0411**, j. 20.10.15 e **Apelação nº 0005137-06.2014.8.26.0411**, j. 20.10.2015, ambas desta Relatoria.

Não há que se falar também em violação ao direito a intimidade e a vida privada do autor, uma vez que não comprovou o recorrente qualquer infringência ao seu direito. Por conseguinte, não se identifica qualquer abuso efetuado pela apelada, não havendo guarida para a condenação da apelada em danos morais.

3. Diante do exposto, nada há a prover, devendo-se preservar a r. sentença impugnada.

NEGA-SE PROVIMENTO AO APELO.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0170883-

53.1995.8.26.0002, da Comarca de São Paulo, em que são apelantes LUÍS CARLOS DA SILVA (JUSTIÇA GRATUITA) e ROSEMEIRE SOARES DA SILVA (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado JLB PROJETOS E CONSTRUÇÕES LTDA.

ACORDAM, em 5ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso e, de ofício, anularam a sentença. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 30501)**

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

São Paulo, 27 de julho de 2016.

A.C.MATHIAS COLTRO, Relator

Ementa: Cumprimento de Sentença - Ressarcimento de valores pagos à ré, em razão da resolução do compromisso de venda e compra de imóvel - Prazo prescricional de 10 anos, a teor do artigo 205 do Código Civil - Precedentes desta Corte e do Colendo Superior Tribunal de Justiça - Prescrição intercorrente afastada - Feito que deve seguir seu regular trâmite - Sentença anulada, de ofício - Apelo dos autores provido.

VOTO

Cuida-se de fase de cumprimento de acórdão que determinou a devolução de valores aos demandantes, em virtude da rescisão do compromisso de compra e venda.

Após seis anos, sem que houvesse qualquer manifestação dos exequentes, foi postulada a desconsideração da personalidade jurídica da executada (fls. 546/549), sobrevindo sentença que reconheceu a prescrição da pretensão executória (fls. 553/554), motivo do inconformismo.

Requerem os demandantes a reforma do decisum, salientando não ser cabível, em sede de execução, a extinção do feito, com fundamento no artigo 269, IV, do Código de Processo Civil de 1973, uma vez que há regramento próprio atinente à execução. Ademais, sustenta que o lapso prescricional estava suspenso, nos termos do artigo 617 do mesmo diploma, além do que o próprio feito estava suspenso pela ausência de bens penhoráveis do devedor. Por fim, sustentam que houve a decretação da falência da executada, em 16 de junho de 2009.

Acesso ao Sumário

Regularmente processado, vieram os autos a esta Corte.

Inicialmente distribuídos ao eminente Des. Rômulo Russo, com assento na e. 7ª Câmara de Direito Privado, foram os autos redistribuídos a este Relator, em virtude do acórdão de fls. 587/590.

É o relatório.

Pese o considerado pelo egrégio juízo, tem-se que o inconformismo procede.

De início, a execução não permaneceu suspensa como afirmaram os exequentes, uma vez que os autos foram encaminhados ao arquivo, tendo em vista a inércia deles, a partir de outubro de 2008 (fls. 524).

Ao contrário, deferida a penhora dos veículos de propriedade da executada, o egrégio juízo determinou aos exequentes a comprovação da propriedade deles, tendo decorrido o prazo assinado, sem qualquer manifestação (fls. 525).

Houve o desarquivamento, em outubro de 2011 (fls. 527), todavia, nenhuma providência foi postulada (fls. 531). Somente em setembro de 2014, com o pedido de desconsideração da personalidade jurídica da executada, é que os autos tornaram a seu regular trâmite (fls. 546/549).

Certo, ainda, que a execução se iniciou sob a égide do Código Civil de 1916, que contemplava o prazo geral de 20 anos, para a prescrição de pretensões como a deduzida nestes autos, uma vez que o trânsito em julgado se deu em 12.03.1999 (fls. 271).

No entanto, tem-se que não transcorreu mais da metade do prazo prescricional supramencionado, de modo que o prazo a ser considerado é aquele previsto no artigo 205 do atual Código Civil, e não aquele estipulado no artigo 206, § 3º, V, sendo certo que, nos termos do art. 2028 deste mesmo codex (Disposições Transitórias), "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, se na entrada em vigor da lei de 2002 houver transcorrido mais da metade do tempo estabelecido na lei revogada, de dez anos, portanto (o prazo prescricional era de 20 anos, nos termos do artigo 177 do Código Civil de 1916), aplicar-se-á o anteriormente considerado.

Como tal não se deu, já que da data do trânsito em julgado do acórdão que manteve a sentença de procedência do pedido indenizatório (12.03.1999) até a entrada em vigor do atual Código decorreram aproximadamente 04 anos, deve ser aplicado o prazo de 10 anos (cf. artigo 205) e, no caso, a partir de outubro de 2008, quando se quedaram inertes os exequentes, já que não havia sido decretada a suspensão do feito.

Nesse lanço, respeitado o entendimento externado pelo egrégio juízo, não se há invocar, na hipótese, o prazo prescricional de 03 anos (cf. art. 206, § 3º, V,

Acesso ao Sumário

do Código Civil), porquanto diz com as pretensões de reparação civil do dano decorrente de ilícito (artigos 186 e 187 do Código Civil).

A esse respeito, cumpre trazer a lume o magistério de Humberto Theodoro Júnior[1]:

> "Quando a norma do art. 206, § 3º, inciso V, fala em prescrição da 'pretensão de reparação civil', está cogitando da obrigação que nasce do ato ilícito **stricto sensu**. Não se aplica, portanto, às hipóteses de violação do contrato, já que as perdas e danos, em tal conjuntura, se apresentam com função secundária. O regime principal é o do contrato, ao qual deve aderir o dever de indenizar como acessório, cabendo-lhe função própria do plano sancionatório. Enquanto não prescrita a pretensão principal (referente à obrigação contratual), não pode prescrever a respectiva sanção (a obrigação pelas perdas e danos). Daí que, enquanto se puder exigir a prestação contratual (porque não prescrita a respectiva pretensão), subsistirá a exigibilidade do acessório (pretensão ao equivalente econômico e seus acréscimos legais)."

Nesse mesmo diapasão, Gabriel Seijo Leal de Figueiredo[2]:

> "A inexecução do contrato é uma patologia jurídica, que abre uma dupla opção para o credor. Presentes os pressupostos legais, ele pode pleitear a tutela específica de seu direito, para que a obrigação seja cumprida coercitivamente. Alternativamente, cabe a resolução do contrato. Em ambos os casos, também se sanciona a conduta do devedor com o pagamento de indenização por perdas e danos (Código Civil, art. 475).
>
> Portanto, a execução coativa da obrigação (ou a resolução do contrato) constituirá a pretensão principal do credor. Funcionando como uma sanção agregada, o ressarcimento dos prejuízos será uma pretensão secundária, subordinada ao acolhimento da pretensão principal.
>
> Logo, enquanto não prescrever a pretensão principal, a pretensão indenizatória não prescreverá. Vale dizer, o prazo prescricional das pretensões derivadas da inexecução do contrato é uno. Em todas elas, incidirá o decêndio do art. 205 ou o prazo especial eventualmente fixado em lei.
>
> As circunstâncias são diferentes na esfera da responsabilidade extracontratual. Aqui, a pretensão de reparação dos danos é a própria pretensão principal. Por esse motivo, aplica-se, incontinenti, sem qualquer amarra, o prazo prescricional previsto no art. 206, § 3º, V."

A jurisprudência mais atual do Colendo Superior Tribunal de Justiça é firme ao proclamar esse mesmo entendimento. A propósito, confira-se REsp

1 Comentários ao Novo Código Civil - Vol. III - tomo II - coord. Sálvio de Figueiredo Teixeira - 4ª ed. - Rio de Janeiro - Forense - 2008 - p. 389.

2 Pretensão indenizatória fundada em responsabilidade contratual: inaplicabilidade do prazo prescricional de três anos *in* Temas Relevantes do Direito Civil Contemporâneo - Reflexões sobre os 10 anos do Código Civil - coord. LOTUFO, Renan *et. al.* - São Paulo - Atlas - 2012 - p. 181.

Acesso ao Sumário

1150711/MG, Rel. Min. Luís Felipe Salomão, 4ª Turma, j. 06.12.2011, pub. DJe. 15.03.2012.

Assim, ao caso em comento, em que se pleiteia a devolução de valores decorrentes do inadimplemento contratual da ré, deve incidir a norma do artigo 205 do Código Civil, razão pela qual a prescrição da pretensão de composição de perdas e danos oriundas do inadimplemento contratual se consuma em 10 anos, contados, aqui, a partir de outubro de 2008.

Impende ressaltar que se cuida da chamada prescrição intercorrente (pretensão executória), já que a prescrição da pretensão indenizatória havia sido interrompida, com a citação da ré.

Não se pode olvidar, ademais que, segundo o enunciado da Súmula 150 do Excelso Pretório, "a execução prescreve no mesmo prazo da prescrição da ação."

De conseguinte, contados os 10 anos a partir de outubro de 2008, constata-se não haver a prescrição da pretensão executória, de modo que os autos devem tornar a seu regular trâmite.

Por fim e tratando de hipótese análoga à debatida nestes autos, assim decidiu esta E. Corte:

> PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO EXECUTIVA. Ação de execução fundada em título judicial. Inaplicabilidade do prazo prescricional trienal do artigo 206, parágrafo terceiro, inciso V, cuja aplicação é restrita às hipóteses de reparação de danos ex delicto. Pretensão da autora que se funda no inadimplemento contratual do réu. Aplicação do prazo prescricional decenal do artigo 205 do Novo Código Civil. Súmula 150 do STF que prevê que a execução prescreve no mesmo prazo da ação. Inocorrência de prescrição da pretensão executiva. Recurso provido, para anular a sentença.
>
> (Apel. 0020556-97.2003.8.26.0008 - Rel. Des. Francisco Loureiro - 6ª Câmara de Direito Privado - j. 13/03/2014).

Destarte, ex officio, anula-se a sentença, a fim de que os autos tornem a seu regular trâmite.

Essas as razões pelas quais se entende ser possível acolher o recurso interposto pela exequente, restando prejudicado o exame do apelo da ré, manifestando-se aqui o quanto se tem como necessário e suficiente à solução da causa, dentro da moldura em que apresentada e segundo o espectro da lide e legislação incidente na espécie, sem ensejo a disposição diversa e conducente à outra conclusão, inclusive no tocante a eventual prequestionamento de questão federal, anotando-se, por fim, haver-se decidido a matéria consoante o que a turma julgadora teve como preciso a tanto, na formação de sua convicção, sem ensejo a que se afirme sobre eventual desconsideração ao que quer que seja no âmbito do debate travado entre os litigantes.

Acesso ao Sumário

Ante o exposto, dá-se provimento ao apelo dos demandantes, para anular a sentença, de ofício, tornando o feito a seu regular trâmite, nos termos enunciados.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0020559-19.2000.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que é apelante ASSOCIAÇÃO DE DEFESA DAS VÍTIMAS DE CHOQUE DE TRENS DA CPTM, é apelado COMPANHIA PAULISTA DE TRENS METROPOLITANOS - CPTM.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 14ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Conheceram em parte do recurso e, na parte conhecida, negaram-lhe provimento. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 34061)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores MAURÍCIO PESSOA (Presidente sem voto), LÍGIA ARAÚJO BISOGNI e CARLOS ABRÃO.

São Paulo, 8 de junho de 2016.

THIAGO DE SIQUEIRA, Relator

Ementa: Ação Civil Pública - Transporte de passageiros - Pretensão de que seja riscada dos autos frase proferida pela MM. Juíza - Impossibilidade - Ofensa à dignidade ou honra do causídico não verificada na hipótese - Preliminar de nulidade das decisões proferidas nos embargos de declaração rejeitada - Ausência de interposição de agravo de instrumento - Preclusão da discussão da matéria - Multa cominatória - Revogação da liminar concedida em sede de tutela antecipada que tornou sem efeito as astreintes exigidas na ação - Danos morais coletivos - Ausência de pedido na inicial - Impossibilidade de discussão da insurgência recursal neste aspecto - Extinção do feito, sem julgamento do mérito em relação às matérias reservadas à discricionariedade da Administração Pública - Questão referente à separação de poderes que impede o judiciário de

Acesso ao Sumário

impor obrigação de fazer e de não fazer a ente público restou solucionada em decisão proferida em agravo de instrumento - Impossibilidade de rediscussão da matéria em sede de apelação - Não conhecimento da insurgência - Mantida a sucumbência recíproca e a compensação dos honorários advocatícios - Súmula 306 do STJ - Sentença que merece ser mantida - Recurso improvido, na parte conhecida.

VOTO

A r. sentença (fls. 2520/2537 - Vol. 13), proferida pela douta Magistrada Adriana Sachsida Garcia, cujo relatório se adota, julgou extinto o processo, sem julgamento do mérito, em relação aos pedidos que se referem a matéria reservada à discricionariedade da Administração Pública, nos termos do art. 267, inc. VI, do CPC/73, e procedente a presente ação civil pública ajuizada por ASSOCIAÇÃO DE DEFESA DAS VÍTIMAS DE CHOQUE DE TRENS DA CPTM contra COMPANHIA PAULISTA DE TRENS METROPOLITANOS - CPTM, para declarar a responsabilidade da ré e, genericamente, condená-la a indenizar os danos materiais e morais causados às vítimas do acidente descrito na inicial, ou sucessores, na forma do art. 95 da Lei 8.078/90. Em razão da sucumbência recíproca deixou de condenar a ré ao pagamento dos honorários advocatícios.

Por ambas as partes foram opostos embargos de declaração (fls. 2546/2548 e 2560/2569 - Vol. 13), que restaram rejeitados pela decisão de fls. 2585/2587 (Vol. 13).

A ré interpôs novos embargos de declaração às fls. 2644/2646 (Vol. 13), que deixaram de ser recebidos pela decisão proferida às fls. 2647 (Vol. 13). Novamente a ré opôs embargos de declaração às fls. 2650/2653 (Vol. 13) que, por sua vez, foram rejeitados às fls. 2656/2657 (Vol. 13).

Irresignada, apela a autora, requerendo seja riscada dos autos a frase "*incorrendo o embargante apenas em falta de técnica processual*" (fls. 2656/2657), mencionada pela MM. Juíza no julgamento dos embargos de declaração opostos pela apelante, por se tratar de termo ofensivo, bem como tendo em vista que o recurso interposto é o cabível no caso, diante da existência de obscuridade e omissões na r. sentença, ou, alternativamente, pede seja esclarecida a obscuridade existente em relação à decisão de fls. 2647 que deixou de receber os embargos de declaração interpostos às fls. 2644/2646, para que este seja recebido, independentemente de ser rejeitado. No mais, arguiu, preliminarmente, a nulidade das decisões proferidas nos embargos de declaração, vez que na r. sentença não houve apreciação das matérias objeto de discussão,

Acesso ao Sumário

deixando de enfrentar os pontos rebatidos, principalmente no tocante a multa cominatória. No mérito, pede seja enfrentada a questão da multa cominatória mencionada na decisão saneadora, que postergou sua apreciação para a sentença, declarando a efetiva incidência do termo inicial e final. Considerando que a sociedade também foi vítima do evento narrado na inicial, diz a autora que deverá ser apreciado o pedido de danos morais coletivos, nos termos do art. 95 da Lei 8.078/90, em função da condenação genérica dos danos causados. Ainda, pretende a reforma da decisão de extinção do feito, sem julgamento do mérito, em relação aos pedidos que a MM. Juíza entendeu tratar-se de matéria reservada à discricionariedade da administração pública. Diz que não é ilegal ao Poder Judiciário dizer à ré, concessionária de serviço público, as providências técnicas que devem ser adotadas para garantia da segurança, por se tratar de situação de descaso com os direitos fundamentais, e, mesmo atento ao princípio da separação e harmonia dos poderes, o Estado não chega a ponto de servir de freio à garantia dos direitos fundamentais. Por fim, sustenta a impossibilidade de compensação da verba honorária. Com o prequestionamento da matéria, postula, por tais razões, a reforma da r. sentença (fls. 2662/2708 - Vol. 14).

Recurso recebido e respondido (fls. 2736/2749 - Vol. 14).

A Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo provimento parcial da apelação para o fim de que seja apreciado o mérito e julgado procedentes os pedidos de condenação da ré às obrigações de fazer e de não fazer pleiteadas na inicial, com exceção da obrigação de abster-se de utilizar composições que trafeguem em trechos de declive acentuado (fls. 2752/2761 - Vol. 14).

É o relatório.

Trata-se de ação civil pública ajuizada pela autora, entidade criada para defender o interesse das vítimas em razão de acidente de trens ocorrido em 28/07/00, na Estação Perus, consistente no choque de duas composições pertencentes à ré CPTM, que acabou resultando na morte de nove pessoas e em ferimentos em cerca de outras cem.

Cumpre observar, inicialmente, que o agravo retido interposto pela ré à fls. 724/728 (Vol. 4) deve ser reputado como renunciado por esta, por não ter requerido a sua apreciação, nas contrarrazões de apelação de fls. 2736/2749 (Vol. 14).

No mais, não merece ser acolhida a pretensão da autora no sentido de que seja riscada dos autos a frase "*incorrendo o embargante apenas em falta de técnica processual*", lançada na decisão de fls. 2656/2657 (Vol. 13) pela MM. Juíza, por ocasião do julgamento dos embargos de declaração opostos pela apelante, por não evidenciar se tratar de termo ofensivo, mas unicamente manifestação de seu entendimento quanto ao cabimento desse recurso.

Não se vislumbra, na hipótese, ofensa à dignidade ou honra do causídico,

Acesso ao Sumário

apenas tendo a nobre julgadora entendido que a pretensão da apelante deveria ser discutida em sede de apelação, já que as alegações se restringiam à rediscussão da matéria, motivo pelo qual, foi mencionado em referida decisão, a falta de técnica processual do profissional, não se evidenciando tratar-se, entretanto, de expressão injuriosa que comporte ser riscada dos autos.

De outro lado, embora não comporte ser riscada a expressão lançada em referida decisão, assiste razão à apelante no que diz respeito ao termo "deixo de receber os embargos" (fls. 2647 - Vol. 13). Isto porque, não sendo recebido, pode haver influência na contagem do início do prazo recursal gerando, inclusive, prejuízo à parte interessada.

E, conforme se nota em referida decisão, não foi mencionada a ausência de qualquer requisito de admissibilidade recursal, tendo entendido a nobre juíza tratar-se de embargos com efeitos infringentes. Portanto, seria o caso de receber os embargos de declaração, eis que tempestivos, e rejeitá-los.

Contra a decisão de não recebimento dos embargos de declaração, a autora se insurgiu às fls. 2650/2653 (Vol. 13), tendo sido rejeitados pela decisão de fls. 2656/2657 (Vol. 13), que, por sua vez, esclareceu "*(...) que, uma vez interpostos os embargos de declaração interrompem o prazo recursal, mesmo se considerados incabíveis.*".

Após a decisão de rejeição dos embargos de declaração, a autora interpôs recurso de apelação que foi recebido em primeiro grau às fls. 2724 (Vol. 14).

Portanto, em que pese tratar-se de caso de recebimento dos embargos declaratórios, tendo em vista que não houve nenhum prejuízo de ordem processual à apelante, merece rejeitada a pretensão recursal, mantendo-se inalterada esta decisão impugnada.

Quanto à preliminar de nulidade das decisões que apreciaram os embargos de declaração opostos pela autora, melhor sorte não assiste à apelante, merecendo ser rejeitada.

Em que pese o inconformismo da apelante com as decisões proferidas em embargos de declaração, não é o caso de ser reconhecida a nulidade como pretendido nas razões recursais, já que em todas elas, a MM. Juíza entendeu tratar-se de recurso com caráter infringente, o que não se admite em sede de embargos declaratórios.

Assim, caso a autora não se conformasse com o conteúdo das decisões proferidas, por entender que efetivamente estivessem eivadas dos mencionados vícios, deveria ter interposto recurso próprio, ou seja, o agravo de instrumento, o que não ocorreu na hipótese, estando preclusa a discussão da matéria.

Ademais, cuidar-se-ia de questão afeta também ao julgamento do mérito do apelo interposto pela autora, que veio a ser recebido pela douta Magistrada.

Por outro lado, tampouco merece ser acolhida a pretensão da autora no

que diz respeito à multa cominatória mencionada na decisão saneadora de fls. 671/672 (Vol. 4), que, segundo esta, teria postergado sua apreciação para a sentença, declarando a efetiva incidência do termo inicial e final.

A questão diz respeito à alegada omissão existente na r. sentença recorrida, em relação a incidência de multa cominatória para o caso de descumprimento das obrigações impostas à ré.

Nota-se que a decisão proferida às fls. 414/419 (Vol. 3), deferiu parcialmente a medida liminar para:

"*a) SUSPENDER a prestação de serviços de transporte ferroviário feito pela Companhia Paulista de Trens Metropolitanos - CPTM enquanto não comprovado nos autos, documentalmente, que suas composições encontram-se providas dos devidos calços de segurança, com vistas à prevenção de riscos à saúde e à segurança dos consumidores;*

b) impor à ré que se ABSTENHA de colocar na ferrovia, qualquer que seja a linha que possua trechos em declive acentuado, composições não modernizadas excluindo-se destas as composições da série 1600;

c) que a ré se ABSTENHA de colocar em circulação composição que esteja com manutenção atrasada;

d) que a ré promova no prazo de trinta dias contados de sua intimação o REGULAR TREINAMENTO de seus empregados em operações de evacuação de trens e estações em situação de emergência, comprovando-se nos autos.

Consigne-se que a inobservância a qualquer destes itens ensejará, por item violado, a incidência de multa diária no importe de R$ 10.000,00."

Pela r. decisão de fls. 427 e verso (Vol. 3), em decorrência da desobediência da ré em cumprir as obrigações impostas, o valor da multa foi majorado para R$ 100.000,00.

E, após os elementos e ponderações apresentados pela ré no decorrer do processo, por ocasião da decisão saneadora de fls. 671/672 (Vol. 4), o MM. Juiz considerou cumpridas pela CPTM as obrigações contidas nos itens "a" e "d", tendo rejeitado as justificativas apresentadas pela ré pelo descumprimento dos itens "b" e "c", no sentido de que não pode sofrer restrições em seu poder discricionário.

Na mesma oportunidade, em relação à multa cominatória, restou estabelecido que:

"*4) No caso vertente, a liminar deveria ser cumprida de imediato, portanto, a requerida deverá suportar o pagamento da multa diária fixada na decisão liminar, a ser computada a partir da data de sua intimação para regular cumprimento, sem prejuízo da apuração do eventual crime de desobediência.*

5) Registro que o montante total da multa diária só poderá ser objeto de

Acesso ao Sumário

cobrança após o trânsito em julgado da eventual sentença condenatória." (fls. 672 - Vol. 4)

Contra a decisão saneadora a ré interpôs agravo de instrumento, que foi parcialmente provido para extinguir o processo sem análise de mérito, em relação aos pedidos relativos aos trens a serem colocados em uso, vedação à circulação daqueles com manutenção atrasada, prescrição da colocação de calços de segurança e treinamento de pessoal dos operadores do sistema, diante da impossibilidade de intromissão em matéria reservada à discricionariedade da administração pública (fls. 1055/1059 - Vol. 6).

O acórdão acima mencionado foi anulado por decisão proferida em recurso especial interposto pela ré para que fosse proferido novo julgamento, com pronunciamento a respeito das obrigações de fazer e não fazer, segundo as regras do Código de Defesa do Consumidor e na Lei 8.987/95.

No novo julgamento, foi mantido o resultado do julgamento que revogou a liminar conforme decisão de fls. 2452/2456 (Vol. 12).

Acrescenta-se, ainda, que a r. sentença, ratificando o entendimento contido na decisão acima mencionada, julgou extinto, sem exame de mérito, os pedidos que se intrometem em matéria reservada à discricionariedade da Administração Pública (fls. 2520/2537 - Vol. 13).

Assim, não há falar em omissão em relação à multa cominatória, já que era mesmo caso de rejeição dos embargos de declaração da apelante, pois não é cabível a execução da multa cominatória no caso dos autos, tendo em vista que a liminar concedida foi revogada na decisão proferida às fls. 2452/2456 (Vol. 12) e, por ocasião do julgamento da ação, houve a extinção dos pedidos liminares, sem julgamento do mérito, tornando, portanto, sem efeito as astreintes fixadas anteriormente.

Neste sentido são os precedentes e orientações jurisprudenciais do STJ:

"*RECURSO ESPECIAL - PROCESSUAL CIVIL - EXECUÇÃO PROVISÓRIA DE MULTA COMINATÓRIA IMPOSTA EM SEDE DE ANTECIPAÇÃO DE TUTELA - CARÁTER HÍBRIDO MATERIAL/PROCESSUAL DAS ASTREINTES - POSSIBILIDADE DE INICIAR-SE A EXECUÇÃO PRECÁRIA (ART. 475-O DO CPC) APENAS A PARTIR DA PROLAÇÃO DE SENTENÇA CONFIRMATÓRIA DA MEDIDA LIMINAR, DESDE QUE RECEBIDO O RESPECTIVO RECURSO DE APELAÇÃO SOMENTE NO EFEITO DEVOLUTIVO - INTELIGÊNCIA DO ART. 520, VII, DO CPC -* ***CASO EM QUE A TUTELA ANTECIPATÓRIA RESTOU REVOGADA QUANDO DA PROLAÇÃO DA SENTENÇA DEFINITIVA, TORNANDO-SE SEM EFEITO*** *- ACOLHIMENTO DA IMPUGNAÇÃO E EXTINÇÃO DA EXECUÇÃO QUE SE IMPÕE - RECURSO PROVIDO.*

1. A multa pecuniária, arbitrada judicialmente para forçar o réu ao

cumprimento de medida liminar antecipatória (art. 273 e 461, §§ 3º e 4º, CPC) detém caráter híbrido, englobando aspectos de direito material e processual, pertencendo o valor decorrente de sua incidência ao titular do bem da vida postulado em juízo.

Sua exigibilidade, por isso, encontra-se vinculada ao reconhecimento da existência do direito material vindicado na demanda. Nesse sentido: REsp n.º 1.006.473/PR, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Rel. p/ Acórdão Ministro MARCO BUZZI, QUARTA TURMA, julgado em 08/05/2012, DJe 19/06/2012).

2. Em vista das peculiaridades do instituto, notadamente seu caráter creditório a reclamar medidas expropriatórias para o respectivo adimplemento (penhora, avaliação, hasta pública), a execução das astreintes segue regime a ser compatibilizado com sua natureza, diferenciando-se daquele pertinente às demais modalidades de outorga da tutela antecipada, de ordem mandamental e executivo lato sensu (art. 273, §3º, do CPC).

Nesse contexto, a forma de o autor de ação individual exigir a satisfação do crédito oriundo da multa diária, previamente ao transito em julgado, corresponde ao instrumento jurídico- processual da execução provisória (art. 475-O do CPC), como normalmente se dá em relação a qualquer direito creditório reclamado em juízo.

3. Do mesmo modo que não é admissível a execução da multa diária com base em mera decisão interlocutória, baseada em cognição sumária e precária por natureza, também não se pode condicionar sua exigibilidade ao trânsito em julgado da sentença. Os dispositivos legais que contemplam essa última exigência regulam ações de cunho coletivo, motivo pelo qual não são aplicáveis às demandas em que se postulam direitos individuais.

As astreintes serão exigíveis e, portanto, passíveis de execução provisória, quando a liminar que as fixou for confirmada em sentença ou acórdão de natureza definitiva (art. 269 do CPC), desde que o respectivo recurso deduzido contra a decisão não seja recebido no efeito suspensivo. A pena incidirá, não obstante, desde a data da fixação em decisão interlocutória.

4. ***No caso concreto, a liminar concedida em sede de tutela antecipada quedou revogada ao fim do processo, face à prolação de sentença que julgou improcedente o pedido, tornando sem efeito as astreintes exigidas na ação.***

Impositiva, nesse quadro, a extinção da execução provisória.

5. Recurso especial provido." (STJ, REsp Nº 1.347.726 - RS (2012/0198645-5), Rel. Ministro Marco Buzzi, DJe 04/02/2013 - sem grifo no original).

"*AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. DECISÃO QUE SE MANTÉM PELOS PRÓPRIOS FUNDAMENTOS. LIMINAR REVOGADA. INCIDÊNCIA DE MULTA DIÁRIA POR DESCUMPRIMENTO.*

Acesso ao Sumário

INAPLICABILIDADE. RECURSO MANIFESTAMENTE IMPROCEDENTE. APLICAÇÃO DE MULTA. ART. 557 § 2º, CPC. 1. Decisão agravada mantida por seus próprios fundamentos. 2. É incabível a execução de multa diária imposta em liminar revogada. 3. Cabe aplicação da multa prevista no art. 557 , § 2º , do CPC na hipótese de recurso manifestamente improcedente e procrastinatório. 4. Agravo regimental desprovido. Aplicação de multa de 5% sobre o valor corrigido da causa." (STJ - AgRg no Ag 1275210 MG 2010/0019267-1, DJe 18/08/2010).

"*Informativo nº 0511: DIREITO PROCESSUAL CIVIL. ASTREINTES. EXECUÇÃO PROVISÓRIA.*

O valor referente à astreinte fixado em tutela antecipada ou medida liminar só pode ser exigido e só se torna passível de execução provisória, se o pedido a que se vincula a astreinte for julgado procedente e desde que o respectivo recurso não tenha sido recebido no efeito suspensivo. A multa pecuniária arbitrada judicialmente para forçar o réu ao cumprimento de medida liminar antecipatória (art. 273 e 461, §§ 3º e 4º, do CPC) detém caráter híbrido, englobando aspectos de direito material e processual, pertencendo o valor decorrente de sua incidência ao titular do bem da vida postulado em juízo. Sua exigibilidade, por isso, encontra-se vinculada ao reconhecimento da existência do direito material pleiteado na demanda. Para exigir a satisfação do crédito oriundo da multa diária previamente ao trânsito em julgado, o autor de ação individual vale-se do instrumento jurídico-processual da execução provisória (art. 475-O do CPC). Contudo, não é admissível a execução da multa diária com base em mera decisão interlocutória, fundada em cognição sumária e precária por natureza, como também não se pode condicionar sua exigibilidade ao trânsito em julgado da sentença. Isso porque os dispositivos legais que contemplam essa última exigência regulam ações de cunho coletivo, motivo pelo qual não são aplicáveis às demandas em que se postulam direitos individuais. Assim, por seu caráter creditório e por implicar risco patrimonial para as partes, a multa diária cominada em liminar está subordinada à prolação de sentença de procedência do pedido, admitindo-se também a sua execução provisória, desde que o recurso seja recebido apenas no efeito devolutivo. Todavia, ***revogada a tutela antecipada, na qual estava baseado o título executivo provisório de astreinte, fica sem efeito o crédito derivado da fixação da multa diária, perdendo o objeto a execução provisória daí advinda****. Precedentes citados: REsp 1.006.473-PR, DJe 19/6/2012, e EDcl no REsp 1.138.559-SC, DJe 1º/7/2011. REsp 1.347.726-RS, Rel. Min. Marco Buzzi, julgado em 27/11/2012.*" (STJ, Quarta Turma - sem grifo no original).

De outro lado, alega a apelante que, embora tenha sido julgado procedente o pedido para o fim de declarar a responsabilidade da ré, e genericamente condená-la a indenizar os danos materiais e morais causados às vítimas do

acidente, deixou de apreciar o pedido de danos morais coletivos.

Ora, na inicial, a pretensão diz respeito ao ressarcimento dos danos causados às vítimas, nos termos do art. 95 da Lei 8.078/90, fixando-se a responsabilidade da ré pelos danos causados. Referidos pedidos foram julgados procedentes pela r. sentença "a quo", não se encontrando o "dano moral coletivo" relacionado no rol dos pedidos iniciais (fls. 32/35 - Vol. 1), motivo pelo qual não se conhece do recurso, neste aspecto.

No que se refere a pretensão de reforma da decisão de extinção do feito, sem julgamento do mérito, em relação aos pedidos que o MM. Juiz entendeu tratar-se de matéria reservada à discricionariedade da administração pública, nenhum reparo está a merecer a decisão recorrida.

Por ocasião do sentenciamento do feito, ainda não tinha sido julgado o Recurso Especial n° 1.195.142-SP, que, por sua vez, muito bem elucidou a questão em relação ao reconhecimento da discricionariedade da administração pública, bem como em relação a impossibilidade de se discutir a questão nesta oportunidade, uma vez que a questão referente à separação de poderes impede o judiciário de impor obrigação de fazer e de não fazer a ente público restou solucionada às fls. 2452/2456 (Vol. 12), já que, naquela oportunidade, não foi interposto recurso extraordinário pela autora.

Neste sentido, vale transcrever parte da decisão:

"*O Juiz de 1º grau, considerando presentes o fumus boni iuris e o periculum in mora, concedeu em parte a liminar para:*

a) SUSPENDER a prestação de serviços de transporte ferroviário feita pela Companhia Paulista de Trens Metropolitanos - CPTM enquanto não comprovado nos autos, documentalmente, que suas composições encontram-se providas dos devidos calços de segurança, com vistas à prevenção de riscos à saúde e à segurança dos consumidores;

b) impor à ré que se ABSTENHA de colocar na ferrovia, qualquer que seja a linha que possua trechos em declive acentuado, composições não modernizadas excluindo-se destas as composições da série 1600;

c) que a ré se ABSTENHA de colocar em circulação composição que esteja com manutenção atrasada;

d) que a ré promova no prazo de trinta dias contados de sua intimação o REGULAR TREINAMENTO de seus empregados em operação de evacuação de trens e estações em situação de emergência e comprovando-se nos autos (e-STJ fl. 226).

Em posterior despacho, o Juiz de 1º grau considerou 'regularizado o cumprimento da liminar, no tocante aos referidos itens D e A (treinamento de pessoal e calços de segurança em todos os trens)' (e-STJ fl. 230), e afirmou 'inidôneas as justificativa da autora pela recusa de cumprimento dos itens C e

Acesso ao Sumário

B da liminar deferida' (e-STJ fl. 230).

Inconformada, a ré interpôs agravo de instrumento requerendo 'a extinção do processo diante da falta das condições do direito de agir, seja porque a Agravada carece de legitimação para mover a ação civil pública que desencadeou, seja ainda porque, no mínimo, considerável parcela do pedido, juridicamente e em tese, é de impossível acolhida' (e-STJ fl. 20).

O 1º Tribunal de Alçada Civil de São Paulo, prevalecendo o voto do Juiz Campos Mello, mais abrangente que o do relator, deu provimento em parte ao agravo de instrumento 'para julgar extinto o processo, sem apreciação de mérito, com base no art. 267, VI, do C.P.C., em relação aos pedidos de imposição de obrigação de fazer e não fazer, sob preceito cominatório (item IV, 'a' e 'b', fls. 32 da inicial)' (e-STJ fls. 345-346). Determinou, então, o prosseguimento da demanda quanto ao restante dos pedidos, em acórdão assim fundamentado:

Quanto à ordem de abstenção, entendo que nesse ponto o recurso merece provimento, visto que isso implicaria indevida ingerência na esfera discricionária de empresa concessionária de serviço público. Além de haver inequívoco subjetivismo no conteúdo daquela imposta à recorrente, pois o conceito de 'composição não modernizada' ainda não está definido, o fato é que ordem dessa natureza ofende o princípio da separação de poderes. Já tive oportunidade de externar meu entendimento a respeito, ao relatar a Ap. Cív. 151.683/1-7, no Tribunal de Justiça de São Paulo (cf. RT 679/84, ocasião em que afirmei que a imposição de obrigação de fazer a ente público, sob preceito cominatório, viola o princípio da independência entre os poderes. No caso, em tela, guardadas as peculiaridades que o cercam, a situação é a mesma (e-STJ fl. 344 - grifo meu).

Opostos embargos de declaração pela autora (e-STJ fls. 350-366), o 1º Tribunal de Alçada os rejeitou (e-STJ fls. 542-545 - fls. 457-459 dos autos originários).

O recurso especial interposto pela autora (e-STJ fls. 560-613) foi admitido na origem (e-STJ fls. 1.014-1.016) e autuado nesta Corte Superior como REsp 629.199/SP, minha relatoria, sendo provido, cujo dispositivo possui o seguinte teor:

Dessa forma, é de ser anulado o acórdãos proferido nos embargos declaratórios, determinando-se o retorno dos autos à origem para que novo julgamento seja realizado, com pronunciamento a respeito da tese central veiculada pela recorrente, qual seja, que a imposição de obrigações de fazer e não fazer à parte recorrida decorreria das regras insertas no Código de Defesa do Consumidor e na Lei 8.987/95, arguidas na resposta ao agravo de instrumento, bem como nos embargos de declaração opostos contra o acórdão recorrido.

Acesso ao Sumário

Fica prejudicada a análise das demais irresignações.

Ante o exposto, dou provimento ao recurso especial (e-STJ fl. 1.230).

Os embargos de declaração opostos pela Associação, então recorrente, foram acolhidos para corrigir erros materiais e deixar claro que foi anulado, apenas, 'o acórdão proferido nos embargos declaratórios' (e-STJ fls. 1.268-1.273).

Anoto, por outro lado, que o recurso extraordinário da autora, ora recorrente (e-STJ fls. 821-864), não foi admitido na origem por ausência de contrariedade 'às normas constitucionais arroladas na peça recursal' (e-STJ fls. 1.017-1.018). Não houve interposição agravo de instrumento para o Supremo Tribunal Federal (e-STJ fl. 1.025).

Para cumprir a determinação desta Corte, imposta no julgamento do REsp 629.199/SP, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, quando já extinto do 1º Tribunal de Alçada, decidiu novamente os embargos de declaração opostos contra o acórdão do agravo de instrumento.

Enfrentou, então, as questões e dispositivos infraconstitucionais omitidos (artigos 6º, inciso XX, e 22 da Lei nº 8.078/1990, 6º e 7º, inciso I, da Lei n. 8.987/1995) e acolheu os declaratórios, mas sem efeito modificativo (e-STJ fls. 1.348-1.350).

Novos embargos foram opostos pela autora (e-STJ fls. 1.357-1.358), os quais foram rejeitados pelo Tribunal de Justiça (e-STJ fls. 1.361-1.363).

Foi interposto, em seguida, tão somente, o presente recurso especial, o qual não pode ser conhecido diante do que dispõe a Súmula 126/STJ. Com efeito, o fundamento constitucional suficiente e independente, relativo à separação de poderes, o qual impediria o Poder Judiciário de impor 'obrigação de fazer a ente público, sob preceito cominatório', adotado no voto vencedor do Juiz Campos Mello (e-STJ fls. 344-345), permaneceu hígido, cabendo ressaltar ter sido anulado apenas o acórdão proferido no julgamento dos primeiros embargos de declaração.

Relembro, como dito acima, que foi interposto, à época, recurso extraordinário pela autora. Entretanto, inadmitido na origem, deixou de interpor agravo de instrumento para o Supremo Tribunal Federal.

Agora, após o novo julgamento dos primeiros declaratórios pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, examinando as alegações infraconstitucionais, a recorrente omitiu-se em manejar o competente recurso extraordinário para o Supremo Tribunal Federal.

Com isso, volto a afirmar, incide a vedação contida na Súmula 126/STJ, com o seguinte teor: 'É inadmissível recurso especial, quando o acórdão recorrido assenta em fundamentos constitucional e infraconstitucional, qualquer deles suficiente, por si só, para mantê-lo, e a parte vencida não

Acesso ao Sumário

manifesta recurso extraordinário'.

Por último, apenas para que não fique sem resposta, saliente que a sentença de primeiro grau, proferida em 19.11.12, não prejudicou o presente recurso especial. Isso porque a extinção do feito em relação às alíneas 'a' e 'b' do item IV da petição inicial, tema objeto deste recurso, foi decretada no acórdão ora recorrido. A sentença, consequentemente, nem precisaria ter tratado da questão, mesmo porque não poderia julgar de forma contrária ao acórdão ora recorrido." (fls. 2623/2625 - Vol. 13).

De qualquer forma, também foi correto este entendimento da douta Magistrada em manter a extinção do processo, sem julgamento de mérito, em relação ao item IV, "a" e "b", fls. 32 da inicial, porquanto, atento ao teor dos mesmos, consoante já assentado, é de se reconhecer que têm caráter exclusivamente administrativo, dotados de natureza de atos discricionários, por dizerem respeito à forma e condições pelas quais a ré deve prestar seus serviços de empresa concessionária de serviço de transporte ferroviário de passageiro, sobre o que compete a ela, exclusivamente, deliberar. Trata-se, portanto, de questão afeta à discricionariedade assegurada à administração pública, não sujeita ao controle judicial.

Ademais, tais medidas, como também foi corretamente observado pela douta Magistrada, tendo-se em vista o tempo decorrido desde a data do acidente que ensejou o ajuizamento da presente ação, já estariam presentemente prejudicados, atento ao atual desenvolvimento tecnológico, motivo pelo qual seria mais apropriado permitir que o Administrador e seus técnicos busquem ou optem por métodos mais modernos, adequados e eficazes que o antigo método de colocar pedaço de madeira embaixo do vagão para impedir que ele desça pelo trilho nas áreas de declive e cause acidentes, como o narrado nestes autos, em que pese a sua gravidade.

Há de prevalecer a propósito, portanto, os princípios atinentes ao controle dos atos discricionários pelo Judiciário, que somente afigura-se admissível, como todo e qualquer ato administrativo, no tocante a legalidade e legitimidade, não sendo permitido ao Judiciário, como leciona Hely Lopes Meirelles "*pronunciar-se sobre o mérito administrativo, vale dizer, sobre a conveniência, oportunidade, eficiência ou justiça do ato, porque, se assim agisse, estaria emitindo pronunciamento de administração, e não de jurisdição judicial. O mérito administrativo, relacionando-se com conveniências do Governo ou com elementos técnicos, refoge do âmbito do Poder Judiciário, cuja missão é a de aferir a conformação do ato com a lei escrita, ou, na sua falta, com os princípios gerais de Direito*" (autor cit., *in* "Direito Administrativo Brasileiro", Malheiros Editores, 22ª ed., pág. 612).

A aplicação do Código de Defesa do Consumidor em nada interfere neste

aspecto, porquanto não permite ao consumidor extrapolar este limite de controle do ato discricionário, no sentido de pretender efetuar o controle dos serviços prestados pela empresa pública, no que diz respeito a qualidade e eficiência, determinando a forma de sua realização ou a adequação dos serviços à maneira pela qual entende ser mais correta. Se houve falha na prestação dos serviços, isto enseja unicamente exigir providências para reparação dos danos causados ao consumidor em decorrência desta falha, além da reparação em si destes danos, nos termos de citado diploma legal, não sendo cabível postular medidas visando alterar a forma pela qual são prestados.

Por fim, sustenta, sem razão a autora, a impossibilidade de compensação da verba honorária.

Face a procedência parcial da ação, configurada a sucumbência recíproca das partes, deverá cada qual arcar com o pagamento da metade das custas processuais e com os honorários de seus respectivos advogados, de acordo com a inteligência do artigo 21 do Código de Processo Civil: "*Se cada litigante for em parte vencedor e vencido, serão recíproca e proporcionalmente distribuídos e compensados entre eles os honorários e despesas*".

No mesmo sentido, foi editada a Súmula nº 306 do STJ: "*Os honorários advocatícios devem ser compensados quando houver sucumbência recíproca, assegurado o direito autônomo do advogado à execução do saldo sem excluir a legitimidade da própria parte*".

Conclui-se, portanto, que a r. sentença merece ser mantida.

Ante o exposto, nega-se provimento ao recurso, na parte conhecida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0001408-72.2013.8.26.0001, da Comarca de São Paulo, em que é apelante CREFISA S/A CRÉDITO, FINANCIAMENTO E INVESTIMENTO, são apelados RICARDO LUIS ALVES DE SOUSA e MARIA FRANCISCA GALLI.

ACORDAM, em 19ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram parcial provimento à apelação. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 24.787)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores RICARDO NEGRÃO (Presidente) e CLÁUDIA GRIECO TABOSA PESSOA.

São Paulo, 6 de junho de 2016.

RICARDO PESSOA DE MELLO BELLI, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: Apelação - Ação indenizatória c.c. cominatória - Sentença de rejeição dos pedidos - Reforma parcial, para acolhimento do pedido indenizatório formulado em desfavor de um dos réus, para cancelamento das verbas da sucumbência estabelecidas em benefício da corré e para a alteração da disciplina das verbas da sucumbência, em proporção.

1. Responsabilidade civil - Réu que posta em redes sociais e em outras redes abertas da Internet mensagens extremamente ofensivas à imagem da instituição financeira autora, por haver esta se negado a conceder crédito em favor da tia do primeiro - Emprego de termos extremamente desairosos e chulos - Claríssima extrapolação do direito à manifestação crítica - Quadro diante do qual é presumível o abalo causado à imagem da sociedade empresária autora perante os respectivos clientes e clientes em potencial - Consideração de que, nos dias de hoje, as pessoas costumam realizar pesquisas na rede mundial de computadores antes de celebrar negócios, especialmente com fornecedores de produtos e de serviços - Dano moral caracterizado, por aplicação do disposto no art. 5º, V e X, da CF, art. 186 do CC e art. 7º, I, da Lei 12.965/14, c.c. art. 52 do CC e Súmula 227 do STJ - Indenização que se arbitra na quantia de R$ 12.000,00, dada a gravidade do ilícito e a extensão do dano, mas tendo em conta, em contrapartida, a pouco confortável situação econômica do ofensor - Hipótese impondo ter o julgador por norte, ademais, o efeito pedagógico da medida, algo indispensável para conter os abusos frequentemente verificados nas redes sociais.

2. Responsabilidade civil - Única mensagem postada pela corré, senhora já então com 85 anos de idade, contendo termos também ofensivos, embora bem mais amenos que os empregados nas inúmeras postagens do sobrinho - Texto evidentemente confeccionado pelo sobrinho da idosa ou por influência dele - Cenário diante do qual a equidade recomenda a rejeição da pretensão voltada ao reconhecimento da

Acesso ao Sumário

corresponsabilidade da ré - Desarrazoado, porém, também por juízo de equidade, responsabilizar a autora pelo pagamento de verbas da sucumbência em benefício da ré.

3. Pedido cominatório - Pretensão no sentido de que se condene o réu a se abster de postar novas mensagens ofensivas - Inviabilidade - Conforme disposto no art. 5º, IV, da CF, "é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato" - O preceito é complementado pelo inciso V do mesmo dispositivo constitucional, este assegurando "o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem." - Claríssimo texto da norma mostrando que nosso sistema jurídico não permite coarctar essa que talvez seja uma das mais caras liberdades individuais, confiante de que as responsabilidades civil e penal são suficientes para inibir quem se anime a ultrajar a honra de outrem - Orientação do STF nesse sentido - Ressalva-se, porém, as hipóteses de gravíssima afronta aos também fundamentais direitos à imagem e à intimidade, como forma de harmonizar o exercício de direitos - Situação que não é a dos autos - Prévia censura injustificável no caso, até porque o réu já se retratou das ofensas.

Dispositivo: Deram parcial provimento à apelação.

VOTO

1. Trata-se de ação indenizatória c.c. cominatória proposta por CREFISA S/A CRÉDITO, FINANCIAMENTO E INVESTIMENTO em face de RICARDO LUIS ALVES DE SOUSA e MARIA FRANCISCA GALLI.

Diz a autora, em síntese, que, em 13.8.12, recebeu um RDR (Registro de denúncia e reclamação) pela internet, na qual o réu Ricardo se queixava de suposta oferta de empréstimo feita por telefone por prepostos da autora à corré Maria Francisca, sua tia. Tal reclamação foi respondida e posteriormente encerrada pelo Banco Central, em agosto de 2012. Em 21.12.12, a autora verificou a existência de novo RDR realizado pelo réu, dessa vez acusando a autora de constituir "uma quadrilha", por haver recusado a proposta de empréstimo formulada por sua tia, reclamação essa deduzida em tom bastante agressivo. Seguiram-se inúmeras reclamações e acusações realizadas pelo

Acesso ao Sumário

réu em *sites* de relacionamento, como o *Facebook*, *twitter*, no próprio *site* da autora, no Banco Central e no *site* denominado "reclame aqui". Tais mensagens empregavam termos pesados e palavras de baixo jaez, imputando à autora a prática de "estelionato", taxando-a de "estupradora" de idosos, que "te fode", "quadrilha", "bando de filhos da puta", "ladrões" etc. Sustenta a demandante que os impropérios que lhe foram dirigidos pelo réu Ricardo e pela corré, que também aludiu a suposta "roubalheira" na atividade dela, autora, macularam a respectiva imagem no mercado, ainda mais porque as mensagens ofensivas também foram endereçadas a jornalistas de renome. Donde a demanda, por meio da qual pretende a autora a condenação dos réus ao pagamento de R$ 50.000,00, à guisa de indenização por danos morais, e a se absterem de postar novas mensagens ofensivas à autora, sob pena de incidência de multa de R$ 10.000,00, por cada postagem.

Foi cumulado pedido no sentido de que se requisitasse às administradoras dos sítios eletrônicos a retirada do ar das indigitadas postagens, também a título de antecipação de tutela. Contudo, houve desistência desse específico pedido, com a notícia de que o réu Ricardo providenciara, ele próprio, a retirada.

A r. sentença julgou improcedente a ação. Segundo a sentenciante de primeiro grau, "há que se considerar que o próprio teor de sua manifestação a tornou inválida e desprovida de qualquer credibilidade, incapaz, portanto, de atingir o fim esperado em críticas desta natureza" e "a teor do que orienta a jurisprudência sobre o tema, as expressões injuriosas não possuem o condão de denegrir a honra objetiva da empresa autora, mormente diante da inexistência de elementos comprobatórios dos prejuízos à sua credibilidade e à reputação que ela detém perante terceiros". Assentou ainda que "o Supremo Tribunal Federal já decidiu que a pessoa jurídica pode ser vítima de difamação, mas não de injúria e calúnia". Responsabilizou a autora pelas verbas da sucumbência, arbitrada a honorária em R$ 1.500,00 (fls. 181/184).

Apela a vencida, pretendendo a reforma integral da sentença e, para tanto, argumenta o que segue, em síntese: (a) "a apelante foi exposta de modo grosseiro em rede mundial de computadores pelos apelados, e sua honra objetiva foi sim atingida, tendo em vista as peculiaridades deste caso em tela, motivo pelo qual existem sim danos morais passíveis de reparação"; (b) "do mesmo modo em que as empresas consultam cadastros de inadimplentes para se inteirar a respeito dos riscos a que estão expostas quando negociam com uma pessoa, os consumidores passaram a se utilizar destas ferramentas *on line* para buscar informações detalhadas sobre a reputação que as empresas gozam perante aqueles que já se utilizaram de seus serviços ou adquiriram seus produtos"; e (c) as mensagens postadas pelo apelado ficaram disponíveis a um número indefinidos de pessoas, de modo que a imagem da apelante foi denegrida na rede mundial de computadores (fls. 187/206).

Acesso ao Sumário

2. Recurso tempestivo (fls. 185 e 187) e preparado (fls. 207/209).

Não houve resposta (fl. 212).

É o relatório do essencial.

3. O episódio descrito na petição inicial e demonstrado nos autos, tanto que não negado na peça de defesa, retrata fenômeno comportamental que se verifica de há muito, desde a invenção do automóvel.

Inúmeras pessoas aparentemente pacatas e educadas se transformam por completo na condução de um veículo motorizado, imaginando-se anônimas, poderosas e invulneráveis.

A civilidade dá lugar à selvageria, isso tendo ensejado, ao longo de mais de um século, a perda de milhões de vidas, seja por acidentes derivados da imprudência, seja por brigas de trânsito.

Atualmente, essa falta de civilidade também tomou conta do meio virtual, especialmente do âmbito das chamadas redes sociais.

Tal como na condução do automóvel, muitos internautas se sentem potentes e intocáveis no manejo de um computador, de um *tablet*, de um *smartphone*, deixando extravasar frustrações, agressividade íntima e boçalidade, como num jogo eletrônico de conteúdo violento.

Não se pode tolerar esse estado de coisas, sobretudo diante de situações em que o texto eletrônico atinja a honra alheia.

No caso dos autos, não há como deixar de reconhecer que a conduta do apelado Ricardo extrapolou, em muito, o direito à crítica.

Não por outra razão, o próprio Ricardo acabou reconhecendo o excesso e providenciou, ele próprio, a retirada dos textos ofensivos (v. fls. 71/74).

Por outra parte, com o máximo respeito pelo entendimento externado pela digna sentenciante, dúvida não pode haver de que os pesados termos empregados naquelas mensagens eletrônicas macularam a imagem da empresa apelante perante a respectiva clientela, nisso incluídos clientes em potencial.

Basta lembrar, a respeito, que, nos tempos atuais, as pessoas costumam realizar pesquisas na rede mundial de computadores a propósito dos fornecedores de produtos e serviços com os quais tencionam contratar.

E é indiscutível que os termos nitidamente desairosos e chulos empregados nas indigitadas mensagens servem ou serviram, para dizer o menos, de desestímulo àqueles que pretendam ou pretendiam valer-se dos serviços da apelante.

Cabe considerar, ademais, que eram injustas as críticas dirigidas por Ricardo à apelante, que tinha motivos plausíveis para negar o novo empréstimo solicitado pela coapelada, por já então bastante endividada aquela idosa senhora (fato implicitamente admitido na peça de defesa, cf. fls. 98, último parágrafo, e

Acesso ao Sumário

99).

Observe-se que não há nem mesmo um começo de prova da assertiva invocada como motivo nuclear daquelas tantas mensagens, segundo a qual a apelante teria, unilateralmente, cancelado empréstimo já contratado.

De toda sorte, ainda que procedessem as críticas ou parte delas, o que se admite para argumentar, nada, absolutamente nada justificava tamanhas ofensas e grosserias.

4. A Lei 12.965/2014, representando o chamado Estatuto da Internet no Brasil, é expressa ao assegurar, no âmbito de utilização daquela rede, a "inviolabilidade da intimidade e da vida privada, sua proteção e indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação" (art. 7º, I).

Tal dispositivo, aliás, reproduz o que já vinha previsto, com todas as letras, em ampla abrangência, nas regras do art. 5º, V e X, da CF e do art. 186 do CC.

Obviamente, as pessoas jurídicas também são destinatárias do sistema de proteção aos direitos inerentes à personalidade (v. art. 52 do CC e Súmula 227 do STJ).

Inequívoca, portanto, a responsabilidade do apelado Ricardo pelo dano presumivelmente por ele causado à imagem da empresa apelante.

5. O arbitramento da indenização deve ter em conta, de um lado, a gravidade do fato e a intensidade do dano, haja vista o alcance mundial da rede em que postadas as mensagens ofensivas.

Cabe ao julgador, ainda, ter os olhos voltados ao efeito pedagógico da reprimenda que se espera do Estado-juiz, como pressuposto indispensável à manutenção do respeito e da civilidade no meio da comunicação eletrônica aberta.

Anote-se que o apelado Ricardo é indivíduo aparentemente letrado e esclarecido, tanto que porta o título de "jornalista" (cf. fl. 103).

Não se pode deixar de considerar, em contrapartida, que o mesmo ofensor decerto não apresenta condição econômico-financeira das mais confortáveis, além do que, felizmente, se retratou das ofensas e procurou remediar o dano.

Em face desse peculiar contexto, tenho que a quantia de R$ 12.000,00, a título da pretendida indenização, representará razoável lenitivo para apelante e suficiente reprimenda civil para o ofensor, à luz da técnica do desestímulo.

Tal importância experimentará correção monetária desde a data da sessão de julgamento deste recurso e será acrescida de juros de mora, de 1% a.m., a partir da data da postagem da primeira mensagem ofensiva (21.12.12, fl. 5), por inexistir relação contratual entre vítima e ofensor (Súmula 54 do STJ).

6. Não é caso, porém, de acolhimento do pedido cominatório.

Acesso ao Sumário

Conforme disposto no art. 5º, IV, da CF, "é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato". O preceito é complementado pelo inciso V do mesmo dispositivo constitucional, este assegurando "o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem."

O claríssimo texto da norma mostra que nosso sistema jurídico não permite coarctar essa que talvez seja uma das mais caras liberdades individuais, confiante de que as responsabilidades civil e penal são suficientes para inibir quem se anime a ultrajar a honra de outrem.

Em abono dessa conclusão, a orientação do Egrégio Supremo Tribunal Federal sobre o tema, haja vista, entre tantos outros, o precedente de cuja ementa destaco e reproduzo o trecho seguinte: "(...) Não cabe ao Estado, por qualquer dos seus órgãos, **definir previamente** o que pode ou o que não pode ser dito por **indivíduos** e jornalistas (...)" (ADI 4451 MC-REF, Rel. Min. AYRES BRITTO, Pleno, j. 2.9.10).

Aos olhos deste relator, porém, a chamada censura prévia só tem lugar em caso de gravíssima afronta aos também fundamentais direitos à imagem e à intimidade, como forma de harmonizar o exercício de direitos.

No caso, apesar da gravidade da conduta do apelado Ricardo, não se vê nada de tão gritante a ponto de ensejar a pretendida vedação prévia ao direito de manifestação.

Assim e como sinaliza a norma constitucional (art. 5º, V), parece-me que o remédio adequado para o litígio, ao menos no âmbito deste processo, situa-se na esfera da responsabilidade civil - até porque a retratação do apelado indica que as ofensas em questão não serão mais realizadas.

7. Não vejo sentido, por último, na pretendida coresponsabilização da apelada Maria Francisca Galli.

Claríssimo está que essa idosa senhora, então já com 85 anos de idade, agiu por intermédio ou, no mínimo, influenciada pelo sobrinho Ricardo, ao postar a única mensagem ofensiva cuja autoria lhe é imputada, esta redigida com termos bem mais amenos que os empregados pelo coapelado (v. fls. 17/19).

Contudo, ainda por noção de equidade, não me parece razoável responsabilizar a apelante por verbas de sucumbência em favor da apelada Maria Francisca.

8. Em suma: a sentença apelada será parcialmente reformada, para o acolhimento do pedido indenizatório formulado em desfavor do apelado Ricardo, nos termos definidos acima, para cancelamento das verbas da sucumbência fixadas em benefício da coapelada Maria Francisca e para a alteração da disciplina das verbas da sucumbência, como segue.

Recíproca a sucumbência, embora não equivalente, o apelado Ricardo

Acesso ao Sumário

arcará com 70% das despesas processuais e a apelante com os 30% remanescentes, compensando-se tais verbas até quanto se compensem (CPC de 2015, art. 86). As responsabilidades por honorários, estas não se compensando, observarão os mesmos percentuais e terão por base de cálculo 15% sobre o montante global da condenação (CPC de 2015, art. 85, §2º).

Nesses termos, meu voto **dá parcial provimento** à apelação.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 9001273-12.2011.8.26.0506, da Comarca de Ribeirão Preto, em que é apelante PREFEITURA MUNICIPAL DE RIBEIRÃO PRETO, é apelado LUIZ ROQUE.

ACORDAM, em 23ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 37460)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PAULO ROBERTO DE SANTANA (Presidente sem voto), JOSÉ MARCOS MARRONE E SEBASTIÃO FLÁVIO.

São Paulo, 1º de junho de 2016.

J. B. FRANCO DE GODOI, Relator

Ementa: EMBARGOS DO DEVEDOR - Ação de cobrança em fase de execução - Inconformismo que recaiu sobre os encargos legais fixados no "decisum" condenatório relativo à Expansão de rede telefônica - Recurso repetitivo no STJ - Tese firmada no sentido de que a Lei 11.960/2009 tem aplicação imediata - Excesso na execução caracterizado - Recurso provido.

Acesso ao Sumário

VOTO

1) Insurge-se a apelante contra sentença que julgou improcedentes os embargos à execução oposto contra o apelado, alegando, em síntese, que: a Lei 11.960/2009 deve ser aplicada de imediato, a partir da sua entrada em vigor; o índice de juros moratórios incide desde a entrada em vigor do novo Código Civil; a tabela de correção monetária a ser apresentada é a do Município Embargante.

Isento de preparo.

O apelado respondeu, alegando que: a questão dos juros moratórios já

foi decidida pelo E. Tribunal; há coisa julgada neste ponto; a Lei 11.960/09 se aplica apenas às ações ajuizadas após a sua vigência.

É o breve relatório.

2) Merece acolhimento o recurso.

O inconformismo da Municipalidade apelante nos presentes embargos restringe-se aos encargos legais, índices dos juros moratórios e correção monetária, fixados no julgamento da ação de cobrança (fls. 177 e 217).

Razão assiste à embargante no tocante à imediata aplicação da Lei nº 11.960/2009 que deu nova redação ao art. 1º-F da Lei 9.494, de 10/09/1997, que trata dos critérios a serem aplicados para fins de incidência de atualização monetária e juros de mora nas condenações impostas à Fazenda Pública.

O E. Superior Tribunal de Justiça, em sede de recurso repetitivo, dirimiu a controvérsia acerca da aplicação imediata da referida lei:

> "*PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. SERVIDOR PÚBLICO. VERBAS REMUNERATÓRIAS. CORREÇÃO MONETÁRIA E JUROS DE MORA DEVIDOS PELA FAZENDA PÚBLICA. LEI 11.960/09, QUE ALTEROU O ARTIGO 1º-F DA LEI 9.494/97. NATUREZA PROCESSUAL. APLICAÇÃO IMEDIATA AOS PROCESSOS EM CURSO QUANDO DA SUA VIGÊNCIA. EFEITO RETROATIVO. IMPOSSIBILIDADE.*
>
> *1. Cinge-se a controvérsia acerca da possibilidade de aplicação imediata às ações em curso da Lei 11.960/09, que veio alterar a redação do artigo 1º-F da Lei 9.494/97, para disciplinar os critérios de correção monetária e de juros de mora a serem observados nas 'condenações impostas à Fazenda Pública, independentemente de sua natureza', quais sejam, 'os índices oficiais de remuneração básica e juros aplicados à caderneta de poupança'.*
>
> *2. A Corte Especial, em sessão de 18.06.2011, por ocasião do julgamento dos EREsp n. 1.207.197/RS, entendeu por bem alterar entendimento até então adotado, firmando posição no sentido de que a Lei 11.960/2009, a qual traz novo regramento concernente à atualização monetária e aos juros de mora devidos pela Fazenda Pública, deve ser aplicada, de imediato, aos processos em andamento, sem, contudo, retroagir a período anterior à sua vigência.*
>
> *3. Nesse mesmo sentido já se manifestou o Supremo Tribunal Federal, ao decidir que a Lei 9.494/97, alterada pela Medida Provisória n. 2.180-35/2001, que também tratava de consectário da condenação (juros de mora), devia ser aplicada imediatamente aos feitos em curso.*
>
> *4. Assim, os valores resultantes de condenações proferidas contra a Fazenda Pública após a entrada em vigor da Lei 11.960/09 devem*

observar os critérios de atualização (correção monetária e juros) nela disciplinados, enquanto vigorarem. Por outro lado, no período anterior, tais acessórios deverão seguir os parâmetros definidos pela legislação então vigente.

5. No caso concreto, merece prosperar a insurgência da recorrente no que se refere à incidência do art. 5º da Lei n. 11.960/09 no período subsequente a 29/06/2009, data da edição da referida lei, ante o princípio do tempus regit actum.

6. Recurso afetado à Seção, por ser representativo de controvérsia, submetido ao regime do artigo 543-C do CPC e da Resolução 8/STJ.

7. Cessam os efeitos previstos no artigo 543-C do CPC em relação ao Recurso Especial Repetitivo n. 1.086.944/SP, que se referia tão somente às modificações legislativas impostas pela MP 2.180-35/01, que acrescentou o art. 1º-F à Lei 9.494/97, alterada pela Lei 11.960/09, aqui tratada.

8. Recurso especial parcialmente provido para determinar, ao presente feito, a imediata aplicação do art. 5º da Lei 11.960/09, a partir de sua vigência, sem efeitos retroativos." **(REsp nº 1.205.946-SP, Corte Especial, Rel. Min. BENEDITO GOLÇALVES, j. 19.10.2011)**

Conforme apontado no precedente acima, o qual possui efeito vinculante para os demais órgãos julgadores, a referida lei tem aplicação imediata, inclusive para os processos que estão em andamento.

De rigor, portanto, o acolhimento dos embargos opostos pela Municipalidade, conforme já decidiu esta Câmara:

"Embargos à execução - Fazenda Pública - Contrato - Expansão da rede telefônica - Municipalidade embargante que foi condenada a pagar à embargada o valor do empréstimo, correspondente a Cr$ 397.600,00, acrescido de juros remuneratórios de 0,5% ao mês e de correção monetária calculada pelos índices da tabela prática editada pelo TJSP, ambas as verbas devidas desde a data do desembolso, bem como de juros moratórios lineares a partir da data da citação, de 0,5% ao mês até o advento do atual CC (11.1.2003), de 1% ao mês após esse termo. Embargos à execução - Fazenda Pública - Opostos embargos à execução por parte da municipalidade sob o fundamento de excesso de execução - Alegado pela embargante que a embargada não considerou, na elaboração dos cálculos, que o desembolso do empréstimo deu-se de modo parcelado - Alegado pela embargante também que a embargada não procedeu à correta atualização dos cálculos, uma vez que não aplicou a Lei 11.960/2009. Embargos à execução - Fazenda Pública - Contrato - Expansão da rede telefônica - Embargante que foi condenada a restituir

Acesso ao Sumário

à embargada o valor do empréstimo, acrescido de correção monetária e de juros remuneratórios contratuais, ambas as verbas desde a data do desembolso - Caso em que o desembolso por parte da embargada foi realizado de forma parcelada - Cálculo da atualização monetária e dos juros remuneratórios que deve levar em conta a data de cada efetivo desembolso - Entendimento de maneira diversa implicaria enriquecimento sem causa por parte da embargada. Embargos à execução - Fazenda Pública - Contrato - Expansão da rede telefônica - Lei 11.960/2009 que deve ser aplicada ao caso em tela - Questão da aplicação imediata da Lei 11.960/2009 que foi dirimida pelo STJ em sede de recurso repetitivo - STF que reconheceu a inconstitucionalidade, por 'arrastamento', de parte do art. 1º-F da Lei 9.494/97 - Reconhecimento que, contudo, não impede a aplicação da Lei 11.960/2009 à espécie - Modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade que teve o seu alcance restrito aos precatórios já expedidos, não fazendo menção aos cálculos de liquidação em fase de execução do julgado - Decreto de procedência dos embargos que se mostrou legítimo - Apelo da embargada desprovido." **(Apel. nº 0900633-06.2012.8.26.0506 - 23ª C. de Direito Privado - Des. Rel. José Marcos Marrone - j. 24.02.2016).**

Ante o exposto, dá-se provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1023549-94.2015.8.26.0196, da Comarca de Franca, em que é apelante FABIANO SAMPAIO MOREIRA (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado BANCO SANTANDER BRASIL S/A.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 21ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. Por maioria de votos. Declara voto o 3º Desembargador.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 41.091)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores SILVEIRA PAULILO (Presidente), ITAMAR GAINO e VIRGILIO DE OLIVEIRA JUNIOR.

São Paulo, 2 de junho de 2016.

SILVEIRA PAULILO, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: REPARAÇÃO DANOS MATERIAIS - Honorários Contratuais - Impossibilidade de determinação de ressarcimento sobre o valor acordado entre o autor e seu patrono - Réu não tomou parte no contrato, não há de pagar por ele - Recurso improvido.

VOTO

Trata-se de apelação interposta em face da r. sentença que julgou improcedente a demanda ajuizada pelo apelante, sem condenação em custas ou honorários por ele ser beneficiário da gratuidade da justiça. Aduz, em apertada síntese, que os honorários contratuais diferem dos honorários de sucumbência, de modo a não ser válido argumento de que o patrono do autor já tenha sido ressarcido na ação anterior que foi vitorioso. Pretende o autor ser ressarcido do valor que foi obrigado a pagar a seu advogado na ação de declaratório que foi vitorioso eis que somente contratou defensor em razão do ilícito reconhecido no mencionado processo anterior. Argumenta que não foi possível realizar tal pedido nos autos da ação anterior por se tratar de contrato "de êxito", razão pela qual ingressou com a presente ação autônoma.

É o relatório.

O apelante ingressou com a presente demanda com o escopo de ser ressarcido dos danos materiais decorrentes do fato de ter sido obrigado a contratar advogado para ingressar com ação declaratória c.c. indenização por danos morais em razão de ato ilícito praticado pelo Banco ora apelado. Afirmou que firmou contrato "de êxito" com seu patrono, razão pela qual do valor da indenização que lhe foi paga teve que lançar 30% para adimplemento dos honorários contratuais. Afirma que tal gasto somente se deu em razão do ato ilícito do banco, razão pela qual pretende receber a quantia de R$ 6.718,23 a título de ressarcimento material.

A questão dos honorários advocatícios contratuais é tormentosa.

No Colendo Superior Tribunal de Justiça já se reconheceu a existência de divergência sobre a matéria. Um dos acórdãos diz: "*A simples contratação de advogado para o ajuizamento de reclamatória trabalhista não induz, por si só, a existência de fato gerador de danos materiais.*" Outro aresto, diametralmente oposto, assinala: "*4. Os honorários convencionais integram o valor devido a título de perdas e danos, nos termos dos arts. 389, 395 e 404 do CC/02. O pagamento dos honorários extrajudiciais como parcela integrante das perdas e danos também é devido pelo inadimplemento de obrigações trabalhistas, diante da incidência dos princípios de acesso à justiça e da restituição integral dos danos e dos arts. 389, 395 e 404 do CC/02, que podem ser aplicados*

Acesso ao Sumário

subsidiariamente no âmbito dos contratos trabalhistas". (cf. Embargos de Divergência em REsp nº 1.155.527 MG, Rel. Min. Sidnei Beneti).

Embora rejeitados estes embargos, a verdade é que se estabeleceu a divergência entre as 3ª e 4ª Turmas daquele egrégio Sodalício. Sem importância a discussão de que, na Justiça do Trabalho, a contratação de advogado é desnecessária para o ajuizamento da reclamação trabalhista. As teses, mesmo sem isto, se aplicam à Justiça Comum. É necessário saber, portanto, a quais honorários se refere a Lei Civil, em especial nos artigos 389, 395 e 404 do Código Civil de 2002.

Não se pode entender se refiram a honorários advocatícios de sucumbência, pois, para tanto, já existia o artigo 20 do Código de Processo Civil. É de longa tradição, aliás, a legislação que impõe a verba honorária como consequência da perda da ação. É o princípio da causalidade, objetivo: quem perde paga. A melhor orientação é a de que se refiram os dispositivos aos honorários extrajudiciais, aqueles que o cliente contrata com seu advogado. É bem verdade que o artigo 404 do Código Civil fala também em "custas", vocábulo que tem sentido eminentemente processual; são as custas do processo, o que poderia induzir ao pensamento de que estaria falando a Lei Civil apenas em sucumbência. Não é verdade. O vocábulo está mal empregado e, no caso, é possível emprestar a ele o sentido de despesas extrajudiciais indenizáveis.

Partindo-se, portanto, do pressuposto de que a Lei Civil se refere aos honorários advocatícios extrajudiciais, surge a questão mais importante, vale dizer, se seriam cobráveis da parte contrária que perde a ação. E é aí que houve a divergência jurisprudencial acima assinalada, que transbordou para as instâncias inferiores e se esparrama também pela doutrina.

Há um excelente artigo do Advogado ANTONIO DE PÁDUA SOUBHIE NOGUEIRA (cf. RF 402/597) abordando com profundidade o tema, incluídas citações doutrinárias e jurisprudenciais, concluindo pela possibilidade da cobrança, sem prejuízo da verba de sucumbência, em todos os casos de contratação extrajudicial. Há ressalva apenas quanto ao limite; se excessiva a contratação poderia haver redução pelo juiz. É o que diz também o v. aresto do colendo STJ já referido, relatado pela Ministra Nancy Andrighi, também trazido pelo apelante neste recurso. A tese está calcada na necessidade da restituição integral do prejuízo.

Conquanto sedutora a tese, e muito bem defendida, ouso dela discordar, com o máximo respeito ao doutrinador acima referido e à ilustre Ministra do egrégio STJ por quem tenho a mais profunda admiração e assinalado respeito.

Tenho para mim que os dispositivos da Lei Civil acima enumerados vieram apenas para preencher uma lacuna existente no direito material, que se prestaria a confusões com a sucumbência processual. Não posso ver incluídos

Acesso ao Sumário

na sucumbência do Código de Processo Civil os honorários advocatícios pagos pelo interessado, a título de consulta, a um grande especialista que não tenha podido ou querido assumir a causa, mas se limitando a orientar a parte, fornecendo-lhe inclusive material jurídico suficiente para que possa procurar outro profissional não tão versado no tema. Na mesma situação ponho honorários advocatícios pagos, por força de contrato, a advogado que tenha defendido a parte em ação privada penal na qual logrou absolvição. Pode ela voltar-se contra seu acusador para cobrar os honorários despendidos. Ou ainda aqueles pagos a um parecerista de renome em causas difíceis. Não consigo aceitar, todavia, que honorários advocatícios contratados e os de sucumbência possam ser somados em inaceitável "bis in idem".

O Código de Processo Civil, em seu artigo 20, deu os parâmetros para fixação da verba honorária de sucumbência de forma a remunerar condignamente o patrono da parte vencedora, razão pela qual não podem concorrer com os extrajudiciais contratados para o mesmo fim. Isto, em meu sentir, certamente não estava na cogitação do Legislador e nem resulta da melhor interpretação dos textos legais.

A *restitutio in integrum* é, sem dúvida, um ideal a ser buscado, mas nem sempre possível; basta dizer poder o juiz reduzir os honorários contratados se entender terem sido excessivos. Não haverá restituição integral nesta hipótese. Ressalte-se, ademais, repugnar a consciência jurídica a imposição a alguém de contrato no qual não tenha sido parte. E nem se alegue que os honorários de sucumbência são apenas um prêmio porquanto seria usual a contratação de pagamento independentemente deles. Isto pode ocorrer nos grandes escritórios de advocacia ou com advogados famosos; mas não é o que se tem ouvido nos pretórios acerca de grande parte da advocacia, que sobrevive em padrões bem mais baixos, dependendo muitas vezes da sucumbência. São milhares os casos em que se pede assistência judiciária. Ou, pois, estamos diante de uma grande fraude, ou os advogados que representam estas pessoas trabalham pela honorária de sucumbência.

Acesso ao Sumário

Para mim não faz sentido que o juiz tenha parâmetros processuais para o que o Legislador entendeu remuneração condigna ao advogado, mas que seja imposta à parte perdedora os honorários que a outra parte contratou, fazendo-se, com isto, tabula rasa de todo o raciocínio judicial para se chegar a uma remuneração adequada. A duplicidade da verba honorária impõe a conclusão de que, por mais que o juiz faça, a remuneração, se for inferior à contratada, será sempre inadequada, sempre inferior ao merecido. Em outras palavras, estaria esvaziado o conteúdo do artigo 20 do Código de Processo Civil. O entendimento judicial seria buscado em pura perda de tempo.

Só a ingenuidade, de outra parte, poderia ignorar que, a prevalecer a tese defendida pelo apelante, teríamos, em todas as ações, pedidos de honorários

contratados e reconvenção (ou pedido contraposto, conforme o caso) objetivando a condenação em verba honorária contratada pela parte contrária, a fazer principal a lide acessória, relativa à sucumbência. Teríamos a guerra dos contratos a exigir exame judicial, com eventuais reduções, numa verdadeira miscelânea entre direito material e direito processual, pois os parâmetros para a redução seriam aqueles mesmos do artigo 20 do Código de Processo Civil.

Não argumento com a exceção, vale dizer, com possibilidade de fraudes, de honorários estratosféricos ou algo do gênero. Isto não seria argumento para deixar de aplicar a lei. Aceno, isto sim, com a interpretação da lei que me parece correta.

O Código Civil é de 2002 e, pois, recentíssimo, pelo que não estaria o Legislador civil fora da realidade de hoje. A Justiça é considerada cara; a população brasileira majoritariamente pobre; uma classe média sofrida e uma minoria rica. Teria querido o Legislador impor à parte perdedora o pesado ônus de pagar duplos honorários para a mesma finalidade, levando às últimas consequências a *restitutio in integrum*, que poderia ser mitigada pelo juiz e, pois, não ser *restitutio in integrum*? Acredito sinceramente que não.

Por enquanto falamos em tese.

No caso concreto não há lugar para condenar o banco, vencido em outra ação, a pagar honorários advocatícios extrajudiciais, contratados pela parte contrária, o que importaria na majoração pura e simples daqueles mesmos fixados na sucumbência, em duplicidade que, *venia concessa*, não se encarta na letra ou no espírito da Lei Civil, com o máximo respeito aos que pensam o contrário.

Aliás, sem prejuízo de todo o exposto, esse é entendimento mais recente do E. STJ, vejamos:

> *RECURSO ESPECIAL. OBRIGAÇÃO DE FAZER E REPARAÇÃO CIVIL. DANOS MORAIS E MATERIAIS. PROVEDOR DE SERVIÇOS DE INTERNET. REDE SOCIAL "ORKUT". RESPONSABILIDADE SUBJETIVA. CONTROLE EDITORIAL. INEXISTÊNCIA. APRECIAÇÃO E NOTIFICAÇÃO JUDICIAL. NECESSIDADE. ART. 19, § 1º, DA LEI Nº 12.965/2014 (MARCO CIVIL DA INTERNET). INDICAÇÃO DA URL. MONITORAMENTO DA REDE. CENSURA PRÉVIA. IMPOSSIBILIDADE. RESSARCIMENTO DOS HONORÁRIOS CONTRATUAIS. NÃO CABIMENTO. 1. Cuida-se de ação de obrigação de fazer cumulada com indenização por danos morais e materiais, decorrentes de disponibilização, em rede social, de material considerado ofensivo à honra do autor. 2. A responsabilidade dos provedores de conteúdo de internet em geral depende da existência ou não do controle editorial do material disponibilizado na rede. Não havendo esse controle,*

Acesso ao Sumário

a responsabilização somente é devida se, após notificação judicial para a retirada do material, mantiver-se inerte. Se houver o controle, o provedor de conteúdo torna-se responsável pelo material publicado independentemente de notificação. Precedentes do STJ. 3. Cabe ao Poder Judiciário ponderar os elementos da responsabilidade civil dos indivíduos, nos casos de manifestações de pensamento na internet, em conjunto com o princípio constitucional de liberdade de expressão (art. 220, § 2º, da Constituição Federal). 4. A jurisprudência do STJ, em harmonia com o art. 19, § 1º, da Lei nº 12.965/2014 (Marco Civil da Internet), entende necessária a notificação judicial ao provedor de conteúdo ou de hospedagem para retirada de material apontado como infringente, com a indicação clara e específica da URL - Universal Resource Locator. 5. Não se pode impor ao provedor de internet que monitore o conteúdo produzido pelos usuários da rede, de modo a impedir, ou censurar previamente, a divulgação de futuras manifestações ofensivas contra determinado indivíduo. 6. A Segunda Seção do STJ já se pronunciou no sentido de ser incabível a condenação da parte sucumbente aos honorários contratuais despendidos pela vencedora. 7. Recurso especial provido. (REsp 1568935/RJ, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 05/04/2016, DJe 13/04/2016) grifei

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. 1. AFRONTA AOS ARTS. 389, 395 E 404, TODOS DO CC. HONORÁRIOS CONTRATUAIS. RESSARCIMENTO PELA PARTE ADVERSA. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES. SÚMULA 83/STJ. 3. RECURSO IMPROVIDO. 1. A contratação de advogado para defesa judicial de interesses da parte não enseja, por si só, dano material passível de indenização, porque inerente ao exercício regular dos direitos constitucionais de contraditório, ampla defesa e acesso à Justiça. Incidência do enunciado n. 83 da Súmula desta Corte. 2. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no REsp 1539014/SP, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA TURMA, julgado em 03/09/2015, DJe 17/09/2015)

Diante do exposto, pelo meu voto, é negado provimento ao recurso.

DECLARAÇÃO DE VOTO

(Voto nº 34875)

Divirjo, respeitosamente, do entendimento exposto no voto vetor por entender que os honorários contratuais, se contratados e quitados, estando isso

Acesso ao Sumário

provado nos autos, são devidos pela parte contrária.

No presente caso, há prova da contratação, do pagamento e do recebimento da verba honorária de R$ 6.718,23 (fls. 12/13 e 21/22).

Tendo o banco dado azo à contratação de causídico para posterior ajuizamento de ação, é natural que, uma vez vencedor, venha a ser ressarcido integralmente do dano sofrido.

O dano moral acabou arbitrado em R$ 20.000,00. E a verba honorária, imposta ao banco, então, vencido, ficou em 10% do valor condenatório. Ou seja, em R$ 2.000,00. Esses valores foram ressarcidos (fls.19). Todavia, o dispêndio de R$ 6.718,23, feito em favor de seu patrono, aparece como prejuízo do autor.

Reza o art. 389: "*Não cumprida a obrigação, responde o devedor por perdas e danos, mais juros e atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários advocatícios*".

Celebra o art. 404: "*As perdas e danos, nas obrigações de pagamento em dinheiro, serão pagas com atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, abrangendo juros, custas e honorários de advogado, sem prejuízo da pena convencional*".

Lembre-se que essas regras são de Direito Civil, portanto não dizem respeito às verbas sucumbenciais, que são amparadas pelo diploma processual civil.

E se o legislador incluiu os honorários entre as perdas e danos, devem eles incorporar o débito a ser enfrentado pelo banco.

Não se pode ignorar que o autor tem pleno direito ao percebimento do principal, mais encargos e mais honorários contratuais. Essas verbas pertencem ao sujeito da ação. Os honorários sucumbenciais, que não se confundem com os contratuais, são do advogado. Portanto, não se pode isentar o banco de pagar ao autor os honorários contratuais só por haver quitado os sucumbenciais. São esses honorários de natureza distinta daqueles. E se o legislador previu a existência de honorários contratuais entre as verbas que compõem as perdas e danos, devem integrar o cálculo do débito. Afinal, o autor tem que ser reparado no prejuízo que sofreu: o dispêndio dos contratuais.

Pelo meu voto, dou provimento ao apelo para julgar procedente a ação.

VIRGILIO DE OLIVEIRA JUNIOR, Desembargador, 3º Julgador

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1000083-08.2015.8.26.0411, da Comarca de Pacaembu, em que é apelante R.R.O.

Acesso ao Sumário

TRANSPORTES LTDA.-ME, é apelado CIAPETRO DISTRIBUIDORA DE COMBUSTÍVEIS LTDA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 11ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 34.634)**

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

São Paulo, 21 de junho de 2016.

Gilberto dos Santos, Relator

Ementa: CONTRATO DE TRANSPORTE DE CARGA. Roubo da carga transportada, sob ameaça com arma de fogo. Inevitabilidade do fato dentro de condições normais de transporte. Força maior. Reconhecimento. Ausência da presunção de culpa da transportadora. Recurso da ré provido para julgar a ação improcedente.

"*O roubo de mercadoria transportada, praticado mediante ameaça exercida com arma de fogo, é fato desconexo ao contrato de transporte, e, sendo inevitável, diante das cautelas exigíveis da transportadora, constitui-se em caso fortuito ou força maior, excluindo-se a responsabilidade desta pelos danos causados ao dono da mercadoria.***"**

VOTO

A r. sentença de fls. 68/79, de relatório adotado, julgou procedente ação de reparação de danos materiais fundada em contrato de transporte de carga, condenando a ré a pagar à autora a quantia de R$ 101.867,24, atualizada monetariamente desde o evento danosos (10.06.2015), acrescida de juros de 1% ao mês, devidos a partir da citação, bem como ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios de 10 % sobre o valor da condenação.

Recorre a transportadora (fls. 81/87), com pedido de reforma do julgado, sustentando ter ficado comprovada a excludente de responsabilidade caracterizada pelo caso fortuito, consistente no roubo da carga mediante o emprego de arma de fogo.

Recurso preparado (fls. 88/90) e respondido (fls. 102/109), requerendo que a ele seja negado provimento.

Acesso ao Sumário

É o relatório.

Respeitada a convicção do ilustre MM. Juiz de primeiro grau, a r. sentença não pode ser mantida.

Com todo o respeito, no caso impõe-se o acolhimento da excludente de responsabilidade da transportadora ré com o decreto de improcedência da ação, *data venia*.

Conforme evidenciam os documentos dos autos, em 10 de junho de 2015, a requerente contratou os serviços da requerida para o transporte de 44.663 litros de óleo diesel B S500, do município de Paulínia até o município de Guararapes, no valor de R$ 101.867,24 (cento e um mil, oitocentos e sessenta e sete reais e vinte e quatro), conforme se depreende da DANFE que acompanhava a mercadoria.

Segundo o Boletim de Ocorrência nº 3171/2015 (fls. 19/21), lavrado na data dos fatos, o veículo de propriedade da Requerida e conduzido por seu preposto, ao adentrar a Rodovia Anhanguera, altura do município de Limeira, foi vítima de roubo perpetrado por desconhecidos, que lhe subtraíram a carga que transportava. Afirmou, ainda, o motorista, que um dos homens que o abordaram estava armado com uma espingarda calibre 12.

Obviamente, não é demais salientar que o contrato de transporte é tipicamente de resultado. E mais: compete ao transportador conduzir a coisa incólume ao seu destino, tomando todas as cautelas necessárias para mantê-la em bom estado e entregá-la no prazo ajustado ou previsto (CC/2002, art. 749).

"É natural que assim deva fazer. Não se concebe o contrato de transporte sem o da boa guarda e da incolumidade. Ninguém contrata se não se assegurar que terá a garantia da integridade do bem que vai ser removido de um lugar para o outro. Para tanto, ao transportador incumbe munir-se de todos os cuidados, providências e cautelas para manter o estado original da coisa, ou existente quando do recebimento" (ARNALDO RIZZARDO. *Responsabilidade Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 463).

Assim, diante de situação que consagra a responsabilidade objetiva, em regra não interessa se houve ou não culpa no desvio ou perda da coisa a ser transportada.

Mas, com o devido respeito, isso não serve de fundamento para tornar *absoluta* a responsabilidade do transportador, e nem a lei prevê desse modo.

A alegação da ocorrência de caso fortuito ou força maior tem relevância na hipótese. A jurisprudência tem mesmo admitido que o roubo de mercadoria praticado mediante ameaça exercida com arma de fogo é fato desconexo do contrato de transporte e, sendo inevitável, diante das cautelas exigíveis da transportadora, em regra é apto para excluir a responsabilidade dessa pelos danos causados.

Acesso ao Sumário

E tal solução pode perfeitamente ser aplicada ao caso em julgamento, pois aqui, o roubo da mercadoria transportada pela ré foi exatamente fruto de situação que, conquanto possa ser previsível - na leitura da sentença - era mesmo inevitável.

Se no trajeto da entrega fora o preposto da ré rendido por três assaltantes, os quais, com arma de fogo em punho, forçaram-no a entregar a carga que estava em seu poder, não se vê quais poderiam ser os "cuidados acautelatórios" aos quais a requerida não se ateve.

Por outro lado, não ficou demonstrado nos autos que a ré tivesse agido sem os cuidados necessários para manter a carga em "*bom estado e entregá-la no prazo ajustado ou previsto*" (CC/2002, art. 749).

Consequentemente, dentro das circunstâncias que margeavam o fato, inafastável a conclusão da ocorrência da excludente da *força maior*. Esta, de sua vez, deve ser entendida como decorrente de "um acontecimento, para o qual não concorra de nenhum modo o devedor, nem pela sua ação nem pela sua vontade" (J.M. DE CARVALHO SANTOS, *Código Civil Brasileiro Interpretado*. Vol. XIV. 4ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1951, p. 239).

Logo, por mais que se queira afirmar sobre a previsibilidade de atentados contra as cargas, não se pode carrear à transportadora, no presente caso, a responsabilidade pelo inevitável fato ocorrido. Como adverte ARNALDO RIZZARDO, "constitui uma incongruência com a realidade não incluir o roubo ou assalto na força maior, pois se está exigindo que o transportador deva colocar em jogo a vida de seus prepostos no ingente esforço de repelir tal evento" (*Ob. cit*. p. 470).

Em tais condições, diante da inexistência da previsão expressa de assunção de risco pelo *caso fortuito* ou *força maior* aqui devidamente reconhecidos, vale a regra geral, segundo a qual o "*devedor não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito, ou força maior, se expressamente não se houver por eles responsabilizado*" (CC/1916, art. 1.058).

Tal disposição foi repetida no Código Civil/2002, como se pode ver do artigo 393 e seu parágrafo único.

Daí segue-se que: "A impossibilidade superveniente da prestação, proveniente da causa *não-imputável* ao devedor, extingue o vínculo obrigacional. Verifica- se, nesse caso, o *inadimplemento fortuito*. Exonera-se o devedor da obrigação de cumpri-la, e, como não tem culpa, responsabilidade não lhe cabe pela inexecução. Realmente, o devedor não responde pelos prejuízos resultantes de *caso fortuito*, a menos que se tenha obrigado por eles ou esteja em mora quando se verifiquem" (ORLANDO GOMES. *Obrigações*. 16ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 217).

Mesmo no Código de Defesa do Consumidor há previsão de que o

Acesso ao Sumário

fornecedor de serviços não será responsabilizado quando provar que o fato lesivo se deu por culpa exclusiva do consumidor "ou de terceiro" (art. 14, § 3º, II, CDC).

De resto, o E. Superior Tribunal de Justiça já referendou entendimento de que o fato de não se ter contratado serviço específico de segurança no transporte tem efetivamente a relevância na exclusão da responsabilidade da transportadora, como se observa no aresto seguinte:

> "AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA - RECURSO ESPECIAL - TRANSPORTE DE MERCADORIA-ROUBO-INEXISTÊNCIADERESPONSABILIDADE DA TRANSPORTADORA - AUSÊNCIA DE SIMILITUDE FÁTICA - RECURSO DESPROVIDO.
>
> 1 - É pacífico neste Colegiado de Uniformização o entendimento de que, nos Embargos de Divergência, a decisão embargada e os arestos trazidos a confronto devem guardar semelhança fática entre si, requisito inocorrente no caso *sub examen*.
>
> 2 - Deveras, o aresto embargado tratou da configuração do caso fortuito ou força maior em roubo de mercadoria enquanto transportada, tendo consignado que a empresa agira com as cautelas exigíveis, dentre as quais não inserida a contratação de serviço de segurança durante o transporte rodoviário, reconhecendo-se, pois, a causa excludente da responsabilidade civil. Ao revés, no v. aresto padrão oriundo do REsp nº 168.200/SP, restou comprovada a negligência da transportadora, que não contava com serviço de vigilância em suas próprias dependências, não se verificando o roubo da carga enquanto transportada, mas no próprio pátio da empresa, onde se encontrava o veículo já carregado. Por fim, os v. paradigmas tirados dos REsp nºs 110.911/SP, 591.729/MG e 402.882/SP versaram, respectivamente, acerca de capitalização de juros e cobrança de comissão de permanência em concordata preventiva ou falência, de indenização por danos morais e materiais por acidente de trânsito e, afinal, de controvérsia referente a embargos à execução de nota promissória.
>
> 3 - Agravo Regimental desprovido.
>
> (AgRg nos EREsp 604.679/SP, Rel. Ministro JORGE SCARTEZZINI, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 14.06.2006, DJ 26.06.2006 p. 113)

Outros precedentes da mesma Corte também são no sentido de afastar a responsabilidade da transportadora quando ocorre roubo da mercadoria transportada:

> "PROCESSUAL CIVIL E CIVIL. AGRAVO NOS EMBARGOS NO RECURSO ESPECIAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO.

Acesso ao Sumário

OMISSÃO. INEXISTÊNCIA. TRANSPORTE DE MERCADORIA. ROUBO. RESPONSABILIDADE DA TRANSPORTADORA.

- O roubo de mercadoria transportada, praticado mediante ameaça exercida com arma de fogo, é fato desconexo ao contrato de transporte, e, sendo inevitável, diante das cautelas exigíveis da transportadora, constitui- se em caso fortuito ou força maior, excluindo-se a responsabilidade desta pelos danos causados ao dono da mercadoria. Agravo não provido."

(STJ - AgRg nos EDcl no REsp 772.620/MG, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 06.12.2005, DJ 19.12.2005 p. 409)

"TRANSPORTE DE MERCADORIA. ROUBO DA CARGA DURANTE O TRAJETO DO VEICULO. RESPONSABILIDADE DO TRANSPORTADOR. FORÇA MAIOR.

- A presunção de culpa do transportador pode ser elidida pela prova da ocorrência de força maior (Decreto n. 2.681/912, art. 1º, par. 1º).

- O roubo da mercadoria em trânsito, uma vez comprovado que o transportador não se desviou das cautelas e precauções a que está obrigado, configura força maior, suscetível, portanto, de excluir a responsabilidade, nos termos da regra jurídica acima referida.

- Recurso não conhecido."

(STJ - REsp 43.756/SP, Rel. Ministro ANTONIO TORREÃO BRAZ, QUARTA TURMA, julgado em 13.06.1994, DJ 01.08.1994 p. 18658)

"CIVIL. AÇÃO INDENIZATÓRIA REGRESSIVA. TRANSPORTE DE CARGA. ROUBO DE MERCADORIAS. FORÇA MAIOR. ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE.

I. O entendimento recentemente uniformizado na Colenda 2ª Seção do STJ é no sentido de que constitui motivo de força maior, a isentar de responsabilidade a transportadora, o roubo da carga sob sua guarda (REsp n. 435.865 - RJ, Rel. Min. Barros Monteiro, por maioria, julgado em 09.10.2002).

II. Ressalva do ponto de vista do relator.

III. Recurso especial não conhecido."

(STJ - REsp 433.738-SP, Rel. Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR, J. 12/11/2002, DJ 17/02/2003, p. 287)

"RESPONSABILIDADE CIVIL. TRANSPORTE DE MERCADORIAS. ROUBO OU ASSALTO. SEGURADORA.

Acesso ao Sumário

Na relação entre a seguradora da mercadoria e a transportadora, esta não responde pelo dano decorrente do roubo da carga segurada, salvo se concorreu para o fato com dolo ou culpa. Exame dos precedentes.

Recurso conhecido em parte e nessa parte provido, para restabelecer a sentença de improcedência da ação promovida pela seguradora contra a transportadora."

(STJ - REsp 278.524-MG, Rel. Ministro RUY ROSADO DE AGUIAR, J. 12/06/2001, DJ de 27/08/2001, p. 344)

"RESPONSABILIDADE CIVIL. TRANSPORTE DE MERCADORIAS. ROUBO.

O fato de terceiro que não exonera de responsabilidade o transportador é o que se vincula aos riscos específicos do deslocamento. O roubo à mão armada configura força maior que exclui a responsabilidade do transportador.

Denunciação da lide.

Perda de objeto da denunciação da lide diante da improcedência do pedido de indenização."

(STJ - REsp 195.648-RJ, Rel. Ministro EDUARDO RIBEIRO, J. 15/06/2000, DJ 21/08/2000, p. 121)

"CIVIL. RESPONSABILIDADE. TRANSPORTE DE MERCADORIAS. ASSALTO.

A jurisprudência do STJ consolidou-se no sentido de que o assalto à mão armada configura força maior, de ordem a excluir a responsabilidade do transportador.

Recurso especial conhecido e provido."

(STJ - REsp 65.761-SP, Rel. Ministro WALDEMAR ZVEITER, Rel. p/ AC. Ministro PAULO COSTA LEITE, J. 16/09/1999, DJ 17/12/1999, p. 350)

"CIVIL. INDENIZAÇÃO. TRANSPORTADORA. ROUBO DE CARGA. FORÇA MAIOR.

- O roubo de carga durante o transporte constitui força maior a isentar de responsabilidade a transportadora."

(STJ - AgRg no Ag 686.845-MG, Rel. Ministro HUMBERTO GOMES DE BARROS, J. 03/10/2006, DJ de 23/10/2006, p. 303)

"AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. ARTS. 159 E 1.521 DO CÓDIGO CIVIL DE 1916. ENUNCIADO N. 7/STJ. ROUBO DE CARGA. EVENTO DE FORÇA MAIOR. PRECEDENTES.

O recurso especial não se presta à reapreciação do suporte fático-probatório da causa, a teor do enunciado n. 7 da Súmula deste Pretório.

Acesso ao Sumário

A jurisprudência desta Corte é assente quanto ao entendimento de que o roubo de carga durante o transporte constitui evento de força maior, excluindo, por conseqüência, a responsabilidade da transportadora. Precedentes.

Subsistentes os fundamentos do decisório agravado, nega-se provimento ao agravo."

(STJ - AgRg no REsp 703.866-SC, Rel. Ministro CESAR ASFOR ROCHA, J. 13/09/2005, DJ de 13/02/2006, p. 822)

Finalmente, não estando demonstrada qualquer situação de anormalidade na conduta da transportadora, impossível imputar-lhe, nas condições descritas do transporte efetuado, a presunção de culpa apta a gerar qualquer ressarcimento.

Ante o exposto e pelo mais que dos autos consta, dou provimento ao recurso da ré para reformar a r. sentença e julgar a ação improcedente, com a condenação do autor ao pagamento das custas e honorários advocatícios fixados em 10% sobre o valor atualizado da causa, observados os princípios do artigo 85, § 2º, do Código de Processo Civil.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1004617-35.2014.8.26.0506, da Comarca de Ribeirão Preto, em que é apelante BANCO ITAUCARD S/A, é apelada GILMARA RIBEIRO DE SOUSA (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 18.214)**

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

São Paulo, 21 de junho de 2016.

VICENTINI BARROSO, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – Cartão magnético - Utilização indevida - Uso negado pela correntista - Ônus da prova do Banco - Exegese do artigo 14, § 3º, do Código do Consumidor - Operação realizada em fraude - Dano moral configurado - Valor

indenizatório mantido - Recurso desprovido.

VOTO

1. A sentença de fls. 223/225, de relatório adotado, julgou procedente ação declaratória de inexigibilidade de dívida e indenização por danos morais (fixados em R$10.000,00), movida pela apelada à apelante - honorários advocatícios fixados em 20% do valor da condenação.

Diz-se que as operações foram efetuadas com o uso do cartão, que contém chip de segurança, com senha pessoal e intransferível. A apelada teve seu limite de crédito aumentado e as transações foram feitas antes da solicitação de bloqueio. Não há defeito na prestação dos serviços e não há dano moral a reparar. Se o entendimento for diverso, o valor indenizatório deve ser reduzido, porque é exagerado e propicia enriquecimento sem causa (fls. 230/234).

Veio resposta (fls. 238/242).

É o relatório.

2. Recurso infundado. A apelada, correntista da instituição ré, impugnou determinadas compras lançadas em seu cartão de crédito (fls. 17/18 - Mauro Fernandes Laguna Veículos Ribeirão Preto - R$5.000,00 e Cascavel Rodas Veículos Ribeirão Preto - R$5.000,00, ambas realizadas no mesmo dia 23/11). Nega tenha realizado as transações e o Banco, de seu lado, alega feitas com uso de seu cartão e senha - com o que, deve responder pelos débitos.

A lide resolve-se pela aplicação do artigo 14 do Código do Consumidor. Com isso, não tendo o Banco comprovado que a responsabilidade é da correntista, devem ser acolhidos os pedidos - até porque, a relação é de consumo (súmula 297 do STJ).

Nessas condições, o Banco haveria de provar - como alegou - responsabilidade exclusiva da correntista, já que afirmou que apenas com o uso do cartão e senha alfanumérica é que as operações poderiam ser feitas.

Mas a prova não foi produzida, a prevalecer a regra do artigo 14, ***caput***, da Lei 8.078/90. São de conhecimento público notícias sobre implementação, pelos bancos, de moderna tecnologia para combate de pessoas especializadas em fraudes eletrônicas, situação que vem a confirmar a existência de insegurança nessas transações.

Mas, repita-se, a prova não socorre os argumentos da instituição financeira. As transações realizadas com o uso do cartão, são alcançadas pela definição agora adotada - uma vez resultado de fraude.

Diante do quadro verificado, evidente que as despesas não podem ser exigidas da autora. Exame das demais despesas constantes das faturas de fls. 17/22 indica que o perfil da apelada é de gastos modestos, compatíveis com sua

Acesso ao Sumário

renda - à evidência que compra de R$5.000,00, em uma só parcela e feita de forma dobrada, no mesmo dia e no mesmo estabelecimento, haveria de chamar a atenção da operadora do cartão - mas disso não se tem notícia.

No caso, incide a súmula 479 do STJ - o Banco responde por danos gerados por fortuito interno relativo a fraudes e delitos praticados por terceiros no âmbito das operações financeiras. Houvesse maior rigor no exame da situação, como acima anotado, certamente as despesas não seriam aprovadas. De rigor, portanto, declarar a inexigibilidade da dívida daí oriunda, como o fez a sentença.

Quanto ao dano moral, este é o denominado ***in re ipsa***. Além disso, as regras de experiência comum subministradas pela observação do que ordinariamente acontece (artigo 335 do CPC) apontam para situação de angústia, sofrimento, ansiedade e revolta por parte da apelada - tudo a povoar o espírito daquele que se viu na situação apontada. A instituição financeira, depois do ajuizamento da ação, resolveu levar o nome da apelada para cadastro de inadimplentes (fl. 210), embora soubesse (ou deveria saber) que a dívida era objeto de questionamento judicial.

Devido o dano, resta se lho arbitre. Para fixação da indenização, na espécie, à falta de critério legal objetivo, de se levar em consideração a condição econômica das partes e as consequências do ato - dentre outras coisas.

A indenização não pode ser irrisória, sob pena de não servir ao cumprimento de seu objetivo específico. Nem pode ser excessivamente elevada, de modo a propiciar enriquecimento. Deve ser equilibrada, porque tem finalidade compensatória.

Em suma, o ***quantum*** a ser pago deve ser apto a compensar, suficientemente, o dano e a desestimular reincidência, não devendo, em situação alguma, gerar enriquecimento, o que feriria os princípios que regem a matéria (razoabilidade e proporcionalidade). Nesse contexto, circunstancialmente, adstrito àquilo que vem entendendo o STJ e esta Câmara, mantém-se o valor de sentença; com o que, não se há excogitar redução do montante.

3. Pelo exposto, desprovê-se o recurso.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0026573-18.2013.8.26.0003, da Comarca de São Paulo, em que é apelante BANCO DO BRASIL S/A, são apelados DUARTE E LOZER AGENTES AUTONOMOS INVESTIMENTOS LTDA., CLAUDIO ROBERTO LOZER e ANGELA DE FATIMA VINAGRE LOZER.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 15ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento em parte ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 9834)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores COELHO MENDES (Presidente) e LUIZ ARCURI.

São Paulo, 21 de junho de 2016.

MENDES PEREIRA, Relator

Ementa: AÇÃO MONITÓRIA - Comissão de permanência - Pacífico que referida cobrança é possível às instituições financeiras, desde que não cumulada com multa e correção monetária nem superior a soma dos juros remuneratórios e moratórios - Inteligência das Súmulas 30 e 472 do STJ - De rigor a manutenção da exclusão de cumulação destes encargos, prevista no contrato - Honorários - Apelados que sucumbiram em maior parte e por isso, devem arcar integralmente com o ônus da sucumbência - Porém, no percentual mínimo de 10% do valor da causa, posto que não foram vencidos na totalidade de seus pedidos - Sentença de parcial procedência reformada em parte - Recurso parcialmente provido para condenar os apelados a arcarem integralmente com o pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios em 10% do valor da causa.

VOTO

Adotado o relatório da r. sentença de fls. 393/397 cumpre acrescentar que o pedido da ação monitória foi julgado parcialmente procedente, declarada a nulidade da cláusula 8ª do contrato firmado entre as partes, que prevê a cumulação da comissão de permanência aos juros de mora e multa. Foi autorizada a cobrança da comissão somente se excluídos aqueles encargos, limitada à taxa de juros prevista no contrato. Reconhecida a sucumbência recíproca, determinou-se o rateio das custas e despesas processuais, bem como que cada parte arque com os honorários de seus patronos.

Apelou o demandado (fls. 428/445) alegando, em síntese, que seria admitida a cobrança de comissão de permanência. Não haveria nenhuma abusividade no contrato firmado entre as partes. No mais, argumentou que os apelados teriam sucumbido em maior parte e por isso, deveria arcar integralmente

Acesso ao Sumário

com o ônus da sucumbência.

Em contrarrazões (fls. 465/470) alegaram os apelados que seria inadmissível a cumulação da comissão de permanência com outros encargos da mora. Assim, a r. sentença deveria ser mantida.

É o relatório.

O apelo comporta parcial provimento.

Compulsando os autos, observa-se que as partes firmaram o contrato de mútuo denominado "Giro Empresa Flex", de fls. 09/13.

No que concerne à comissão de permanência, é pacífico que referida cobrança é possível às instituições financeiras. Porém, deverá observar os limites das Súmulas 30 e 472 do Colendo Superior Tribunal de Justiça, "in verbis":

> "Súmula 30: A comissão de permanência e a correção monetária são inacumuláveis."
>
> "Súmula 472: A cobrança de comissão de permanência - cujo valor não pode ultrapassar a soma dos encargos remuneratórios e moratórios previstos no contrato exclui a exigibilidade dos juros remuneratórios, moratórios e da multa contratual".

No caso, a cláusula 8ª do contrato firmado entre as partes (fls. 11) prevê a cobrança cumulada de comissão de permanência, juros e multa, o que não se pode admitir.

Logo, deve ser mantida a exclusão desta cumulação, tal como determinado na r. sentença.

No tocante à sucumbência, razão assiste ao recorrente, eis que vencedor em maior parte. Sucumbiu apenas no tocante a cumulação da comissão de permanência aos juros e multa, ao passo que os recorridos sucumbiram quanto ao pagamento da dívida e à capitalização de juros.

Assim, devem os apelados arcar integralmente com o ônus da sucumbência, porém no percentual mínimo de 10% do valor da causa, percentual que representa R$ 7.697,62, posto que não foram vencidos na totalidade de seus pedidos.

Ante o exposto, dá-se parcial provimento ao recurso, para condenar os apelados a arcarem integralmente com o pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios em 10% do valor da causa.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0001690-73.2014.8.26.0390, da Comarca de Nova Granada, em que é apelante LEANDRO SAMUEL (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado BANCO BRADESCO CARTÕES

S/A.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 21ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento em parte ao recurso, com determinação. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 27230)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores ITAMAR GAINO (Presidente) e VIRGILIO DE OLIVEIRA JUNIOR.

São Paulo, 21 de junho de 2016.

MAIA DA ROCHA, Relator

Ementa: DANO MORAL - Indenização - Inscrição do nome do requerente em cadastro de inadimplentes - Cartão de Crédito - Dívida não reconhecida pelo autor - Contratação demonstrada pela casa bancária - Abalo de crédito - Inocorrência - Litigância de má-fé - Multa - Condenação solidária do promovente e seu advogado - Impossibilidade - Necessidade de ação própria - Sentença reformada em parte - Recurso provido em parte, com determinação.

VOTO

Trata-se de recurso de apelação interposto em face da r. sentença de fls., cujo relatório se adota, que julgou improcedente o pedido e condenou o autor ao pagamento das custas e despesas processuais, bem como honorários advocatícios fixados em 10% do valor da causa, ressalvado o disposto no artigo 12 da Lei nº 1060/50, além de multa por litigância de má-fé em 1% sobre o valor dado à causa e indenização estabelecida em 10% sobre o valor da causa, em favor do réu, cujo recebimento independerá da condição de beneficiário da gratuidade do autor, imposta também de forma solidária aos advogados que assinaram a inicial.

Apela o autor. Pugna a reforma do julgado. Aduz, em apertada síntese, que seja afastada a pena por litigância de má-fé imposta ao seu patrono e autor, ante a ausência de qualquer das condutas previstas no artigo 17 do Código de Processo Civil, bem como da condenação ao pagamento de indenização à parte contrária; que diante da possibilidade de se emitir faturas indevidas, retratando uma realidade distorcida ou inexistente, torna-se indubitável a fragilidade probatória das faturas de fls.44/90. Salienta ser nítido que merece reforma o entendimento do magistrado, posto que fundamentou sua sentença em simples ilustrações unilaterais sem qualquer relevância jurídica. Assevera que não se aplica ao caso a súmula 385 do STJ, vez que àquelas anotações estão sendo

Acesso ao Sumário

discutidas em ações. Pede o provimento do recurso.

Recurso tempestivo, isento de preparo, com contrarrazões.

É o relatório.

Não se vislumbra a possibilidade de aplicação ao advogado de penalidade por litigância de má-fé com base outra que não seja o Estatuto da Advocacia (Lei nº 8.906/94), o qual, em seu artigo 32, parágrafo único, prevê a necessidade de ação própria para surgimento de responsabilidade e consequente dever de indenizar. Confira-se:

"*Art. 32. O advogado é responsável pelos atos que, no exercício profissional, praticar com dolo ou culpa. Parágrafo único. Em caso de lide temerária, o advogado será solidariamente responsável com seu cliente, desde que coligado com este para lesar a parte contrária, o que será apurado em ação própria."*

O artigo 16 do Código de Processo Civil, por sua vez, também é expresso no sentido de que apenas o autor, o réu ou o interveniente poderão ser condenados por litigância de má-fé:

"*Art. 16. Responde por perdas e danos aquele que pleitear de má-fé como autor, réu ou interveniente.*"

Sobre o tema, já se manifestou o Superior Tribunal de Justiça, "in verbis":

"*EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO (ART. 544 DO CPC) - AÇÃO REIVINDICATÓRIA - ACÓRDÃO DESTE ÓRGÃO FRACIONÁRIO NEGANDO PROVIMENTO AO AGRAVO REGIMENTAL. 1. 'A pena por litigância de má-fé deve ser aplicada à parte, e não ao seu advogado, nos termos dos arts. 14 e 16 do Código de Processo Civil.' (REsp 1247820/AL, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 28/06/2011, DJe 01/07/2011). 1.1. O advogado não pode ser penalizado nos autos em que supostamente atua como litigante de má-fé, ainda que incorra em falta profissional. Eventual conduta desleal do advogado deve ser apurada em processo autônomo, nos termos dos arts. 14, § único, do CPC, e 32 do Estatuto da Advocacia (Lei 8906/94). 2. Embargos declaratórios acolhidos, para prestar esclarecimentos, sem efeitos modificativos*." (EDcl no AgRg no AREsp nº 6311/SP, 4ª T., Rel. Min. Marco Buzzi, Julgamento em 06.02.2014, DJe 19.02.2014)

"*PROCESSUAL CIVIL. MULTA POR LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ. COMPENSAÇÃO COM HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. IMPOSSIBILIDADE. 1. A pena por litigância de má-fé deve ser aplicada à parte, e não ao seu advogado, nos termos dos arts. 14 e 16 do Código de Processo Civil. 2. O advogado não pode ser penalizado nos autos em que supostamente atua como litigante de má-fé, ainda que incorra em falta profissional. Eventual conduta desleal do advogado deve ser apurada em processo autônomo, nos termos do*

art. 32 do Estatuto da Advocacia (Lei 8906/94). 3. Precedentes: REsp 1.194.683/MG, Rel. Min. Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 17.8.2010, DJe 26.8.2010; REsp 1.173.848/RS, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 20.4.2010, Dje 10.5.2010. Recurso especial provido, para afastar a litigância de má-fé." (REsp nº 1247820/AL, 2ª T. Rel. Min. Humberto Martins, Julgamento em 28.06.2011, DJe 01.07.2011)

Em caso de litigância de má-fé (CPC, arts. 17 e 18), descabe a condenação solidária da parte faltosa e de seus procuradores. A conduta processual do patrono da parte é disciplinada pelos arts. 14 do CPC e 32 do Estatuto da Advocacia e da Ordem dos Advogados do Brasil - EAOAB (Lei 8.906/94), de maneira que os danos processuais porventura causados pelo advogado, por dolo ou culpa grave, deverão ser aferidos em ação própria.

Porém, com relação ao requerente apelante, melhor sorte não lhe assiste.

Realmente caracteriza litigância de má-fé a insistência do demandante no sentido da ausência de comprovação da origem do débito ou ainda da correção de seu valor, configurando a hipótese prevista no inciso I do artigo 17 do Código de Processo Civil.

É incontroverso que o nome do apelante foi incluído no cadastro de inadimplentes (fls.14/17). Alegou o autor que jamais contratou com aquele. Em contestação a apelada trouxe aos autos documentos, bem como dados de faturas que originaram o débito em comento, onde se verifica pagamentos e ainda saques descritos (fls. 44/90).

Cabia o autor a incumbência de apresentar a quitação das faturas, o que não ocorreu. Assim, não se desincumbiu de seu ônus de maneira satisfatória.

Dessa forma, o recorrente não logrou comprovar o fato constitutivo do direito alegado, em afronta ao artigo 333, inciso I, do CPC, visto que as provas constantes dos autos não demonstram eventual ilicitude ou conduta abusiva por parte do apelado.

Ressalta-se que:

"O mais notório e ilustrativo dos ônus processuais é o da prova. Ao demonstrar a ocorrência dos fatos de seu interesse, a parte está favorecendo o acolhimento de sua própria pretensão..." (Instituições de Direito Processual Civil - CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO - Vol. II, p. 205).

E ainda:

"O artigo 333, fiel ao princípio, reparte o ônus da prova entre os litigantes, da seguinte maneira: I - ao autor incumbe o ônus de provar o fato constitutivo de seu direito: II - ao réu, o de provar o fato impeditivo. Modificativo ou extintivo do direito do autor. Cada parte, portanto, tem ônus de provar os pressupostos fáticos do direito que pretenda seja

Acesso ao Sumário

aplicado pelo juiz na solução do Litígio. (...) Por outro lado, de quem quer que seja o ônus probandi, a prova, para ser eficaz, há de apresentar-se como completa e convincente a respeito do fato de que deriva o direito discutido no processo. Falta de prova e prova incompleta equivalem-se, na sistemática processual do ônus da prova" HUMBERTO THEODORO JÚNIOR - Curso de Direito Processual Civil, 16ª edição, 1996, Forense, pp.454/456".

Ao inadimplir seu débito decorrente de fatura de cartão de crédito o apelante deu causa à restrição, tendo o credor agido no exercício regular do seu direito de crédito.

Dessa forma, ausente fato que comprovasse que o banco não teria agido no exercício regular de seu direito, a inscrição junto ao órgão de proteção ao crédito é devida.

Isto posto, dá-se provimento em parte ao recurso, para afastar a multa por litigância de má-fé imposta ao patrono do autor, bem como sua condenação ao pagamento de indenização à parte contrária, mantida, no mais a r. sentença.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0008594-73.2012.8.26.0554, da Comarca de Santo André, em que é apelante/apelado MARIA APARECIDA MONTEIRO (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado/apelante BANCO DO BRASIL S/A.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 17ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento aos recursos. Por maioria de votos, estendido o julgamento na forma do art. 942 do CPC, vencido o relator sorteado que declara voto. Acórdão com o 3º Desembargador.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 20567)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores PAULO PASTORE FILHO (Presidente sem voto), AFONSO BRÁZ, vencedor, SOUZA LOPES, vencido, IRINEU FAVA, JOÃO BATISTA VILHENA E CLAUDIA SARMENTO MONTELEONE.

São Paulo, 23 de junho de 2016.

AFONSO BRAZ, Relator Designado

Acesso ao Sumário

Ementa: OBRIGAÇÃO DE FAZER C.C. INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. Portabilidade

de conta salário. Inexistência de óbice. Transferência que deverá ocorrer após dedução dos descontos das obrigações contratadas. Dano moral. Descabimento. Recusa em realizar a portabilidade da conta salário que não acarretou efetivo prejuízo capaz de gerar danos à honra ou moral da autora. Sentença mantida. RECURSOS DESPROVIDOS.

VOTO

A r. sentença de fls. 350/355, de relatório adotado, julgou parcialmente procedente ação de obrigação de fazer c.c. indenização por dano moral para "*tornar definitivo o provimento de urgência deferido para determinar providencie o réu, mensalmente, a transferência, após o débito do valor necessário para quitação dos empréstimos consignados contratados, dos salários da autora para a conta n. 010812252-4 da Agência n. 4353 do Banco Santander, devendo fazê-lo na mesma data em que os vencimentos forem creditados, sob pena de multa (artigo 461 do CPC), que fixo, por dia de atraso, em R$200,00, a qual incidirá, a princípio, por trinta dias*". Em razão da sucumbência recíproca, condenou cada parte a arcar igualmente com as custas e despesas processuais, compensados os honorários advocatícios, com fulcro no art. 21, "caput", do Código de Processo Civil de 1973, observado o benefício da assistência judiciária concedido à autora.

Apela a autora (fls. 361/367) que postula indenização por dano moral causado pela recusa do réu em transferir o seu salário para outra instituição financeira. Requer a reforma parcial da r. sentença.

Apela o réu (fls. 368/372) alegando carência de ação pela falta de interesse processual da autora. No mérito, sustenta que cumpriu o contratado entre as partes e que não praticou nenhum ato ilícito. Requer a reforma da r. sentença.

Recursos regularmente processados, com contrarrazões da autora às fls. 383/386, arguindo ausência de impugnação específica à sentença e contrarrazões do Banco às fls. 387/400.

É o relatório.

A preliminar de ausência de impugnação específica à sentença, formulada nas contrarrazões da autora, deve ser rejeitada.

Isso porque a reprodução nas razões recursais de argumentos expostos na contestação, por si só, não infringe o art. 514, inciso II do Código de Processo Civil de 1973. É permitida, desde que rebata de forma adequada os fundamentos da sentença e revele o inconformismo do recorrente, o que foi feito na presente hipótese.

Igualmente, afasta-se a alegada carência da ação, eis que o pedido é

Acesso ao Sumário

juridicamente possível, garantido pelo sistema legal e a autora demonstrou que possui interesse de agir.

Anote-se que a autora instrui sua petição inicial com os documentos necessários à comprovação de seu direito, bem como fundamenta as pretensões expendidas em face do banco réu.

Assim, estão claramente evidenciados no caso a necessidade e a adequação no ajuizamento da presente demanda, sendo descabido falar-se em falta de interesse processual.

Quanto ao mérito, ambos os recursos devem ser desprovidos.

A autora ajuizou a presente demanda com a pretensão de transferir os proventos depositados em sua conta bancária mantida junto ao réu, para conta em instituição financeira diversa e reparação por dano moral, em razão da recusa que alega ser injustificada.

Embora o réu argumente que existem dívidas a serem saldadas pela autora, não há óbice para que ela opte pela portabilidade de seus proventos para outra instituição financeira, nos termos do art. 1º c.c. art. 2º, inciso II, da Resolução CMN 3.402/06, pois conforme determinado na r. sentença, antes da transferência dos créditos salariais para o banco escolhido pela autora, é admitida a dedução dos descontos contratados, relativos a parcelas de operações de empréstimos. Desse modo, a transferência do salário será efetuada já com o desconto do valor dos empréstimos.

Quanto ao dano moral, sem razão a autora.

A recusa em realizar a portabilidade da conta salário, em virtude da existência de débitos vencidos ou vincendos vinculados a ela, não configura dano moral. Pode eventualmente gerar dano material, que evidentemente deverá ser reparado, porém jamais dano moral, caracterizando tal circunstância mero incômodo da vida em sociedade.

Ressalta-se que embora constatado o defeito na prestação do serviço oferecido pelo banco, não houve apropriação indevida de valores, nem descontos sem autorização ou em percentual superior ao permitido por lei, para a quitação das obrigações contraídas com o réu.

Ora, no caso não se vislumbra nenhuma ofensa a direitos da personalidade da autora, ou seja, não se vislumbra ofensa: do direito à vida; a integridade física; ao direito ao nome; ao direito à honra; ao direito à imagem; direito à intimidade e etc.

Nesse contexto, a r. sentença atacada deve ser integralmente mantida.

Por fim, considerando precedentes dos Tribunais Superiores, que vêm registrando a necessidade do prequestionamento explícito dos dispositivos legais ou constitucionais supostamente violados e, a fim de evitar eventuais embargos

Acesso ao Sumário

de declaração, apenas para tal finalidade, por falta de sua expressa remissão na decisão vergastada, mesmo quando os tenha examinado implicitamente, dou por prequestionados os dispositivos legais e/ou constitucionais apontados pela parte.

Por isso, **NEGO PROVIMENTO aos recursos.**

DECLARAÇÃO DE VOTO VENCIDO

(Voto nº 28729)

Respeitosamente, ouso divergir da Douta Maioria, pelas razões que seguem.

De início, afasta-se a alegação de carência da ação, eis que o pedido é juridicamente possível, garantido pelo sistema legal e a autora demonstrou que possui interesse de agir.

Cuida-se de ação de obrigação de fazer na qual a autora alega que foi impedida de efetuar a portabilidade de sua conta na qual recebia os proventos para outro Banco diante da existência de empréstimos e uso do cheque especial, fato que restou incontroverso diante do documento de fls. 29 emitido pelo próprio Banco do Brasil que afirma "*(...) mas não é possível registrar a transferência devido às operações de crédito contratadas vinculadas à conta corrente da cliente*".

Ocorre que, a Resolução nº 3.402/2006 do Conselho Monetário Nacional regulamenta a prestação de serviços de pagamento de salários e similares sem cobrança de tarifas, bem como assegura a portabilidade de uma conta salário de determinada instituição financeira para outra desejada, como segue:

"*Art. 1º A partir de 1º de janeiro de 2007, as instituições financeiras, na prestação de serviços de pagamento de salários, proventos, soldos, vencimentos, aposentadorias, pensões e similares, ficam obrigadas a proceder aos respectivos créditos em nome dos beneficiários mediante utilização de contas não movimentáveis por cheques destinadas ao registro e controle do fluxo de recursos, às quais não se aplicam as disposições da Resolução 2.025, de 24 de novembro de 1993, com as alterações introduzidas pelas Resoluções 2.747, de 28 de junho de 2000, e 2.953, de 25 de abril de 2002, nem da Resolução 3.211, de 30 de junho de 2004.*

...

Art. 2º Na prestação de serviços nos termos do art. 1º:

...

II - a instituição financeira contratada deve assegurar a faculdade de transferência, com disponibilidade no mesmo dia, dos créditos para conta de

Acesso ao Sumário

depósitos de titularidade dos beneficiários, por eles livremente abertas na forma da Resolução 2.025, de 1993, e alterações posteriores, ou da Resolução 3.211, de 2004, em outras instituições financeiras e demais instituições autorizadas a funcionar pelo Banco Central do Brasil."

Destarte, constitui prerrogativa do correntista a escolha do Banco que mais atende suas necessidades para recebimento de seu salário ou benefício.

Na hipótese em testilha, apesar de formalizado o respectivo pedido, o Banco réu se recusou a autorizar a transferência, o que torna evidente a ilegalidade da conduta do estabelecimento bancário ao não efetuar regularmente a portabilidade solicitada pela correntista, fato que extrapola o mero aborrecimento e se encontra na esfera do dano moral.

Com isso, patente está a existência de dano moral a ser indenizado e, no tocante ao *quantum*, é de se ressaltar que, para a sua fixação deve-se levar em conta o binômio necessidade/adequação, eis que a indenização deve ter o poder de inibir a prática de novo ato lesivo, sem se constituir num prêmio ou mesmo numa fonte de riqueza para a vítima.

Neste sentido:

"Ação de obrigação de não fazer cumulada com indenização por danos morais. Pedido para que o Banco-réu devolva o salário retido da autora, para que não retenha novos valores e para que faça a portabilidade do salário para o Banco Mercantil, mais indenização por danos morais. Possibilidade de retenção, limitados os descontos das parcelas mensais do contrato em apreço a 30% dos vencimentos líquidos da autora, liberado o restante (70%). Precedentes do E. STJ. Desconto limitado a 30% e com incidência uma única vez no mês seja em folha ou em conta corrente. Devolução do valor retido, limitada a devolução em 70%. Danos morais. Cabimento. Valor mantido. Recurso desprovido." (TJSP - 13ª Câmara de Direito Privado - Apelação nº 0019328-73.2014.8.26.0664 - Rel. Des. Cauduro Padin - J. 25/02/2016).

"Responsabilidade civil - Portabilidade de conta salário - Inteligência da Resolução 3.402/2006 - Instituição financeira que não efetua a transferência integral dos proventos, realizando prévios descontos indevidos - Ato ilícito - Indenização material e moral devida - Procedência da demanda - Multa processual - Única medida adequada para assegurar a vedação dos débitos automáticos em conta salário - Manutenção - Impossibilidade de majoração - Preclusão consumativa - Termos e valores fixados em decisão interlocutória não impugnada - Recursos desprovidos." (TJSP - 17ª Câmara de Direito Privado - Apelação nº 0006685-88.2012.8.26.0006 - Rel. Des. Luiz Sabbato - J. 26/04/2013).

Acesso ao Sumário

Considerando-se as peculiaridades do caso, em especial, a intensidade do dano sofrido e a condição social da vítima e ofensor, tem- se que a majoração

para R$ 10.000,00 se mostra de rigor.

Por fim, dou por prequestionados todos os fundamentos dos recursos, observando-se que, conforme entendimento do Colendo Superior Tribunal de Justiça, "*é desnecessária a citação numérica dos dispositivos legais*" (EDcl no RMS 18205/SP EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA 2004/0067745-6, Ministro FELIX FISCHER).

Pelo exposto, meu voto nega provimento ao recurso do réu e dá provimento ao da autora, para condenar o Banco ao pagamento de indenização por dano moral fixado em R$ 10.000,00 (dez mil reais), atualizados a partir da publicação deste Acórdão e acrescido de juros moratórios a contar da citação.

Condeno os réus ao pagamento das custas, despesas processuais, com atualização a partir do desembolso e honorários advocatícios, fixados em R$ 2.000,00 (dois mil reais), com atualização a partir da publicação deste Acórdão.

SOUZA LOPES, Desembargador, Relator sorteado vencido

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0003560-44.2014.8.26.0103, da Comarca de Caconde, em que são apelantes CARLOS MANOEL MAGALHÃES RIBEIRO (JUSTIÇA GRATUITA) e DOROTHY BARALDI RIBEIRO (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado BANCO DO BRASIL S/A.

ACORDAM, em 20ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 31676)**

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

São Paulo, 27 de junho de 2016.

CORREIA LIMA, Relator

Ementa: BEM DE FAMÍLIA - Ação ordinária declaratória de extinção de garantia hipotecária - Penhora de imóvel de titularidade dos autores dado em garantia hipotecária de dívida contraída por suas irmãs/cunhadas - Inaplicabilidade da exceção prevista no artigo 3º, V, da Lei nº 8.009/90 - Presunção inexistente de que a dívida reverteu em favor dos

Acesso ao Sumário

autores - Emitentes das cédulas rurais que figuram como beneficiárias diretas do mútuo realizado - Bem de família - Impenhorabilidade - Artigo 1º da Lei nº 8.009/90 - Procedência decretada nesta instância *ad quem* - Recurso provido.

VOTO

1. Trata-se de ação ordinária declaratória de extinção de garantia hipotecária (arguição de ilegalidade de constituição de garantia hipotecária sobre bem imóvel, que alegadamente serve de moradia da família, em cédulas rurais pignoratícias e hipotecárias, fls. 2/7, 14/21 e 25/39) intentada por Carlos Manoel Magalhães Ribeiro e Dorothy Baraldi Ribeiro em face do Banco do Brasil S. A., cujo processo foi extinto sem resolução do mérito, nos termos dos artigos 295, III e 267, I, ambos do CPC pela r. sentença de fls. 157/158, de relatório a este integrado, restando os autores condenados ao pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios arbitrados em R$1.000,00, observado o disposto no art. 12 da Lei nº 1.060/50.

Apelaram os autores em busca da reforma aduzindo, em resumo, que (1) as cédulas rurais pignoratícias foram emitidas pelas irmãs e cunhadas dos recorrentes, não se enquadrando no conceito de entidade familiar previsto no artigo 3º, V, da Lei nº 8.009/90, (2) o bem de família é impenhorável e (3) a desconstituição das garantias prestadas é medida de rigor (fls. 162/170).

A insurgência é tempestiva, foi respondida e é isenta de preparo (Lei nº 1.060/50).

É o relatório.

2. O recurso comporta provimento.

3. Não se pode olvidar que os bens indispensáveis à vida e ao trabalho do devedor e de sua família são impenhoráveis por força do princípio da dignidade humana, consoante os artigos 1º, III, da CF/88 e 1º da Lei nº 8.009/90, todavia, o direito ao crédito é igualmente resguardado pelo sistema constitucional, à vista do disposto no artigo 5º, XXXV, da Carta Magna, de sorte que ante o iminente conflito de direitos fundamentais, necessário encontrar-se o ponto de equilíbrio.

A regra é a impenhorabilidade do bem de família a fim de se consagrar o princípio da dignidade humana do devedor, visto que a ordem jurídica prioriza a preservação do lar que abriga o devedor e sua família, por considerar que o direito do devedor à moradia se sobrepõe ao direito do credor ao crédito.

Todavia, em situações específicas, nem mesmo a Lei nº 8.009/90 reconhece a prevalência do bem de família, a exemplo do artigo 3º, V, da referida lei ao dispor que:

"A impenhorabilidade é oponível em qualquer processo de execução

Acesso ao Sumário

civil, fiscal, previdenciária, trabalhista ou de outra natureza, salvo se movido:

(...)

V - para execução de hipoteca sobre o imóvel oferecido como garantia real pelo casal ou pela entidade familiar".

A despeito da exceção de impenhorabilidade prevista na norma citada, na qual à primeira vista parece enquadrar-se a hipótese dos autos, é certo que tal norma não enseja interpretação ampliativa, assim, não há como presumir que os empréstimos (fls. 25/39), embora contratado por parentes próximos dos apelantes (irmãs/cunhadas, fls. 171), garantido por imóvel (bem de família) dos recorrentes, tenha revertido em favor destes e, portanto, seja passível de penhora.

Nesse sentido, em casos análogos, colhem-se veredictos do E. Superior Tribunal de Justiça:

"PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO MOVIDA CONTRA PESSOA JURÍDICA. IMÓVEL DE SÓCIO DADO EM GARANTIA HIPOTECÁRIA DA EMPRESA. IMPENHORABILIDADE. LEI N. 8.009/90, ART. 3º, V. EXEGESE.

I. Ainda que dado em garantia de empréstimo concedido a pessoa jurídica, é impenhorável o imóvel de sócio se ele constitui bem de família, porquanto a regra protetiva, de ordem pública, aliada à personalidade jurídica própria da empresa, não admite presumir que o mútuo tenha sido concedido em benefício da pessoa física, situação diversa da hipoteca prevista na exceção consignada no inciso V, do art. 3º, da Lei n. 8009/90.

II. Recurso especial não conhecido." (STJ-4ª Turma, REsp nº 302.186-RJ, Reg nº 2001/0010240-9, J. 11.12.2001, mv, nc, Rel. p/ o Acórdão Min. ALDIR PASSARINHO JÚNIOR, DJ 21.02.2005, p. 182).

"BEM DE FAMÍLIA. Lei nº 8.009/90. Fiança. Hipoteca. A exceção do art. 3º, inciso V, da Lei nº 8.009/90, que permite a penhora de bem dado em hipoteca, limita-se à hipótese de dívida constituída em favor da família, não se aplicando ao caso de fiança concedida em favor de terceiros. Recurso conhecido em parte e provido." (STJ-4ª Turma, REsp nº 268.690-SP, Reg. nº 2000/0074577-4, J. 14.12.2000, cp, vu, Rel. Min. RUY ROSADO DE AGUIAR, DJ 12.03.2001).

"RECURSO ESPECIAL. CONTRATOS BANCÁRIOS. POSSIBILIDADE DE REVISÃO. CAPITALIZAÇÃO ANUAL DOS JUROS. PACTOS ANTERIORES A MARÇO DE 2000. JUROS REMUNERATÓRIOS. MATÉRIA DECIDIDA SOB A ÍNDOLE CONSTITUCIONAL, COMPETÊNCIA DO STF. IMÓVEL DE SÓCIO DADO EM GARANTIA HIPOTECÁRIA DA EMPRESA. IMPENHORABILIDADE RECONHECIDA.

(...)

4. A exceção do inciso V do art. 3º da Lei 8.009/90 deve se restringir

Acesso ao Sumário

às hipóteses em que a hipoteca é instituída como garantia da própria dívida, constituindo-se os devedores em beneficiários diretos, situação diferente do caso sob apreço, no qual a dívida foi contraída pela empresa familiar, ente que não se confunde com a pessoa dos sócios.

5. Recurso especial conhecido em parte e nesta extensão parcialmente provido." (STJ-4ª Turma, REsp nº 677.643-PR, Reg. nº 2004/0102903-6, J. 06.09.2005, cp, dpp, vu, Rel. Min. FERNANDO GONÇALVES, DJ 26.09.2005).

"BEM DE FAMÍLIA. IMPENHORABILIDADE. HIPOTECA. PESSOA JURÍDICA. RENÚNCIA.

I - Não se aplica a exceção da impenhorabilidade prevista no art. 3º, inciso V, da Lei n. 8009/90, se a hipoteca garantiu empréstimo feito por pessoa jurídica. Não se pode presumir que este investimento tenha sido concedido em benefício da família.

II - A impenhorabilidade do imóvel residencial tem como escopo a segurança da família - não do direito de propriedade. Por isso, não pode ser objeto de renúncia pelos donos do imóvel.

III - A demora na alegação não derroga a impenhorabilidade do bem de família." (STJ-3ª Turma, AgRg no AI 711.179-SP, J. 04.05.2006, Rel. Min. HUMBERTO GOMES DE BARROS, DJ 29.05.2006, p. 235).

Assim, ao que se extrai dos autos (fls. 25/39), a dívida foi contraída pelas irmãs/cunhadas dos apelantes que, naquela oportunidade, deram em hipoteca imóvel de sua propriedade.

De notar-se, que a presunção operante é de que as emitentes das cédulas de crédito rurais foram as diretas beneficiárias do mútuo garantido pela hipoteca do imóvel dos assuntores, isto é, a dívida reverteu tão somente em favor das próprias emitentes e não dos apelantes avalistas.

Daí que, inaplicável, in casu, a ressalva disposta no art. 3º, Inc. V, da Lei nº 8.009/90.

4. De outro lado, reforçando a prevalência do princípio da dignidade humana, o que se constata dos autos, ante as provas coligidas, mormente da certidão negativa de registro de outros imóveis (fls. 22), conclui-se que o bem é único e se destina a residência da entidade familiar, circunstâncias que em nenhum momento foram contrariadas pelo apelado.

5. Isto posto dá-se provimento ao recurso para afastar a extinção anômala do processo e, nos termos do artigo 515, § 3º, do CPC, julga-se procedente a ação a fim de se reconhecer a impenhorabilidade do imóvel da matrícula nº 3.779 do CRI de Guaxupé - MG, restando condenado o réu ao pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios fixados em R$1.500,00, nos termos do artigo 20, § § 3º e 4º, do CPC.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1001975-79.2014.8.26.0477, da Comarca de Praia Grande, em que é apelante GERSON NEVES (JUSTIÇA GRATUITA), são apelados BANCO SANTANDER BRASIL S/A e PASCHOALOTTO SERVIÇOS FINACEIROS LTDA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 21ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 34703)**

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

São Paulo, 5 de julho de 2016.

VIRGILIO DE OLIVEIRA JUNIOR, Relator

Ementa: Ação de indenização por danos morais. Débito verificado e exigível. Sentença. Improcedência. Apelação. Banco que se desvencilhou do ônus previsto no art. 373 do novo CPC. Débito comprovado. Decisão mantida. Recurso desprovido.

VOTO

O autor ajuizou ação de indenização por danos morais em face do Banco Santander S.A., julgada improcedente. Inconformado, interpôs recurso de apelação visando a reforma da r. sentença, sob o fundamento de que seu nome foi negativado em razão de cobranças referentes a tarifa de cartão de crédito não solicitado. Recurso processado e contrariado em seguida.

É o relatório.

Cuidam os autos de ação de indenização por danos morais.

Alega o autor que as quantias cobradas pela instituição financeira, e que geraram a negativação de seu nome, se referem a tarifas de cartão de crédito não solicitado.

A r. sentença julgou improcedente os pedidos, porque verificou que os débitos são decorrentes de tarifa de conta corrente regularmente contratada pelo autor [fls. 146/147].

Inconformado, interpôs recurso de apelação reiterando que as cobranças são referentes a cartão de crédito não solicitado.

Sem razão, contudo.

Acesso ao Sumário

Inicialmente, cumpre salientar que se trata meramente de ação de indenização por danos morais, de modo que não se discute a exigibilidade ou não do débito, conforme se verifica a fls. 20, 24 e 26.

Analisando os documentos insertos nos autos, verifica- se a ausência de qualquer elemento probatório apto a se inferir acerca da regularidade ou não da negativação.

Explicando melhor, para se concluir acerca da regularidade ou não da negativação, faz-se necessária a prévia análise acerca da licitude do débito pelo qual o nome do autor foi negativado.

O autor alega que se trata de cobrança de tarifas de cartão de crédito não solicitado, mas não apresentou qualquer documento apto a sequer inferir a veracidade de sua alegação, tendo em vista que sequer juntou aos autos a cópia do aludido cartão de crédito.

Por outro lado, o banco não apresentou os extratos demonstrando que a cobrança efetivamente decorreu de tarifas de manutenção de conta corrente.

Portanto, não havendo verossimilhança nas alegações do autor, porque não apresentou a cópia suposto do cartão de crédito que ensejou a cobrança e efetivamente possui um contrato com o banco (fato incontroverso), não há que se cogitar de inversão do ônus da prova.

Assim, ausentes os elementos probatórios suficientes para verificar a regularidade ou não do débito e a ausência de verossimilhança nas alegações do autor, impossível a condenação do banco a compensar os danos morais.

Mantém-se, então, integralmente a r. sentença.

Ante o exposto, nega-se provimento ao recurso.

Na hipótese de interposição ou oposição de recursos contra esta decisão, ficam as partes intimadas, a partir da publicação, a se manifestarem expressamente, na petição de interposição ou razões recursais, se se opõem à forma de julgamento virtual, nos termos do art. 1º da Resolução 549/2011, do Órgão Especial deste Tribunal, publicada no DJe de 25 de agosto de 2011 e em vigor desde 26 de setembro de 2011.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1008822-59.2014.8.26.0037, da Comarca de Araraquara, em que é apelante VALDECI JOSÉ DOS SANTOS JUNIOR, é apelado OMNI S/A CRÉDITO, FINANCIAMENTO E INVESTIMENTO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 13ª Câmara de Direito

Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 22659)**

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

São Paulo, 7 de julho de 2016.

FRANCISCO GIAQUINTO, Relator

Ementa: Medida cautelar de exibição de documentos - Ônus da sucumbência - Documentos exibidos na contestação - Sentença deu por cumprida a obrigação pela ré, isentando-a do pagamento das custas processuais e honorários advocatícios por não caracteriza a resistência - Recurso do autor defendendo a condenação da ré nas verbas da sucumbência - Possibilidade - Comprovação de prévia solicitação administrativa dos documentos, sem atendimento em prazo razoável ou exigência do pagamento pelo custo do serviço - Documentos exibidos apenas no curso do processo - Resistência caracterizada - Aplicação dos princípios da sucumbência e da causalidade (art. 20 e 21 do CPC/73) - Ônus da financeira ré de arcar com as custas e honorários advocatícios - Jurisprudência do STJ - Sentença reformada - Recurso provido.

VOTO

Trata-se de medida cautelar de exibição de documentos proposta por **VALDECI JOSÉ DOS SANTOS JUNIOR** em face de **OMNI S/A CRÉDITO, FINANCIAMENTO E INVESTIMENTO**, julgada procedente pela r. sentença de fls. 62/63, dando por exibidos os documentos, deixando de condenar o Banco réu no pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios, por ausência de pretensão resistida.

Apela o autor, sustentando, em resumo, caso de condenar-se o Banco réu ao pagamento das verbas da sucumbência, de acordo com o princípio da causalidade, na medida em que deixou de atender, em prazo razoável, a prévia solicitação administrativa dos documentos pelo autor. Somente exibiu os documentos no curso do processo, a caracterizar a pretensão resistida. Pugna pelo provimento do recurso (fls. 65/74).

Recurso regularmente processado e respondido (fls. 102/110).

Acesso ao Sumário

É o relatório.

VOTO.

Trata-se de medida cautelar objetivando-se a exibição da cópia do contrato de financiamento celebrado pelo autor com a requerida em 10/02/2014, para aquisição de veículo automotor.

A ré exibiu com a contestação os documentos de fls. 51/55, julgando-se procedente a ação, considerando cumprida a obrigação de exibição dos documentos, deixando de condenar a requerida nas verbas de sucumbência por não ficar caracterizada a pretensão resistida.

Defende o autor apelante a condenação do Banco réu ao pagamento das verbas da sucumbência, por ter dado causa à propositura da medida cautelar, ao deixar de dar atendimento à solicitação administrativa do autor.

Dá-se provimento ao recurso.

Em julgamento do Recurso Especial nº 1.349-453-MS, de relatoria do Ministro Luiz Felipe Salomão, submetido ao regime do art. 543-C do CPC/73, o STJ firmou a tese de que a propositura da medida cautelar de exibição de documentos depende não apenas da comprovação da efetiva existência de relação jurídica entre as partes, mas também que a requerida tenha, após decurso de prazo razoável, desatendido prévia solicitação administrativa, pagos os custos do serviço pelo requerente.

O acórdão foi assim ementado:

PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C DO CPC. EXPURGOS INFLACIONÁRIOS EM CADERNETA DE POUPANÇA. EXIBIÇÃO DE EXTRATOS BANCÁRIOS. AÇÃO CAUTELAR DE EXIBIÇÃO DE DOCUMENTOS. INTERESSE DE AGIR. PEDIDO PRÉVIO À INSTITUIÇÃO FINANCEIRA E PAGAMENTO DO CUSTO DO SERVIÇO. NECESSIDADE.

1. Para efeitos do art. 543-C do CPC, firma-se a seguinte tese: A propositura de ação cautelar de exibição de documentos bancários (cópias e segunda via de documentos) é cabível como medida preparatória a fim de instruir a ação principal, bastando a demonstração da existência de relação jurídica entre as partes, a comprovação de prévio pedido à instituição financeira não atendido em prazo razoável, e o pagamento do custo do serviço conforme previsão contratual e normatização da autoridade monetária.

2. No caso concreto, recurso especial provido. (REsp 1349453/MS, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 10/12/2014, DJe 02/02/2015 - grifamos)

Acesso ao Sumário

No caso vertente, embora exibidos os documentos com a contestação (fls. 51/55), a ré deu causa ao ajuizamento da ação exibitória, por deixar de atender à solicitação administrativa do autor em prazo razoável, obrigando-o a ajuizar a medida cautelar para obter a exibição dos documentos pretendidos.

O autor comprovou ter solicitado administrativamente os documentos, em correspondência recebida pela financeira em 18/06/2014 (fls. 14/15), sem exigência de pagamento de tarifa pela apelada, sendo certo que até o ajuizamento da exibitória, em 04/08/2014 (conforme consulta no sistema e-Saj deste TJSP), decorridos mais de 47 dias, não exibiu os documentos pretendidos.

O Banco réu apenas exibiu a documentação no curso do processo, deixando, ademais, de impugnar a existência de prévio pedido administrativo, não atendido em prazo razoável, limitando-se a alegar genericamente que os documentos foram entregues ao autor quando da celebração do contrato e que as informações poderiam ser obtidas no sítio eletrônico da requerida.

A recusa do réu em dar atendimento ao pedido administrativo obrigou o autor a ajuizar a medida cautelar para a obtenção de documentos comuns que, como referido, não foram exibidos administrativamente.

Nesse cenário, ficou caracterizada a resistência ao pedido, a legitimar a aplicação do princípio da causalidade, de acordo com o artigo 20 do CPC/73, pelo qual aquele que deu causa à instauração do processo dever arcar com os ônus decorrentes da sucumbência.

Nesse prisma já se manifestou o Ministro do E. STJ José Delgado, no julgamento dos Embargos de Declaração na Medida Cautelar 2001/0181683-1, remetendo-se ao entendimento já firmado naquele Tribunal: ***"Pacífico o entendimento nesta Corte Superior no sentido de que, estabelecido o contraditório, desenvolvendo-se o processo com a ocorrência de verdadeiro litígio em que uma das partes resulta sucumbente, em face de pretensão resistida que levou ao surgimento da lide, é devida a condenação em honorários advocatícios. O art. 20, do CPC, não distingue se a sucumbência é apenas relativa à pretensão cautelar ou se à do processo principal. Ambas as ações se desenvolvem e são julgadas separadamente e o objeto de uma não se confunde com o da outra. São autônomas. Os patronos das partes realizaram trabalho profissional e a eles não é dado o bel-prazer de trabalharem de graça. Precedentes."*** **(T1 - Primeira Turma, 23/04/2002).**

Desse modo, aplicável à medida cautelar o disposto nos artigos 20 e 21 do CPC, uma vez que possui o processo cautelar ***"autonomia jurídica em relação ao principal, as partes, uma vez instaurada litigiosidade em torno da providência assecuratória requerida, ficam sujeitas às regras de sucumbência (arts. 20 e 21, CPC), incumbindo ao juiz, ao decidir a demanda preparatória ou incidente, dispor, relativamente a essa demanda, acerca da responsabilidade***

Acesso ao Sumário

pelo pagamento das despesas processuais respectivas e dos honorários advocatícios." (REsp 182938/RJ; Recurso Especial 1998/0054418-6, Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, T4 - Quarta Turma, 25/04/2000).

Tranquila a jurisprudência do STJ:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CAUTELAR DE EXIBIÇÃO DE DOCUMENTOS. PRETENSÃO RESISTIDA. CONDENAÇÃO EM HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. POSSIBILIDADE. DECISÃO MANTIDA.

1. A procedência da ação cautelar de exibição de documentos, ajuizada em razão da recusa do fornecimento de cópias dos documentos solicitados, impõe a condenação da parte vencida ao pagamento dos ônus de sucumbência, tendo em vista a aplicação do princípio da causalidade.

2. No caso, o Tribunal de origem concluiu que houve pretensão resistida, pois verificou existir prova de pedido administrativo feito pela parte autora, que não foi atendido pela ré. Alterar esse entendimento é inviável em recurso especial, ante o óbice da Súmula n. 7/STJ.

3. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no AREsp 243743/RS, Rel. Ministro ANTONIO CARLOS FERREIRA, QUARTA TURMA, julgado em 16/04/2013, DJe 22/04/2013).

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE EXIBIÇÃO DE DOCUMENTOS. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. ENCARGOS QUE DEVEM SER SUPORTADOS PELA PARTE VENCIDA. PRINCÍPIO DA SUCUMBÊNCIA. ART. 20 DO CPC.

1. O julgamento de procedência do pedido formulado em cautelar de exibição de documentos - demanda que possui natureza de ação - enseja a condenação do vencido ao pagamento dos ônus de sucumbência. Precedentes.

2. De acordo com o disposto no art. 20 do CPC, "a sentença condenará o vencido a pagar ao vencedor as despesas que antecipou e os honorários advocatícios" (princípio da sucumbência).

3. Hipótese em que o pedido foi julgado procedente pelos juízos de origem, o que qualifica o recorrido, para os efeitos da norma do art. 20 CPC, como parte vencida.

4. A responsabilidade derivada de eventual aplicação do princípio da causalidade fica afastada em razão da existência de prévio requerimento administrativo.

Acesso ao Sumário

5. A exibição dos documentos no curso da ação cautelar não é suficiente para eximir o demandado da responsabilidade pelo pagamento da verba de honorários advocatícios. Precedentes.

6. Quer se analise a matéria sob a ótica do princípio da sucumbência, quer se a examine sob a luz do princípio da causalidade, a condenação do recorrido ao pagamento de honorários ao advogado da parte adversa é medida impositiva.

7. Recurso especial provido. (REsp 1237612/RS, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 19/03/2013, DJe 26/03/2013).

AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. EXIBIÇÃO DE DOCUMENTOS. VIOLAÇÃO DO ARTIGO 357 DO CPC. PREQUESTIONAMENTO. AUSÊNCIA. OFENSA AO ARTIGO 535 DO CPC NÃO APONTADA. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 211/STJ. ÔNUS SUCUMBENCIAIS. PRINCIPIO DA CAUSALIDADE. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. REDIMENSIONAMENTO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ. DECISÃO AGRAVADA MANTIDA.

1.- Embora interpostos Embargos de Declaração, a apontada violação do artigo 357 do CPC não foi enfrentada no v. Acórdão recorrido, nem apontou a Recorrente, nas razões do Especial, ofensa ao artigo 535 do CPC, carecendo assim, do necessário prequestionamento. Incidência da Súmula 211/STJ.

2.- O princípio da sucumbência, adotado pelo art. 20 do CPC, encontra-se contido no da causalidade, segundo o qual aquele que deu causa à instauração do processo deve arcar com as despesas dele decorrentes.

3.- A pretensão recursal de redimensionamento do percentual da verba honorária estabelecida com base no artigo 20, § 4º, do Código de Processo Civil esbarra, no caso concreto, na Súmula 7 desta Corte.

4.- Agravo Regimental a que se nega provimento. (AgRg no AREsp 264742/RS, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 19/02/2013, DJe 28/02/2013).

Destarte, pelo princípio da causalidade (art. 20 do CPC), incumbe a financeira ré responder pelas despesas processuais e honorários advocatícios do autor, arbitrados em **R$ 1.000,00 (mil reais)**, nos termos do art. 20, § 4º, do CPC/73, por se tratar de procedimento relativamente simples e não demandar grande esforço do advogado.

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

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1005731-59.2014.8.26.0554, da Comarca de Santo André, em que é apelante JOILDES SANTOS SOUSA, é apelado BANCO BRADESCARD S/A.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 24ª 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 27442)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores SALLES VIEIRA (Presidente) e JONIZE SACCHI DE OLIVEIRA.

São Paulo, 25 de julho de 2016.

SALLES VIEIRA, Relator

Ementa: AÇÃO INDENIZATÓRIA - NEGATIVAÇÃO INDEVIDA - DANOS MORAIS - *QUANTUM* - MAJORAÇÃO - Indenização fixada pela sentença em R$3.559,80 - Valor ínfimo, vez que a indenização deve ser fixada com base em critérios legais e doutrinários - Indenização majorada, ante as peculiaridades do caso, para R$8.000,00, a contar da sentença, proferida em 23/01/2015, quantia que, devidamente atualizada, se mostra suficiente para indenizar a autora e, ao mesmo tempo, coibir o réu de atitudes semelhantes - Apelo provido.

VOTO

Apelo da autora em face da r. sentença de parcial procedência, proferida nos autos da ação de indenização por dano moral.

Pleiteia, unicamente, a majoração do valor da indenização por danos morais, que entende ínfimo (fls. 151/156).

Contrarrazões do banco réu às fls. 165/174, pugnando pelo improvimento da apelação interposta.

É o relatório.

Trata-se de ação de indenização por dano moral, movida por Joildes Santos de Souza em face de Banco Bradescard S/A, tendo em vista a indevida negativação do nome da autora.

Em primeira instância, a ação foi julgada parcialmente procedente, para

Acesso ao Sumário

condenar o banco réu a pagar à autora, a título de indenização por danos morais, a quantia de R$3.559,80.

Contra esta decisão insurge-se a autora.

A priori, esclareça-se que, ante a ausência de recurso por parte do banco réu, incontroversa a indevida negativação do nome da autora.

Assim, no presente caso, o inconformismo da apelante restringe-se ao *quantum* fixado a título de indenização por danos morais.

Como sabido, o dano moral deve ser quantificado em face de sua intensidade.

A indenização deve ser fixada com base em critérios legais e doutrinários, cujos limites vêm sendo adotados pela jurisprudência dominante, a fim de evitar abusos e eventual enriquecimento ilícito.

O sofrimento experimentado tem relação com a errônea conduta do réu, devendo o dano moral ser quantificado em face daquele ser maior ou menor, sem levar em consideração, propriamente dito, o valor relativo à discussão.

No caso em exame, a quantia de R$3.559,80, fixada pela r. sentença, proferida em 23/01/2015, revela-se ínfima ao ver da Turma Julgadora.

Assim, tendo em vista as peculiaridades do caso concreto, especialmente o fato de não se ter notícia de maiores consequências negativas em razão da negativação indevida, majora-se o *quantum* indenizatório para R$8.000,00, a contar da r. sentença, quantia que, devidamente atualizada, se mostra suficiente para indenizar a autora e, ao mesmo tempo, coibir o réu de atitudes semelhantes.

De rigor, portanto, a reforma parcial do *decisum* de primeiro grau, apenas para majorar o valor fixado a título de indenização por danos morais.

Ante o exposto, dá-se provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1009641-64.2015.8.26.0003, da Comarca de São Paulo, em que é apelante SALVADOR LEANDRO CHICORIA, são apelados DECOLAR.COM LTDA. e EL MISTI COPACABANA HOSTEL & GUEST HOUSE.

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 26215)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PAULO ROBERTO DE SANTANA (Presidente), SÉRGIO SHIMURA e J. B. FRANCO

Acesso ao Sumário

DE GODOI.

São Paulo, 27 de julho de 2016.

PAULO ROBERTO DE SANTANA, Relator

Ementa: RESPONSABILIDADE CIVIL - VENDA DE PACOTE TURÍSTICO DE VIAGEM E HOSPEDAGEM PELA PRIMEIRA RÉ - ALEGADA SUPERLOTAÇÃO E CONDIÇÕES PRECÁRIAS DE HIGIENE NAS DEPENDÊNCIAS DA SEGUNDA RÉ - DANO MORAL - NÃO CONFIGURAÇÃO - CIRCUNSTÂNCIA EXPERIMENTADA PELO AUTOR QUE, APESAR DE POTENCIALMENTE LESIVA, FOI FELIZMENTE EVITADA COM A LOCALIZAÇÃO E LOCAÇÃO DE OUTRO IMÓVEL PARA ESTADIA DELE E DE SUA FAMÍLIA, NA MESMA DATA EM QUE REALIZADO O '*CHECK IN*' NO *HOSTEL* - OFENSA À ESFERA MORAL QUE, PORTANTO, NÃO SE EFETIVOU - MERO ABORRECIMENTO - PLEITO INDENIZATÓRIO AFASTADO - SENTENÇA MANTIDA - RECURSO IMPROVIDO.

VOTO

Trata-se de recurso de apelação interposto pelo autor contra sentença que julgou improcedente ação de indenização por danos morais, extinguindo o feito sem resolução do mérito em relação ao pedido de indenização pelos danos materiais, por considerá-lo parte ilegítima neste ponto.

Inconformado, insiste o vencido na caracterização dos danos morais passíveis de indenização, insistindo nas condições precárias das instalações do local de hospedagem vendido pela primeira ré e disponibilizado pela segunda.

O recurso foi processado, na forma da lei.

É o relatório.

O inconformismo não comporta colhimento.

Com efeito, deparando-se o autor e sua família com a alegada precariedade das instalações da segunda ré, inclusive em termos de higiene, logrou ele localizar e locar um outro imóvel "*bem localizado, mobiliado, e em ótimo estado de conservação*" (fls. 4), para o qual se dirigiram imediatamente e onde permaneceram até o final de sua estadia (fls. 130/131).

Assim, conquanto potencialmente lesivo o cenário retratado pelo

Acesso ao Sumário

autor, ele felizmente encontrou melhor alternativa em tempo hábil, não se efetivando qualquer prejuízo apto a lhe atingir a esfera moral, mas apenas mero aborrecimento, ao qual todos estão sujeitos diariamente.

Consoante lição de SERGIO CAVALIERI FILHO:

"(...) 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 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" ("Programa de responsabilidade civil", P. 80, Atlas, 2007).

Nestas condições, fica mantida a sentença de primeiro grau.

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

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0006126-66.2000.8.26.0002, da Comarca de São Paulo, em que é apelante BANCO BRADESCO S/A, são apelados CERCA AUTOMÓVEIS LTDA. e MANOEL ELEUTERIO DE SOUZA.

ACORDAM, em 23ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso, com o intuito de anular a sentença impugnada, V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 25648)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PAULO ROBERTO DE SANTANA (Presidente) e J. B. FRANCO DE GODOI.

São Paulo, 27 de julho de 2016.

JOSÉ MARCOS MARRONE, Relator

Ementa: Prescrição intercorrente - Execução - Processo que deve estar parado em razão de falta de impulso processual atribuível ao exequente, pelo tempo de prescrição da pretensão executiva - Execução fundada em nota promissória - Prazo de

Acesso ao Sumário

prescrição da pretensão executiva que corresponde a três anos, nos termos do art. 70 da Lei Uniforme de Genebra, contado a partir do vencimento do título - Contagem do prazo para a prescrição intercorrente que é iniciada a partir do último ato processual sem providência do interessado.

Prescrição intercorrente - Execução - Processo que não ficou paralisado por lapso superior ao prazo prescricional de três anos - Atos processuais praticados nos autos pelo banco exequente que revelaram a atuação diligente na busca por bens penhoráveis dos executados - Prescrição afastada - Sentença anulada - Determinado o regular prosseguimento da execução - Apelo do banco exequente provido.

VOTO

1. "Banco Bradesco S.A." propôs ação de execução por quantia certa, fundada em saldo devedor de nota promissória, em face de "Cerca Automóveis Ltda." e Manoel Eleutério de Souza (fls. 6/8).

Os executados opuseram embargos à execução em 12.12.1988 (fls. 13/16).

As partes compuseram-se amigavelmente em 20.3.1989 (fls. 17/20), tendo os executados desistido dos embargos opostos na mesma data (fl. 21).

Noticiado, em 14.8.1989, que o acordo não foi honrado (fls. 22/23), o banco exequente requereu a expedição de carta precatória para intimar a esposa do executado da penhora incidente sobre imóvel do casal (fls. 22/23, 24/25), medida que foi efetivada em 1.7.1991 (fl. 26).

As partes efetuaram nova composição amigável em 2.3.1995 (fls. 38/39), também não cumprida (fl. 40).

O banco exequente habilitou, em 10.7.1996, o seu crédito nos autos do processo de execução nº 1.741/88, envolvendo as mesmas partes, nos quais também foi penhorado o imóvel constritado nos presentes autos (fls. 42/43).

Foram suspensas as praças designadas (fl. 45).

O banco exequente requereu a restauração dos autos em 16.2.2000 (fls. 2/4), em razão de seu extravio, com a concordância dos executados (fls. 73/74).

A MMª Juíza de origem homologou, por sentença, a restauração dos autos em 19.10.2000 (fls. 90/91).

A juíza de primeiro grau determinou, em 8.1.2003, que se aguardasse o retorno da carta precatória por um ano (fl. 101).

Certificado, em 7.5.2004, que a execução encontrava-se paralisada há

Acesso ao Sumário

mais de um ano, a MMª Juíza "a quo" ordenou que se aguardasse o retorno da carta precatória por mais um ano (fl. 104).

O banco exequente informou, em 9.12.2004 (fls. 110, 117), que a carta precatória encontrava-se paralisada, aguardando o julgamento da apelação que interpôs da sentença de procedência dos embargos de terceiro opostos pela esposa do executado, Ap nº 1.068.766-4 (fl. 133), tendo requerido o sobrestamento do feito até o julgamento desse apelo.

O referido reclamo foi desprovido por esta Câmara em 19.9.2007 (fl. 136), tendo o banco exequente postulado, em 28.3.2008 (fl. 132), a redução da penhora para 50% do imóvel, pedido deferido (fl. 141) e cumprido (fls. 146, 159).

A juíza de primeiro grau determinou, em 17.1.2011 (fl. 169), que o banco exequente se manifestasse sobre o prosseguimento do feito (fl. 169).

O banco exequente, em 3.2.2011 (fl. 172), juntou matrícula atualizada do imóvel para comprovar a retificação da averbação da penhora (fl. 174), requereu a expedição de ofício à Delegacia da Receita Federal para fornecer as últimas declarações de bens, o bloqueio de ativos, via sistema Bacen/Jud, bem como a penhora "on line" de imóveis dos executados (fl. 172).

A juíza da causa determinou, em 10.3.2011 (fl. 178), que o próprio banco exequente diligenciasse na busca de bens dos executados, tendo deferido apenas o bloqueio de ativos financeiros até o limite do débito (fls. 179/180).

A MMª Juíza de origem, em 12.7.2011 (fl. 190), deferiu "a pesquisa no sistema InfoJud", a fim de se obter a última declaração de rendimentos dos executados, medida que resultou negativa (fl. 196).

A juíza de primeiro grau ordenou, em 16.1.2012 (fl. 204), o bloqueio "on line" até o limite do débito, que também restou negativo (fls. 205/207).

O banco exequente pleiteou, em 2.3.2012 (fl. 211), a expedição de ofício à Delegacia da Receita Federal, a fim de que enviasse as últimas declarações de renda dos executados.

A juíza "a quo" determinou, em 14.8.2012 (fl. 213), a consulta de bens mediante o sistema InfoJud apenas em relação à pessoa jurídica, tendo resultado novamente negativa (fl. 216).

O banco exequente, em 14.12.2012 (fl. 219), requereu pesquisa de veículos em nome dos executados, via RenaJud, pedido indeferido (fl. 221).

O banco exequente juntou, em 7.2.2013 (fl. 235), ofício protocolado perante o "Detran" para localização de veículos em nome dos executados (fl. 236).

Infrutíferas as tentativas de localização de bens em nome dos executados, o banco exequente postulou o sobrestamento do feito e a remessa dos autos ao

Acesso ao Sumário

arquivo em 21.5.2013 (fl. 252), pedido deferido (fl. 253).

O banco exequente, em 5.5.2014 (fl. 256), requereu o desarquivamento do feito.

A juíza da causa proferiu, então, em 9.4.2015, o seguinte despacho: "os autos encontram-se desarquivados, e permanecerão em cartório no aguardo de provocação útil, pelo prazo de quinze dias. Nada sendo requerido, tornarão ao arquivo, independentemente de nova intimação" (fl. 258).

Foram apensados aos presentes autos os autos dos aludidos embargos de terceiro (fl. 257).

O banco exequente, em 6.4.2015 (fl. 260), requereu novo desarquivamento dos autos, reiterou o pedido de bloqueio "on line" de ativos financeiros, via BacenJud, de nova requisição à Delegacia da Receita Federal de cópia das últimas declarações de renda, além de informações ao "Denatran", via Renajud, de informações sobre veículos dos executados (fl. 261).

A MMª Juíza de origem, admitindo a ocorrência da prescrição, julgou extinto o processo executivo (fl. 267). Condenou o banco exequente no pagamento das custas e despesas processuais (fl. 267).

O banco exequente opôs embargos de declaração (fls. 270/272), os quais foram rejeitados (fl. 276).

Inconformado, o banco exequente interpôs, tempestivamente, apelação (fl. 279), aduzindo, em síntese, o seguinte: não houve inércia de sua parte no prosseguimento da execução; efetuou todas as diligências possíveis para que fossem encontrados bens passíveis de penhora; a suspensão da execução, com arrimo no art. 791, inciso III, do CPC de 1973, é causa impeditiva da prescrição; a prescrição intercorrente só pressupõe inércia caso o credor, intimado pessoalmente a diligenciar, deixe de se manifestar no feito; a sentença recorrida deve ser anulada, determinando-se o prosseguimento da execução (fls. 280/285).

O recurso foi preparado (fls. 286/287), foi recebido no duplo efeito (fl. 288), não havendo sido respondido (fl. 290).

É o relatório.

2. O reclamo manifestado pelo banco exequente merece prosperar.

Explicando:

2.1. Para que se possa reconhecer a prescrição intercorrente, o processo deve estar parado em razão de falta de impulso processual atribuível ao exequente pelo tempo de prescrição da pretensão executiva (vide Súmula 150 do Supremo Tribunal Federal).

Cuidando-se de execução fundada em nota promissória, o prazo de prescrição da pretensão executiva corresponde a três anos, nos termos do art. 70 da Lei Uniforme de Genebra, contado a partir de seu vencimento, no caso em

Acesso ao Sumário

tela, a partir de 26.8.1987 (fl. 10).

2.2. Por outro lado, a contagem do prazo para a prescrição intercorrente é iniciada a partir do último ato processual sem providência do interessado.

Acerca dessa matéria, já houve decisão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo:

> "O termo inicial para contagem do prazo para prescrição intercorrente conta-se a partir do último ato processual sem providência do interessado. E, uma vez impulsionado o feito antes do decurso do lapso temporal, a paralisação dos autos não enseja a aludida prescrição" (Ap nº 883.781-0/1, de Campinas, 35ª Câmara de Direito Privado, v.u., Rel. Des. ARTUR MARQUES, j. em 27.6.2005).

2.3. Na hipótese vertente, o banco exequente requereu a suspensão do processo de execução (fl. 252), pedido deferido em 31.7.2013 (fl. 253), nos moldes do art. 791, inciso III, do CPC de 1973.

Saliente-se que, como o CPC de 1973 não estabeleceu prazo para a suspensão, cabe suprir a lacuna por meio da analogia, adotando-se o prazo de um ano previsto no § 5º do art. 265 do mesmo estatuto.

Apesar de solicitado o desarquivamento do feito em 5.5.2014 (fl. 256), não houve nenhuma outra manifestação nos autos, os quais retornaram ao arquivo (fl. 258).

Em 6.4.2015 o banco exequente requereu novo desarquivamento dos autos (fl. 260), bem como a realização de diversas diligências (fl. 261).

Logo, em que pese o entendimento esposado na sentença recorrida (fl. 267), o processo executivo não ficou paralisado por lapso superior ao prazo prescricional a que alude o art. 70 da Lei Uniforme de Genebra, não ocorrendo inércia injustificada do banco exequente.

Note-se que, em razão das diligências realizadas, o banco exequente logrou penhorar 50% de imóvel de propriedade do executado (fl. 146), não se mostrando razoável extinguir o feito na fase em que se encontra.

2.4. O entendimento aqui esposado foi perfilhado pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça, segundo se depreende da ementa a seguir transcrita:

> "Recurso especial. Civil. Processual civil. Execução. Ausência de bens passíveis de penhora. Suspensão do processo. Inércia do exequente por mais de treze anos. Prescrição intercorrente. Ocorrência. Súmula 150/STF. Negativa de prestação jurisdicional. Não ocorrência. Honorários advocatícios. Revisão óbice da Súmula 7/STJ.
>
> 1. Inocorrência de maltrato ao art. 535 do CPC quando o acórdão recorrido, ainda que de forma sucinta, aprecia com clareza as questões essenciais ao julgamento da lide.

Acesso ao Sumário

2. 'Prescreve a execução no mesmo prazo da prescrição da ação' (Súmula 150/STF).

3. 'Suspende-se a execução: (...) quando o devedor não possuir bens penhoráveis' (art. 791, inciso III, do CPC).

4. Ocorrência de prescrição intercorrente, se o exequente permanecer inerte por prazo superior ao de prescrição do direito material vindicado.

5. Hipótese em que a execução permaneceu suspensa por treze anos sem que o exequente tenha adotado qualquer providência para a localização de bens penhoráveis.

6. Desnecessidade de prévia intimação do exequente para dar andamento ao feito.

7. Distinção entre abandono da causa, fenômeno processual, e prescrição, instituto de direito material.

8. Ocorrência de prescrição intercorrente no caso concreto.

9. Entendimento em sintonia com o novo Código de Processo Civil.

10. Revisão da jurisprudência desta Turma.

11. Incidência do óbice da Súmula 7/STJ no que tange à alegação de excesso no arbitramento dos honorários advocatícios.

12. Recurso especial desprovido" (REsp nº 1.522.092-MS, registro nº 2014/0039581-4, 3ª Turma, v.u., Rel. Min. PAULO DE TARSO SANSEVERINO, j. em 6.10.2015, DJe de 13.10.2015) (grifo não original).

2.5. Diante de tais considerações, inviável decretar-se a prescrição intercorrente.

Por consequência, o processo executivo em análise deve prosseguir, normalmente, no juízo de origem.

Ressalte-se que os executados desistiram dos embargos que opuseram à execução (fls. 13/16), em 20.3.1989 (fl. 21).

3. Nessas condições, dou provimento à apelação contraposta, com o intuito de anular a sentença impugnada (fl. 267), determinando o regular prosseguimento do processo executivo no juízo de primeiro grau.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1005551-37.2014.8.26.0362, da Comarca de Mogi-Guaçu, em que são apelantes GERBI REVESTIMENTOS CERÂMICOS LTDA. (MASSA FALIDA) e CERÂMICA

GERBI LTDA. (MASSA FALIDA), é apelado EDGAR ROCHA JUNIOR.

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 37.079)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores ENIO ZULIANI (Presidente sem voto), TEIXEIRA LEITE e FRANCISCO LOUREIRO.

São Paulo, 2 de agosto de 2016.

MAIA DA CUNHA, Relator

Ementa: Embargos de terceiro. Imóvel arrecadado em falência, mas que fora, anteriormente à decretação da quebra, adjudicado ao embargante em ação trabalhista. Lei de Registros Públicos que foi mitigada pelo disposto na Súmula 84 do Colendo STJ. Aplicação analógica da súmula ao caso, notadamente porque a adjudicação do bem e posterior imissão do embargante em sua posse decorreram de ato judicial, de modo a afastar a incidência do art. 129, VII, da Lei 11.101/2005. Jurisprudência deste E. TJ/SP acerca do tema. Desacolhimento dos embargos que constituiria desprestígio ao ato judicial que determinou a adjudicação do bem ao embargante, o que não se pode admitir. Decisão acertada. Recurso improvido.

VOTO

Trata-se de apelação interposta contra a r. sentença, cujo relatório se adota, que acolheu os embargos de terceiro. Apela o administrador judicial da massa falida alegando, em suma, que o acolhimento dos embargos, a despeito de a arrecadação do bem ter se dado unicamente por culpa do embargante, que não registrou a adjudicação do imóvel em seu favor de modo a cumprir determinação judicial em ação trabalhista, configura desrespeito à Lei de Registros Públicos e ao art. 129, VII, da Lei 11.101/2005.

Este é o relatório.

O recurso não merece provimento.

Edgar Rocha Junior interpôs embargos de terceiro contra a massa falida de Gerbi Revestimentos Cerâmicos Ltda., pretendendo, em suma, fosse cancelada a arrecadação em falência do imóvel objeto da lide alegando que este lhe fora, anteriormente à decretação de falência, adjudicado por acordo realizado na

Acesso ao Sumário

Justiça do Trabalho. Afirmou não ter registrado a adjudicação por insuficiência de recursos para o pagamento das despesas atinentes ao ato.

O digno Magistrado de primeiro grau acolheu os embargos de terceiro por considerar que, não obstante tenha sido o embargante o único culpado pela arrecadação indevida, "*já que não efetuou o registro da carta de adjudicação*" o não acolhimento desabonaria a r. decisão proferida pela justiça trabalhista, salientando que não foram cogitados fraude ou conluio entre o embargante e os representantes da falida.

E o fez corretamente.

A Súmula 84 do Colendo Superior Tribunal de Justiça, mitigou o disposto na Lei de Registros Públicos ao estabelecer: "*É admissível a oposição de embargos de terceiro fundados em alegação de posse advinda do compromisso de compra e venda de imóvel, ainda que desprovido de registro.*" Sua aplicação analógica é plenamente cabível ao caso concreto, mormente porque a adjudicação do bem ao embargante - e posterior imissão na posse, conforme salientado no parecer do douto representante do Ministério Público (fls. 50/54) - consistem em atos advindos de decisão judicial e não de negócio particular.

Neste sentido, não tem o artigo 129, VII, da Lei de Falências o alcance pretendido pela apelante, pois apenas aplicável a atos entre vivos. Confira-se a respeito, jurisprudência deste Egrégio Tribunal de Justiça:

"*Falência. Ineficácia objetiva declarada nos termos do art. 129, VII, da Lei nº 11.101/2005. Arrematação judicial havida nos autos de reclamação trabalhista movida contra a empresa posteriormente falida. Transmissão anterior à extensão a essa empresa dos efeitos de outra falência, com prenotação também anterior no cartório imobiliário (por pender na ocasião decreto de indisponibilidade, oriundo de execução fiscal, impeditivo do registro). Arrematação perfeita e acabada no momento da assinatura do auto. Inteligência do art. 694 do CPC. Inciso VII que cuida do registro posterior à quebra de transmissões por atos entre vivos, hipótese distinta da dos autos. Ausência de base para o decreto de ineficácia com tal fundamento. Possibilidade de fraude outrossim no tocante à própria reclamação trabalhista onde havida a arrematação, de iniciativa de sócia da empresa, que não autoriza a desconstituição do ato judicial por singela decisão interlocutória incidentalmente proferida nos autos da falência. Necessidade, nesse caso, da competente ação revocatória, à luz do art. 130 da Lei nº 11.101/2005. Decisão agravada, que declarou a ineficácia da arrematação por duplo fundamento, reformada, com ressalva do ajuizamento por algum dos legitimados da ação revocatória e da discussão aprofundada de possível fraude que ali se possa desenvolver. Agravo dos arrematantes do imóvel provido para tal fim.*" (Agravo nº 0078152-14.2013.8.26.0000, 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, Relator Des. Fabio Tabosa, j. 04.11.2013).

Acesso ao Sumário

Ficam, portanto, afastadas as alegações de ferimento à Lei de Registros Públicos e à Lei 11.101/2005.

Frise-se, aliás, que o não acolhimento dos embargos constituiria desprestígio ao ato judicial que determinou a adjudicação do bem ao embargante, o que não se pode admitir.

De rigor, assim, o improvimento do recurso, mantida a r. sentença pelos seus próprios e acertados fundamentos.

Pelo exposto, é que se nega provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1010776-80.2016.8.26.0002, da Comarca de São Paulo, em que é apelante MARIA BEATRIZ BATISTA DA SILVA (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado TIM CELULAR S/A.

ACORDAM, em 22ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 38412)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores MATHEUS FONTES (Presidente) e SÉRGIO RUI.

São Paulo, 28 de julho de 2016.

CAMPOS MELLO, Relator

Ementa: Demanda declaratória de inexigibilidade de débito, com pedidos cumulados de indenização de danos morais e de cancelamento de anotação do nome da autora em cadastros de devedores inadimplentes. Sentença de parcial procedência. Decisão mantida. Dever de indenizar não configurado, à luz dos elementos dos autos. Incidência da Súmula 385 do Superior Tribunal de Justiça. Recurso desprovido.

VOTO

É apelação contra sentença a fls. 56/58, que julgou parcialmente procedente demanda declaratória de inexigibilidade de débito, com pedidos cumulados de cancelamento de anotação do nome da autora em cadastros de devedores inadimplentes e de indenização de danos morais, rechaçado o pleito

Acesso ao Sumário

indenizatório.

Em seu recurso, afirma a autora que faz jus à indenização do prejuízo moral decorrente da indevida anotação de seu nome em cadastros de devedores inadimplentes. Rechaça a incidência da Súmula 385 do Superior Tribunal de Justiça e afirma que todas as demais anotações estão sendo questionadas judicialmente. Pede a reforma da sentença.

Sem contrarrazões, subiram os autos.

É o relatório.

O apelo não merece provimento.

Na espécie, é descabida qualquer indenização, à luz do disposto na Súmula 385 do Superior Tribunal de Justiça, que se amolda perfeitamente ao caso em tela, verbis: "*Da anotação irregular em cadastro de proteção ao crédito, não cabe indenização por dano moral quando preexistente legitima inscrição, ressalvado o direito ao cancelamento.*". Os extratos emitidos pelos órgãos restritivos (fls. 18/19) revelam que, na data na qual efetivada a anotação em exame, havia anotações preexistentes (cf., especialmente, débitos relacionados a fls. 18). E não há prova de que elas sejam injurídicas, já que não foi anexada qualquer sentença transitada em julgado que haja declarado tal injuridicidade. Muito ao contrário. Não há sequer prova de que foi ajuizada qualquer demanda contestando as anotações preexistentes. No momento da interposição do presente apelo e de forma extemporânea, a recorrente apresentou apenas extratos de andamento processual de demandas cautelares de exibição de documentos movidas contra os demais responsáveis pelas anotações preexistentes (cf. fls. 87/90).

Apenas isso.

De todo modo, o certo é que a pessoa que vê seu nome lançado no rol de maus pagadores em razão de anotação ou protesto anterior, não pode afirmar que teve sua moral abalada unicamente em razão de uma superveniente inscrição, ainda que ela seja considerada indevida. É exatamente o caso dos autos. Vale ressaltar que somente situações excepcionais justificam a concessão dessa modalidade de indenização, do que não se cogita na espécie.

Relembre-se que não é possível rechaçar a aplicação da Súmula 385 do STJ com o argumento de que ela só é aplicável nas demandas ajuizadas contra as entidades que cadastram o nome dos devedores inadimplentes, visto que não há respaldo para tal argumento. O enunciado da referida súmula não contém essa ressalva. Deve-se ressaltar ainda que o art. 125 do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça dispõe que "*Os enunciados da súmula prevalecem e serão revistos na forma estabelecida neste Regimento Interno*". E não há notícia de que o referido enunciado tenha sido objeto de revisão. Ao contrário. Em 27.4.2016, no julgamento de incidente de recurso repetitivo, o Superior Tribunal de Justiça confirmou a aplicabilidade da Súmula 385 em casos como

o presente, verbis: "*Proclamação Final de Julgamento: A Seção, por maioria, negou provimento ao recurso especial, vencido o Sr. Ministro Relator. Para os efeitos do artigo 1.036 do CPC/2015 (art. 543-C do CPC/1973), foi firmada a seguinte tese: A inscrição indevida* ***comandada pelo credor*** *em cadastro de inadimplentes, quando preexistente legítima anotação, não enseja indenização por dano moral, ressalvado o direito ao cancelamento. Inteligência da Súmula 385. Lavrará o acórdão a Sra. Ministra Maria Isabel Gallotti. (3001)*" (grifos nossos, Rec. Esp. 1.384.424/MG, Segunda Seção, Rel. originário Min. Paulo de Tarso Sanseverino, Rel. p/acórdão Min. Maria Isabel Gallotti, cf. extrato processual, acesso ao site do STJ em 12.5.2016).

Fica, assim, mantida a r. sentença, inclusive por seus próprios fundamentos.

Pelo exposto, nego provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1029168-02.2015.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante JOÃO ELIAS SIMÕES, é apelado BANCO DAYCOVAL S/A.

ACORDAM, em 22ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 23.465)**

O julgamento teve a participação dos Exmo. Desembargadores CAMPOS MELLO (Presidente) e HÉLIO NOGUEIRA.

São Paulo, 4 de agosto de 2016.

SÉRGIO RUI, Relator

Ementa: Embargos à execução. Instrumentos particulares de cessão de direitos creditórios e outras avenças. Extinção do feito sem julgamento de mérito. Intolerância. Ausência de pagamento das custas judiciais. Emenda da inicial. Oportunidade não concedida. Desrespeito ao comando do artigo 284, parágrafo único, do Código de Processo Civil. Sentença anulada. Recurso provido.

VOTO

Trata-se de embargos à execução - julgados extintos - sem resolução de

Acesso ao Sumário

mérito - pela r. sentença de fls. 108 - opostos por João Elias Simões em face de Banco Daycoval S/A.

Reivindica-se - em apertada síntese - a anulação da r. sentença com o cancelamento da distribuição e retorno dos autos à origem para prosseguimento do feito.

Recebido o recurso - no efeito devolutivo - e preparado, vieram contrarrazões a fls. 148/152.

É o relatório.

A concretude encerra intolerância.

Deixou-se de facultar ao autor da demanda a possibilidade de emenda da inicial, no prazo de dez dias, consoante comando do artigo 284, **caput**, do Código de Processo Civil.

Dar-se-ia o indeferimento, caso a diligência não restasse cumprida, conforme previsão inscrita no parágrafo único do aludido dispositivo, a saber:

"Se o autor não cumprir a diligência, o juiz indeferirá a petição inicial".

Privilegia-se, **concessa maxima venia**, o primado do acesso efetivo à justiça na perspectiva de um direito social básico na sociedade contemporânea, mormente porque os óbices existentes em nosso sistema jurídico se acentuam nas pequenas causas e para autores individuais, notadamente os hipossuficientes.

Cabe anotar:

Contrato bancário. Demanda revisional, com pedidos cumulados de consignação de valores e de exibição de documentos. Indeferimento da inicial. 1. Decisão anulada. Inicial que preenche os requisitos legais. Não observância do art. 284 do C.P.C. Decreto de extinção da demanda afastado. Prosseguimento do feito determinado. Sentença anulada de ofício, com determinação, prejudicado o exame do apelo nesse ponto. 2. Gratuidade processual indeferida na r. sentença. Decisão escorreita, à luz dos elementos dos autos. Recurso desprovido (Apelação Cível nº 0019211-62.2013.8.26.0003; São Paulo; 22ª Câmara de Direito Privado; Relator: Campos Mello; j. em 04/09/2014 - **in** "site" do Tribunal de Justiça de São Paulo).

AÇÃO CAUTELAR INOMINADA. EXTINÇÃO. INDEFERIMENTO DAPETIÇÃOINICIAL.VIOLAÇÃODOART.284DOCPC.OPORTUNIDADE DE EMENDA. OBRIGATORIEDADE. APELAÇÃO PROVIDA, EM PARTE (Apelação Cível nº 1037962-89.2014.8.26.0506; Ribeirão Preto; 20ª Câmara de Direito Privado; Relator: Alberto Gosson; j. em 05/10/2015 - **in** "site" do Tribunal de Justiça de São Paulo).

Insta consignar, que da inicial se infere pedido específico do autor para concessão de prazo suplementar de 15 dias para recolhimento das custas iniciais (fls. 61).

Por tais razões, pelo meu voto, dá-se provimento ao recurso para cassar a

Acesso ao Sumário

r. sentença, com retorno dos autos à origem para prosseguimento.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0003237-13.2012.8.26.0296, da Comarca de Jaguariúna, em que são apelantes C. M. DARHRUJ COMÉRCIO DE VEÍCULOS AUTOMOTORES LTDA. e PEUGEOT CITROËN DO BRASIL AUTOMÓVEIS LTDA., é apelado L. M. NUTRI ALIMENTAÇÃO E NUTRIÇÃO COLETIVA LTDA.

ACORDAM, em 31ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 32.621)**

O julgamento teve a participação dos Exmo. Desembargadores ADILSON DE ARAUJO (Presidente) e ANTONIO RIGOLIN.

São Paulo, 26 de abril de 2016.

PAULO AYROSA, Relator

Ementa: AÇÃO INDENIZATÓRIA - VÍCIO REDIBITÓRIO - COMPRA E VENDA DE VEÍCULO - ALEGAÇÃO DE DEFEITO DE FABRICAÇÃO - CONTRARIEDADE COM AS NORMAS DA RESOLUÇÃO Nº 316/2009 DO CONTRAN - SEGURANÇA DE TRANSPORTE COLETIVO - CAPACIDADE MÁXIMA DE PASSAGEIROS INFERIOR AO ESPERADO - RESPONSABILIDADE CIVIL - INADMISSIBILIDADE - MERA INFRAÇÃO ADMINISTRATIVA POR PARTE DO FABRICANTE E DA REVENDEDORA - NORMA QUE FOI POSTERIORMENTE MODIFICADA, ABARCANDO A CAPACIDADE EXIGIDA PELA AUTORA - DANOS NÃO CARACTERIZADOS - RECURSOS PROVIDOS. Adquirindo a autora veículo das rés, tendo alegado defeito de fabricação relacionado à capacidade máxima de transporte de passageiros pelo utilitário, consubstanciado na limitação, pela Resolução nº 316/2009 do CONTRAN, de 12 passageiros, ao invés dos 16 anunciados pelas

Acesso ao Sumário

rés, de rigor o reconhecimento de que, conquanto haja infração administrativa pela fabricação e comercialização de veículo em desacordo com as normas administrativas de segurança no transporte coletivo de passageiros, não há que se falar em responsabilidade civil por parte das rés diante da plena oportunidade que teve a autora de aferir as características do veículo, mormente por utilizar com frequência veículos desse tipo diante da atividade econômica que exerce, que impõe o transporte regular de funcionários. Ademais, se problema houve na utilização do veículo pelo fato de contar 16 assentos, tal fato não pode ser atribuído às rés, e sim ao órgão competente para conceder o CAT, que num primeiro momento interpretou a legislação pertinente de maneira a negar o certificado e, depois, houve por bem mudar o entendimento, razão pela qual, por qualquer ângulo que se analise a questão, é de rigor o provimento recursal para que a ação seja julgada improcedente.

VOTO

L. M. NUTRI ALIMENTAÇÃO E NUTRIÇÃO COLETIVA LTDA. propôs ação de indenização por vício redibitório em face de **PEUGEOT CITROËN DO BRASIL AUTOMÓVEIS LTDA.** e **C. M. DAHRUJ COMÉRCIO DE VEÍCULOS AUTOMOTORES LTDA.**, julgada parcialmente procedente pela r. sentença de fls. 306/309 para o fim de condenar as rés, de forma solidária, a devolver para a empresa autora a importância de R$ 17.993,80, corrigida monetariamente e acrescida de juros de mora desde a citação. Decaindo a autora de parte mínima do pedido, arcarão as rés com as custas, despesas processuais e honorários advocatícios arbitrados em 10% do valor da condenação.

Inconformadas, apelam as rés.

C. M. Dahruj Comércio De Veículos Automotores alega, às fls. 316/321, que não efetuou a venda, mas tão somente a entrega do veículo à autora em sua sede, apenas intermediando venda direta procedida em face da fabricante, mormente por ser concessionária autorizada Peugeot Citroën. Aduz que com fulcro no art. 265 do CC a solidariedade não se presume, resultando apenas da lei ou da vontade das partes, especialmente por ter comprovado que não integrou, juntamente com a fabricante, no contrato de compra e venda firmado,

Acesso ao Sumário

sendo inaplicável ao caso o art. 18 do CDC, sendo, portanto, parte ilegítima para figurar no polo passivo da presente ação. Quanto ao mais, não comprovou a autora que ficou impossibilidade de utilizar o veículo adquirido por cerca de 15 meses por não atender as normas do órgão de trânsito, vez que, em resposta ao ofício a ela encaminhado, a EMTU (Empresa Metropolitana de Transportes Urbanos) deixou assente que o veículo jamais apresentou qualquer vício oculto que o tornasse inutilizável, mormente porque a capacidade de 16 lugares do veículo foi garantida pelo CONTRAN, não podendo responder pela má interpretação dada pelos funcionários do Departamento de Inspeção - DIC, tudo a ensejar, pois, o provimento recursal.

Já Peugeot Citroën do Brasil Automóveis Ltda. pugna pelo reconhecimento da inexistência de vício na fabricação do veículo, eis que tal fato restou comprovado pelo fato de que a EMTU (Empresa Metropolitana de Transportes Urbanos) aprovou a utilização do veículo com 16 assentos, além de possuir, desde a fabricação, Certificado de Adequação de Legislação de Trânsito emitido anteriormente, enquadrando-se perfeitamente na Resolução CONTRAN nº 811/96, sendo possível, assim, a inclusão do veículo no Sistema de Fretamento Metropolitano Próprio sem que fossem necessárias alterações de espaçamento entre bancadas, mormente porque, no início de 2013, foi dada a interpretação à Resolução nº 316/2009 no sentido de que não deveria ser aplicada a carros fabricados a partir de 2009, mas sim que os veículos com CAT - Certificado de Adequação a Legislação de Trânsito, emitidos anteriormente a ela, independente do ano de fabricação, ficariam convalidados à sobredita Resolução nº 811/96, em especial em relação ao espaçamento de bancos, restando bem comprovado, assim, que o veículo está apto para os fins que se destina, inclusive pelo fato de que a autora não precisou realizar modificações que julgava necessárias, não se tratando, pois, de vício de fabricação.

Os recursos foram respondidos (fls. 349/358).

É O RELATÓRIO.

Conheço dos recursos e lhes dou provimento nos termos abaixo.

Conforme se depreende dos autos, ajuizou a autora a presente ação indenizatória fundada em vício redibitório concernente a veículo que adquiriu das rés marca Peugeot, modelo Boxer, ano 2011/2012, tratando-se de micro-ônibus com capacidade para 16 lugares, como informado pela fabricante e pela concessionária, alegando que, conquanto seja veículo contendo 15 assentos destinados a passageiros e um para o motorista, foi impedido de utilizá-lo para o fim de transporte de seus funcionários diante do conteúdo da Resolução nº 316/2009, que dispõe que a capacidade máxima seria de 12 assentos, razão pela qual pugnou pela condenação das rés, em solidariedade, a devolver quantia equivalente a 25% do valor do veículo e pelos danos suportados em razão da

Acesso ao Sumário

desvalorização.

A ação foi julgada parcialmente procedente pela r. sentença de fls. 306/309, condenadas as rés, de forma solidária, a devolver para a empresa autora a importância de R$ 17.993,80, corrigida monetariamente e acrescida de juros de mora desde a citação. Inconformadas, apelaram as rés. E têm razão, a meu ver.

De início, é de se reconhecer que o ato negocial estabelecido entre as partes está regido pelas normas do CDC, porquanto a autora, diante de sua atividade econômica - empresa de alimentação empresarial -, apresenta-se como destinatária final do bem adquirido, sendo, portanto, consumidora à luz do art. 2º do CDC.

Mas mesmo que se analise a questão sob os auspícios do CDC, é de se verificar que, à luz dos documentos acostados aos autos, não há como responsabilizar as rés pela suposta ausência de enquadramento às regras previstas na Resolução nº 316/2009 do CONTRAN no que diz respeito ao transporte coletivo de passageiros, vez que, de acordo com art. 1º da norma, "**os veículos novos, de fabricação nacional e estrangeira, definidos como M2 e M3 no Anexo I da presente Resolução, destinados ao transporte de passageiros para fins de homologação junto ao Departamento Nacional de Trânsito - DENATRAN e obtenção do código marca-modelo-versão necessário ao registro, licenciamento e emplacamento, devem atender às exigências estabelecidas na presente Resolução**".

Ora, o veículo adquirido pela autora, segundo informações constantes em sua nota fiscal, possui peso líquido de 2.120 kg e peso bruto de 3.300 kg, bem como capacidade máxima de 16 passageiros (fls. 22), enquadrando-se, pois, na categoria M2, que engloba "**veículos para transporte de passageiros dotados de mais de 8 lugares além do condutor, com Peso Bruto Total inferior ou igual a 5,0 toneladas**".

Diante de tais fatos, é de se ver que, ainda que tenham as rés cometido infração administrativa ao fabricar e comercializar veículo em desacordo com as normas administrativas de segurança no transporte coletivo de passageiros, não devem ser responsabilizadas civilmente em relação à autora, de forma a gerar o dever de indenizar.

Acesso ao Sumário

Ora, diante da ausência de alegação em sentido contrário, é de se presumir a plena oportunidade ofertada à autora para aferir as características do veículo antes de sua aquisição, mormente por utilizar com frequência veículos desse tipo diante da atividade econômica que exerce, que impõe o transporte regular de funcionários, mormente porque era dela o dever de constatar se o automóvel atendia, ou não, aos padrões necessários para o exercício da atividade para a qual estava destinado, restando assente sua própria negligência ao adquirir o

bem sem o zelo que se espera, concernente à verificação do atendimento de suas necessidades.

De outra parte, conquanto tenha demonstrado uma primeira negativa, por parte da EMTU (Empresa Metropolitana de Transportes Urbanos) em fornecer o registro para a regular utilização (fls. 106/108), vê-se que, em resposta ao ofício enviado, a mesma empresa afirmou que, num primeiro momento, "*por não apresentar as medidas mínimas no espaçamento entre bancadas exigidas pela referida resolução, o carro foi selado provisoriamente até 08/05/2012, para que a LM Nutri pudesse providenciar a correção do espaçamento mínimo, bem como da capacidade veicular cadastrada no DETRAN, se necessário*", acrescentando, ainda, que "*A Empresa não apresentou ao Departamento de Inspeção de Campinas a correção solicitada*", *optando por "solicitar a exclusão da Peugeot Boxer do cadastro da EMTU/SP"*.

Mas "*Em 18/07/2013 a LM Nutri voltou a apresentar a Peugeot Boxer EYA-4854 para inclusão e após repasse em 24/07/2013 o carro foi aprovado e selado pelo prazo normal de 18 (dezoito meses) até 24/01/2015, sem alterações na disposição das bancadas*" (fls. 285). E tal mudança se deu porque, tal como explica a empresa de transportes, "*Em agosto de 2012, a publicação da nova Resolução CONTRAN nº 416/12, que viria a ser aplicada aos veículos fabricados a partir de 1º de janeiro de 2014, suscitou dúvidas sobre a interpretação da Resolução CONTRAN nº 316/2009, que vinha sendo aplicada desde então*", isto é, "*No início de 2013, conforme anexos da Gerência de Assuntos Jurídicos e do Departamento de Inspeção - DIC, deu-se a interpretação à Resolução nº 316/2009 de que ela não deveria ser aplicada a carros fabricados a partir de 2009, mas sim que os veículos com CAT - Certificado de Adequação a Legislação de Trânsito emitidos anteriormente a ela, independente do ano de fabricação, ficariam convalidados à Resolução CONTRAN nº 811/96, em especial com relação ao espaçamento dos bancos, ou seja, não havia especificação para espaçamento mínimo entre eles*".

E continua: "*Logo, uma vez que o modelo PEUGEOT BOXER 23S, com capacidade para 16 pessoas, ainda que fabricado em 2011, modelo 2012, possui CAT antiga - anterior a 2009, passou a ser possível a sua inclusão no Sistema de Fretamento Metropolitano Próprio sem que fossem necessárias alterações de espaçamento entre bancadas*" (fs. 285).

Assim, ao contrário do que entendeu a d. autoridade sentenciante, se problema houve na utilização do veículo pelo fato de contar 16 assentos, tal fato, à luz dos elementos contidos nos autos, não pode ser atribuído às rés, e sim ao órgão competente para conceder o CAT, que num primeiro momento interpretou a legislação pertinente de maneira a negar o certificado e, depois, houve por bem mudar o entendimento, tal como visto na sobredita informação prestada pela EMTU, razão pela qual, por qualquer ângulo que se analise a questão, é de rigor

Acesso ao Sumário

o provimento recursal para que a ação seja julgada improcedente, invertidos os ônus sucumbenciais, sendo que os honorários advocatícios devem ser fixados em R$ 2.000,00.

Por fim, deixo de aplicar a nova sistemática do atual CPC para fins de arbitramento de honorários advocatícios sucumbenciais para a fase recursal, considerando-se que a data da interposição do apelo foi anterior à vigência do novo CPC e, conforme o Enunciado administrativo 7 do STJ, "**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, § 11, do novo CPC**".

Posto isto, dou provimento aos apelos nos termos acima declinados.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1022767-56.2015.8.26.0562, da Comarca de Santos, em que é apelante COMERCIAL MARÍLIA DE SÃO VICENTE LTDA., são apelados COMPANHIA AUXILIAR DE ARMAZÉNS GERAIS e COOPERATIVA DOS PRODUTORES DE CANA-DE-AÇÚCAR, AÇÚCAR E ÁLCOOL DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 25ª 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 18.674)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores HUGO CREPALDI (Presidente sem voto), AZUMA NISHI e MARCONDES D'ANGELO.

São Paulo, 28 de abril de 2016.

EDGARD ROSA, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: AÇÃO DE COBRANÇA - CONTRATO DE COMPRA E VENDA DE RESÍDUOS DE AÇÚCAR ESTOCADOS EM ARMAZÉM ATINGIDO POR INCÊNDIO NO PORTO DE SANTOS - MERCADORIAS ENTREGUES PELAS VENDEDORAS, SEM QUE TENHA HAVIDO PAGAMENTO INTEGRAL DO PREÇO CORRESPONDENTE - SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA - PRETENSÃO À ANULAÇÃO E À

REFORMA - DESCABIMENTO - CERCEAMENTO DE DEFESA INOCORRENTE NO CASO - PROVA ORAL DESNECESSÁRIA PARA A ELUCIDAÇÃO DA CONTROVÉRSIA - DENUNCIAÇÃO DA LIDE QUE FICOU BEM INDEFERIDA - NÃO SE TRATANDO DE HIPÓTESE DE DENUNCIAÇÃO OBRIGATÓRIA DA LIDE, PODE O RÉU VALER-SE DE AÇÃO PRÓPRIA PARA, SE O CASO, BUSCAR EVENTUAL DIREITO DE REGRESSO EM FACE DE TERCEIRO, SEM QUE SE CONFIGURE QUALQUER PREJUÍZO - INADIMPLEMENTO PARCIAL DO CONTRATO QUE FICOU INCONTROVERSO - ADMISSÃO DA POSSIBILIDADE DE RETIRADA DAS MERCADORIAS SEM DEPÓSITO ANTECIPADO DO PREÇO QUE DECORREU DE MERA LIBERALIDADE DAS VENDEDORAS E QUE NÃO PODE SER INTERPRETADA EM SEU DESFAVOR - IRRELEVÂNCIA DE TAL FATO, ADEMAIS, PARA A CONSTATAÇÃO DE QUE A COMPRADORA INADIMPLIU PARTE DAS OBRIGAÇÕES QUE ASSUMIU - SENTENÇA MANTIDA. - Recurso desprovido.

VOTO

Trata-se de tempestivo e preparado recurso de apelação (fls. 1.746/1.765), interposto contra a sentença de fls. 1.740/1.744, que, nos autos da ação de cobrança que **COMPANHIA AUXILIAR DE ARMAZÉNS GERAIS** e **COOPERATIVA DOS PRODUTORES DE CANA-DE- AÇÚCAR, AÇÚCAR E ÁLCOOL DO ESTADO DE SÃO PAULO** movem em face de **COMERCIAL MARÍLIA DE SÃO VICENTE LTDA.**, julgou procedente o pedido "*para condenar a parte requerida ao pagamento da quantia de R$ 2.298.492,00 à coautora Companhia Auxiliar de Armazéns Gerais e da quantia de R$ 944.533,60 à coautora Cooperativa de Produtores de Cana-de-Açúcar, Açúcar e Álcool do Estado de São Paulo, corrigidas monetariamente e acrescidas de juros de mora a partir da emissão de cada nota fiscal*".

Inconformada, recorre a ré, alegando, preliminarmente, nulidade da sentença por cerceamento de defesa, eis que o julgamento antecipado da lide obstou a produção de prova oral. Alega, também, nulidade do procedimento, em razão do indeferimento da denunciação da lide à terceira, **FLORALCO AÇÚCAR E ÁLCOOL LTDA.** No mérito, sustenta que o inadimplemento

Acesso ao Sumário

parcial do preço contratado para aquisição das mercadorias seria imputável às autoras, que, em razão da pressa na liberação dos terminais e na desova das mercadorias vendidas, "*promoveram a mudança do regime contratado para a operação em apreço e para o processo de venda até então em curso, pelo que a retirada dos produtos, e a sua entrega à FLORALCO, passou a ser efetivada mesmo sem que os pagamentos correspondentes fossem realizados, gerando, por evidente, o saldo devedor em questão*". Subsidiariamente, postula que se fixe a data da citação como termo inicial dos juros e da correção monetária (fls. 1.746/1.765).

Houve resposta (fls. 1.771/1.776).

É o relatório.

Trata-se de ação de cobrança ajuizada por **COMPANHIA AUXILIAR DE ARMAZÉNS GERAIS** e **COOPERATIVA DOS PRODUTORES DE CANA-DE-AÇÚCAR, AÇÚCAR E ÁLCOOL DO ESTADO DE SÃO PAULO** em face de **COMERCIAL MARÍLIA DE SÃO VICENTE LTDA.**, com fundamento no inadimplemento parcial dos contratos de compra e venda de mercadoria firmados entre as partes.

Narra a petição inicial que as autora mantinham açúcar a granel em estoque nos armazéns do terminal portuário de Santos, os quais foram atingidos por um incêndio de larga escala. Do sinistro, remanesceram resíduos de açúcar imprestáveis para o consumo humano, mas com viabilidade de utilização econômica na indústria alcooleira, o que as levou a firmar com a ré cinco contratos de compra venda de "*Produto de Varredura*", pelo qual se obrigaram a entregar a totalidade dos resíduos mediante pagamento, em contraprestação, do valor total de R$ 5.848.028,40.

Ocorre que, "*a Ré efetuou pagamentos esparsos e sem correlação direta, quanto a valores, com as Notas Fiscais de venda emitidas, num montante de R$2.605.000,00 (dois milhões, seiscentos e cinco mil reais) havendo assim, um crédito a favor das Autoras de R$3.243.025,40 (três milhões, duzentos e quarenta e três mil e vinte e cinco reais e quarenta centavos)*", daí o ajuizamento desta ação.

Na contestação, a ré esclareceu que se dedica, desde 1994, à aquisição de produtos arrecadados ou salvados (avarias parciais), junto a companhias de seguro e em leilões públicos e privados, para posterior revenda. Admitiu ter celebrado com as autoras os contratos descritos na petição inicial e colacionados aos autos, os quais "*estabeleciam, já de plano, que os produtos de varredura retirados dos terminais da COPERSUCAR S/A seriam entregues pelas Autoras à Ré para transporte à FLORALCO AÇÚCAR E ÁLCOOL LTDA., à sua destinação final, ou, então, seriam entregues diretamente, por elas, à própria FLORALCO AÇÚCAR E ÁLCOOL LTDA., sempre à destinação já conhecida e avalizada, à vista das circunstâncias acima aludidas; desta forma, adotada*

uma ou outra forma de entrega, o que atendia tão somente a conveniência e a correspondência aos registros contábeis das partes, certo é que a totalidade dos produtos foi retirada e entregue, a final, à FLORALCO" (fls. 1.637/1.655).

Afirmou, contudo, que, no curso do cumprimento das obrigações pactuadas, as autoras começaram a forçar a aceleração do ritmo da operação de retirada dos resíduos, com o intuito de liberar os terminais afetados pelo incêndio, promovendo uma mudança no regime contratado para a operação em apreço e para o processo de venda até então em curso, tendo sido abandonado o sistema de pagamento antecipado do preço por cada lote de resíduos retirados, de modo que "*retirada dos produtos, e a sua entrega à FLORALCO, passou a ser efetivada mesmo sem que os pagamentos correspondentes fossem realizados, gerando, por evidente, o saldo devedor em questão*" (fls. 1.643).

No mais, admitiu que as autoras entregaram a totalidade da mercadoria contratada, que chegou até o destinatário por ela indicado, sendo que, todavia, "*a FLORALCO suspendeu o pagamento dos valores devidos à Ré, nos termos do contrato que firmaram, e com os quais deveriam ter sido quitadas as faturas emitidas pelas Autoras, gerando o impasse atualmente existente*". Requereu a denunciação da lida à FLORALCO, alegando ostentar contra ela direito de regresso.

O MM. Juízo *a quo* julgou a lide antecipadamente. De início, indeferiu o pedido de denunciação da lide, por não vislumbrar hipótese do art. 70 do CPC de 1973, então aplicável, sendo que, ademais, a inclusão da empresa Floralco implicaria alargamento da demanda em prejuízo do direito das autoras. No mérito, decidiu pela total procedência do pedido, ao fundamento, em síntese, de que "*A questão posta nos autos é simples: as autoras venderam à ré os produtos descritos no contrato, cumpriram a sua obrigação e não obtiveram a totalidade da contraprestação acordada, que é de exclusiva responsabilidade da ré. Frise-se que os pactos não previam que o pagamento seria efetuado por empresa diversa*".

Malgrado o inconformismo da ré apelante, a sentença vergastada deu correta solução ao caso.

Preliminarmente, descabe a alegação do apelante de que teria havido cerceamento de defesa, pois, em matéria de julgamento antecipado da lide predomina a prudente discrição do magistrado no exame da necessidade ou não da realização de prova em audiência, ante as circunstâncias de cada caso concreto e a necessidade de não ofender o princípio basilar do pleno contraditório **(STJ-4ª. Turma, Recurso Especial n° 3.047, Ministro ATHOS CARNEIRO, j. 21.8.90, DJU 17.9.90)**.

No caso, a prova oral pretendida (depoimento pessoal das autoras e oitiva de testemunhas) era mesmo dispensável, na medida em que os documentos coligidos para os autos são suficientes para a solução da causa. Além disso, como

Acesso ao Sumário

se verá adiante, o fato que a ré supostamente pretendia elucidar com a realização da audiência de instrução em nada lhe aproveitaria, pois absolutamente inidôneo para afastar sua responsabilidade frente o incontroverso inadimplemento parcial do preço devido às autoras.

Outrossim, não colhe o pretendido reconhecimento de nulidade do processo pelo indeferimento da denunciação da lide.

É que, nos termos do art. 70 do CPC de 1973, com redação aplicável ao caso, "*A denunciação da lide torna-se obrigatória na hipótese de perda do direito de regresso prevista nos incisos I e II do art. 70/CPC, não se fazendo presente essa obrigatoriedade no caso do inciso III do mesmo dispositivo, onde tal direito permanece íntegro*" **(STJ, REsp 151.671/PR, Rel. Min. Francisco Peçanha Martins, 2a Turma, jul. 16.03.2000, DJ 02.05.2000)**.

Com efeito, como também já decidiu o C. Superior Tribunal de Justiça, "*A denunciação da lide só é obrigatória em relação ao denunciante que, não denunciando, perderá o direito de regresso, mas não está obrigado o julgador a processá-la, se concluir que a tramitação de duas ações em uma só onerará em demasia uma das partes, ferindo os princípios da economia e da celeridade na prestação jurisdicional*" **(STJ, REsp 955.352/RN, Rel. Min. Eliana Calmon, 2a Turma, jul. 18.06.2009, DJe 29.06.2009).**

Assim, agiu bem o MM. Juízo *a quo* ao indeferir o pleito, para evitar que a lide secundária instaurada representasse um óbice ao pleno reconhecimento e à plena satisfação do direito das autoras, pois, não sendo hipótese de denunciação da lide obrigatória, nem se cogita da perda do eventual direito de regresso por parte da ré, que poderá exercê-lo em ação autônoma, se for o caso, sem que isso represente qualquer prejuízo.

Superada tais premissas, passa-se ao exame do mérito do recurso.

Como bem apontado pela sentença objurgada, ficou incontroverso nos autos o inadimplemento parcial do contrato. A própria ré admite na contestação - e também nas razões de recurso - que a totalidade dos produtos que adquiriu das autoras foi retirada e entregue, já estando na posse, inclusive, de terceiro, em virtude de venda.

Eventual inadimplemento do terceiro-comprador, obviamente, não tem o condão de autorizar o descumprimento do dever de pagamento do preço previamente acordado entre as partes, pois se trata de negócio estranho, não estando os contratos de compra e venda, acostados aos autos com a petição inicial, condicionados ao sucesso da revenda de interesse exclusivo da ré.

Desta forma, a evidência do descumprimento contratual por parte da apelante é incontestável e, a despeito das bem elaboradas razões de recurso deduzidas por seu patrono, em nada lhe socorre a tese de que "*a retirada de parte desse material se deu sem a realização dos pagamentos correspondentes, na forma contratual prevista, única e exclusivamente, em razão da justificada*

pressa das Apeladas para liberar os terminais, sem o que sequer existiria, por evidente, qualquer saldo negativo a ser apurado" (fls. 1.762).

De acordo com a cláusula nº 6.1, comum a todos os contratos objeto de discussão, "*A COMPRADORA deverá pagar os Preços para a VENDEDORA à vista (antecipado), em lotes de 2.000 (duas mil) toneladas, através de TED ou Depósito Identificado na conta corrente da VENDEDORA*" (fls. 46; 53; 60; 66 e 73).

Ou seja, pela expressa previsão contratual, a retirada das mercadorias em lotes de duas mil toneladas estava condicionada ao prévio pagamento do preço pela ré. Ora, se ao longo da execução do contrato, as autoras toleraram que a ré promovesse a retirada dos lotes de mercadorias sem que houvesse o pagamento antecipado é porque confiaram que haveria o adimplemento da contraprestação.

A própria ré admite que as autoras

"*ainda que contassem com uma condição contratual específica e vantajosa, frente à Ré, já que entre elas acordada a retirada dos resíduos em apreço apenas e na medida dos pagamentos correspondentes, lote a lote, abriram mão dessa condição, determinando a continuidade da operação mesmo sem a realização dos pagamentos respectivos, e permitindo a entrega, inclusive de forma direta, da totalidade do material retirado à Floralco, sendo esta, indubitavelmente, a causa preponderante da existência do saldo negativo que é reclamado nesta ação, gerado apenas a partir do momento em que dispensado o pagamento escalonado, na forma contratada*" (fls. 1.738).

A tolerância das autoras, à evidência, não pode ser utilizada em seu desfavor, como causa ou justificativa para o inadimplemento confessado da ré, sob pena, inclusive, de violação à boa-fé objetiva, que as partes são obrigadas a guardar tanto na conclusão quanto na execução do contrato (art. 422 do Código Civil).

Seguindo o estudo das categorias relativas à boa-fé objetiva, merece destaque o instituto da *supressio*, que, segundo leciona Flávio Tartuce, "*significa a supressão, por renúncia tácita, de um direito ou de uma posição jurídica, pelo seu não exercício com o passar dos tempos. O seu sentido pode ser notado pela leitura do art. 330 do CC/2002, que adota o conceito, eis que 'o pagamento reiteradamente feito em outro local faz presumir renúncia do credor relativamente ao previsto no contrato'. Assim, caso tenha sido previsto no instrumento obrigacional o benefício da obrigação portável (cujo pagamento deve ser efetuado no domicílio do credor), e tendo o devedor o costume de pagar no seu próprio domicílio de forma reiterada, sem qualquer manifestação do credor, a obrigação passará a ser considerada quesível (aquela cujo pagamento deve ocorrer no domicílio do devedor)*" (118/119).

Tal raciocínio é aplicável ao caso. A renúncia tácita das autoras a receber o pagamento adiantado do preço provocou uma modificação nas bases do negócio (*supressio*), dando ensejo à possibilidade de retirada das mercadorias

Acesso ao Sumário

pela ré sem o prévio pagamento. A ré aderiu a essa condição, não tendo manifestado qualquer tipo de insurgência. Pelo contrário, parece que lhe foi de todo conveniente promover a retirada das mercadorias sem ter de efetuar previamente o depósito do preço.

Porém, ainda que tenha havido tal modificação nas posições jurídicas originalmente contratadas, tal fato não autoriza, em nenhuma medida, concluir que a ré estaria desobrigada a efetuar o pagamento.

Pelo contrário, aliás. Tanto pior é a constatação do inadimplemento em tais condições, pois agravado pelo abuso de confiança das autoras, que liberaram a retirada das mercadorias confiando que a ré efetuaria o pagamento combinado.

Daí porque a condenação da ré ao pagamento da dívida tal qual lançada na r. sentença é medida que se impõe.

Ao contrário do pretendido pela ré, os juros moratórios são devidos desde o vencimento de cada prestação, que, sendo à vista, deve tomar por base a emissão das notas fiscais, que corresponde a data da efetiva saída das mercadorias do estabelecimento das autoras, como, aliás, bem decidiu r. sentença, sendo esse também o termo inicial do cômputo da correção monetária.

A dívida em questão é líquida e certa, de modo que o inadimplemento constitui de pleno direito em mora o devedor desde a ocorrência de seu termo (mora *ex re*). O ajuizamento da ação de cobrança consiste em meio para satisfação do crédito, mas a mora já está configurada desde a data do vencimento, que se deu à vista. Isto porque, *in casu*, incide a disposição legal contida no art. 397 do Código Civil.

Assim, tratando-se de obrigações positivas e líquidas, o termo inicial dos juros moratórios é o dia do vencimento de cada uma delas, e não a data em que citado o devedor. Neste sentido, eis precedente desta Colenda Câmara:

> "*APELAÇÃO - AÇÃO DESPEJO C.C. COBRANÇA - Prejudicado o despejo - Cobrança devida - Consignação em pagamento que apenas liberou parcialmente a locatária, dada a incompletude do depósito - Recurso do locador que merece prosperar - Juros de mora devem incidir desde o vencimento - Art. 405 do Código Civil é regra geral, que se aplica subsidiariamente - No caso, a dívida é positiva e líquida, de modo que a mora ocorreu um dia após o vencimento, data a partir da qual devem incidir os juros - DADO PROVIMENTO AO RECURSO.*" **(TJSP, Ap. nº 9291082-97.2008.8.26.0000, Rel. Des. Hugo Crepaldi, j. 18-4-2012).**

Em suma, a r. sentença recorrida não merece qualquer reparo.

Ante o exposto, nega-se provimento ao recurso.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0005509-52.2013.8.26.0002, da Comarca de São Paulo, em que é apelante BANCO ITAULEASING S/A, é apelado VICENTE DE PAULO DA SILVA.

ACORDAM, em 31ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 31.204)**

O julgamento teve a participação dos Exmo. Desembargadores ADILSON DE ARAUJO (Presidente sem voto), PAULO AYROSA e ANTONIO RIGOLIN.

São Paulo, 3 de maio de 2016.

FRANCISCO CASCONI, Relator

Ementa: AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE - ARRENDAMENTO MERCANTIL - PURGAÇÃO DA MORA - ADMISSIBILIDADE - APLICAÇÃO DO CDC EM CONSONÂNCIA COM O DECRETO-LEI Nº 911/69, ART. 3º, ALTERADO PELA LEI Nº 10.931/04 - POSSIBILIDADE DE DEPÓSITO DAS PARCELAS VENCIDAS, ACRESCIDAS DOS ENCARGOS LEGAIS - LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ - NÃO CARACTERIZAÇÃO - RECURSO IMPROVIDO.

VOTO

Apelação interposta contra r. sentença de fls. 56/58, F que julgou extinta ação de reintegração de posse fundada em contrato de arrendamento mercantil, reconhecendo a purgação da mora e determinando à autora a restituição do veículo, respondendo o réu pelo pagamento de custas e despesas processuais, além de honorários advocatícios de 10% do valor da causa.

Apelo da promovente, na essência, refuta a purgação da mora na hipótese concreta diante da insuficiência dos depósitos levados a efeito, não quitada a integralidade da dívida à luz do art. 3º, §2º, do Decreto-Lei nº 911/69, insurgindo-se contra determinação de devolução do bem.

Recurso processado e contrariado, requerida condenação da financeira por litigância de má-fé.

É o breve Relatório.

Deduzido pedido reintegratório fundado em contrato de arrendamento

Acesso ao Sumário

mercantil firmado entre as partes, inadimplido pelo apelado, foi deferida a liminar (fls. 28), devidamente cumprida (fls. 36/37), aos 21.05.2013.

Citado, o apelado ingressou nos autos (fls. 41/42) afirmando purgada a mora, com o depósito das parcelas vencidas em aberto, no total de R$8.808,24, realizado em 27.05.2013 (fls. 45).

Ao analisar a pretensão, o Douto Juízo ***a quo*** proferiu decisão reconhecendo a purgação da mora mediante depósito levado a efeito e deferindo o pleito de restituição do veículo.

Ao interessante, o Colendo Superior Tribunal de Justiça já firmou entendimento no sentido de admitir a purgação da mora em contrato de arrendamento mercantil (REsp 228.625/SP, 3ª T., Rel. Min. Castro Filho, DJU 16.02.2004, dentre outros).

Corroborando este posicionamento e a despeito da vigente Lei nº 13.043/2014, a C. Corte Superior ratificou o entendimento no sentido de que a purgação da mora em contratos de arrendamento mercantil era possível mediante o pagamento das parcelas contratuais vencidas, desde que precedente à vigência da nova lei. É o que consta no elucidativo Informativo de Jurisprudência nº 0573 daquele E. Sodalício:

"*DIREITO CIVIL. PURGAÇÃO DA MORA EM CONTRATO DE ARRENDAMENTO MERCANTIL DE VEÍCULO AUTOMOTOR.*

Em contrato de arrendamento mercantil de veículo automotor - com ou sem cláusula resolutiva expressa -, a purgação da mora realizada nos termos do art. 401, I, do CC deixou de ser possível somente a partir de 14/11/2014, data de vigência da Lei 13.043/2014, que incluiu o § 15º do art. 3º do Decreto-Lei 911/1969. De fato, a Lei 6.099/1974 - que dispõe sobre o arrendamento mercantil - é omissa quanto à possibilidade de purgação da mora nesse tipo de contrato. Diante disso, a jurisprudência do STJ (REsp 228.625-SP, Terceira Turma, DJ 16/2/2004; e AgRg no REsp 329.936-SP, Quarta Turma, DJ 12/5/2003) admitia a possibilidade de purgação da mora em contrato de arrendamento mercantil, ainda que contemplasse cláusula resolutiva expressa, invocando, como base, a regra geral do CC/1916, ou a regra geral do CC/2002, ou o CDC, ou, por analogia, o disposto no art. 1.071 do CPC (nas vendas a crédito com reserva de domínio), ou o art. 3º do Decreto-Lei 911/1969, com redação anterior à Lei 10.931/2004. Diferentemente, em relação ao financiamento garantido por alienação fiduciária, os §§ 1º e 3º do art. 3º do Decreto-Lei 911/1969, em suas redações originais, garantiam ao devedor a purgação da mora, desde que observados certos limites. Contudo, com o advento da Lei 10.931/2004, alterou-se o art. 3º do Decreto-Lei 911/1969 para coibir a purgação da mora nos contratos garantidos por alienação fiduciária. Nesse contexto, o § 2º desse dispositivo passou a prever que 'No prazo do § 1º,

o devedor fiduciante poderá pagar a integralidade da dívida pendente, segundo os valores apresentados pelo credor fiduciário na inicial, hipótese na qual o bem lhe será restituído livre do ônus'. Essa modificação legislativa, inclusive, foi alvo de amplo debate no STJ, que passou a declarar o fim da purgação da mora nos contratos de financiamento com garantia de alienação fiduciária, ao firmar, para fins do art. 534-C do CPC (REsp 1.418.593-MS, Segunda Seção, DJe 27/5/2014), o seguinte entendimento: 'Nos contratos firmados na vigência da Lei 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'. Ocorre que, em 14/11/2014, entrou em vigor a Lei 13.043/2014, que incluiu o § 15º do art. 3º do Decreto-Lei 911/1969, segundo o qual as 'disposições deste artigo aplicam-se no caso de reintegração de posse de veículos referente às operações de arrendamento mercantil previstas na Lei 6.099, de 12 de setembro de 1974'. Dessa forma, estabeleceu-se, a partir de então, a aplicação das demais disposições do art. 3º do Decreto-Lei 911/1969 (direcionadas à alienação fiduciária) à reintegração de posse de veículos objeto de arrendamento mercantil. Nessa conjuntura, a Terceira Turma do STJ (REsp 1.507.239-SP, DJe 11/3/2015) estabeleceu ser aplicável ao contrato de arrendamento mercantil de bem móvel o mesmo entendimento fixado, para fins do art. 534-C do CPC, no referido REsp 1.418.593-MS. Todavia, deve-se ressaltar que, na forma do disposto nos arts. 1º, caput, 2º, caput e § 2º, da LINDB, a alteração promovida pela Lei 13.043/2014 - que coibiu a purgação da mora no contrato de arredamento mercantil de veículo automotor - somente passou a incidir a partir de 14/11/2014, data de sua publicação. Portanto, até a data da inclusão do aludido § 15º, a norma que disciplinava a purgação da mora no contrato de arrendamento mercantil de veículo automotor era a do art. 401, I, do CC/2002. REsp 1.381.832-PR, Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, julgado em 5/11/2015, DJe 24/11/2015."

Consequentemente, como bem asseverou o r. julgado, considerando a data do pagamento, anterior à Lei 13.043/2014, não há razão para reforma de entendimento de que purgação da mora na hipótese restou caracterizada com o depósito das parcelas vencidas, logo após cumprida a liminar, cujo valor sequer foi impugnado pela interessada.

De igual forma, inexiste razão hábil a afastar devolução do veículo determinada.

É o quanto basta para solução integral do apelo diante da devolutividade, íntegro, no mais, o resultado imposto na origem por seus bem lançados fundamentos.

Por derradeiro, descabida aplicação de multa por litigância de má-fé como

Acesso ao Sumário

ventilado, pois a sanção, como medida extraordinária, não se confunde com a defesa de direito que a parte entende legítimo, dentro dos limites do ponderável, ausente dolo ou culpa processual.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0014046-91.2009.8.26.0482, da Comarca de Presidente Prudente, em que é apelante CONSTRINVEST CONSTRUTORA E COMÉRCIO LTDA., é apelado DANISCO DO BRASIL LTDA.

ACORDAM, em 32ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 05.119)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores CAIO MARCELO MENDES DE OLIVEIRA (Presidente), RUY COPPOLA E KIOITSI CHICUTA.

São Paulo, 5 de maio de 2016.

CAIO MARCELO MENDES DE OLIVEIRA, Relator

Ementa: PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS - Contrato de empreitada - Ação de obrigação de fazer julgada procedente - Ofensa à ampla defesa e ao contraditório em razão da inversão da ordem de juntada dos memoriais - Inocorrência - Inteligência do artigo 454, § 3º, do CPC, tendo o D. Juízo *a quo* concedido prazo comum às partes para apresentação de memoriais - Decadência - Inocorrência - Prazo quinquenal do artigo 618 do Código Civil que é somente de garantia - Pretensão de correção dos vícios construtivos - Prazo prescricional decenal (art. 205, Código Civil) - Precedentes jurisprudenciais - Relação de consumo não caracterizada - Laudo pericial que demonstra que o piso executado não possui a resistência necessária para aturar as cargas atuantes - Recurso improvido.

Acesso ao Sumário

VOTO

Sentença proferida a fls. 332/335, seguida de embargos declaratórios rejeitados, aplicou ao caso as regras previstas no Código de Defesa do Consumidor e julgou procedente ação de obrigação de fazer baseada em contrato de empreitada, para condenar a ré a realizar as obras de reparação das juntas, efetuar reforços estruturais e tratamento de aterro na base de apoio do piso, bem como reparar os recalques da face externa do TI Pilot Plant, extensão do Armazém de Produto Final, observando-se a conclusão do laudo pericial (demolição total do piso de concreto e sua reconstrução, com controle tecnológico do aterro e compactação, assim como a execução do piso industrial de acordo com as cargas atenuantes), fixando o prazo de 90 dias para início da obra, sob pena de multa diária de R$ 2.000,00, concedendo a antecipação de tutela. Em razão da sucumbência, condenou a vencida ao pagamento de despesas processuais e honorários advocatícios fixados em 20% sobre o valor da causa.

Recorre a vencida pretendendo a anulação de todos os atos processuais posteriores aos memoriais finais, que tiveram sua ordem invertida, contrariando o disposto no art. 454, § 3º, do CPC, em ofensa à ampla defesa e ao contraditório.

Ainda segundo a recorrente, o Código de Defesa do Consumidor não seria aplicável ao caso, uma vez que os serviços prestados para "ampliação do depósito de matéria prima com fábrica piloto" tiveram o escopo de implementar a atividade industrial da apelada, o que não configura relação de consumo, uma vez que esta não era a destinatária final do serviço, sendo evidente que, com a obra, procurou aumentar sua produtividade. Aponta, ainda, que no caso em tela inexiste "a vulnerabilidade técnica, jurídica ou econômica" da apelada, pois, quando da prestação dos serviços, esta possuía departamento de engenharia para acompanhamento e medição dos serviços.

Prossegue afirmando que, por não se tratar de relação de consumo e por ter a ação cunho obrigacional, seria inaplicável o artigo 27 do Código de Defesa do Consumidor ao caso, pois não se cuida de prazo prescricional de 5 anos, mas de prazo decadencial que decorre do artigo 618, parágrafo único, do Código Civil, devendo a ação ser extinta, nos termos do artigo 269, IV, do Código de Processo Civil.

Argumenta que, ainda que se aplique o disposto no artigo 445, § 1º, do Código Civil, o prazo decadencial claramente teria se esgotado, uma vez que a apelada realizou perícia em 15.02.2008 e a distribuição da ação ocorreu em 10.06.2009.

Defende que, ao contrário do entendimento esposado na sentença, o laudo pericial apresentado pelo expert do Juízo aponta pela improcedência da demanda, pois comprova que os serviços foram prestados na forma determinada pela recorrida e seu departamento de engenharia que à época era chefiado

Acesso ao Sumário

pelo engenheiro Marco Antonio Olivetto, o qual declara, em *curriculum vitae* disponível em rede social na internet, ter trabalhado na empresa agravada, como Gerente de PMO - Engenharia e Projetos na empresa agravada, entre outubro/2000 e outubro/2005, e ser o responsável pelo desenvolvimento e implantação do projeto de engenharia de fábrica piloto de peticinas.

Por fim, anota que foi contratada apenas para executar o serviço e não para elaborar o projeto, tendo cumprido exatamente o determinado pelo departamento de engenharia da apelada, não podendo prever a alteração de destinação da edificação ou carga a ser armazenada no local, sendo que as provas constantes nos autos afastam qualquer tipo de erro construtivo.

Subsidiariamente, em caso de manutenção da sentença, pugna pela redução da multa diária arbitrada, por considerar que valor de R$ 2.000,00 é excessivo e desproporcional.

Recurso tempestivo, preparado, recebido no efeito meramente devolutivo e contrariado.

Através da decisão de fls. 504, foi deferido efeito suspensivo ao recurso.

É o relatório.

De nulidade não se cogita.

Dispunha o § 3º do art. 454 do CPC/73, vigente à época, que "quando a causa apresentar questões complexas de fato ou de direito, o debate oral poderá ser substituído por memoriais, caso em que o juiz designará dia e hora para o seu oferecimento". Logo, competia ao magistrado designar a data para oferecimento das alegações finais, atento às circunstâncias do caso.

E, na hipótese dos autos, através do despacho proferido a fls. 307, o D. Juízo *a quo* facultou às partes o prazo comum de 10 dias, para apresentação de alegações finais em memoriais, autorizando a divisão do prazo apenas para viabilizar a retirada dos autos de cartório.

Sendo assim, não se verifica qualquer ofensa à ordem processual, nem qualquer prejuízo a ensejar nulidade, anotando que os dois memoriais registram protocolo em 08.05.2013.

Acesso ao Sumário

No mesmo sentido, o seguinte precedente deste E. Tribunal de Justiça:

Ação de indenização por danos morais julgada improcedente. Apelação da autora. Irresignação improcedente. **Preliminar de ofensa ao devido processo legal e ao contraditório. Alegado desrespeito à ordem do art. 454, caput, do CPC na fixação de prazo para entrega dos memoriais. Hipótese, porém, em que se aplica o §3º do dispositivo, cabendo ao juiz estabelecer o prazo. Ausência de prejuízo. Preliminar afastada.** Travamento de porta giratória em agência bancária. Autora impedida de entrar com sua cliente. Ato ilícito não configurado. Mero dissabor que

não enseja dano moral. Sentença correta. Recurso desprovido. (Grifado - Apelação nº 0004241-76.2008.8.26.0506, Rel. Mary Grün, J. 2.9.2014)

Pois bem.

Emerge dos autos que, em 10.02.2005, as partes firmaram "contrato de prestação de serviços", através do qual a apelante (empreiteira - contratada) se obrigou a fornecer mão-de-obra especializada e materiais necessários, para executar, nas dependências da apelada, a prestação de serviços relacionados a "Execução Civil para Ampliação do Armazém", referente ao "Projeto DBRP-E021, Internal Order 2005335" e a construção da "Planta Piloto de Peticina", referente ao "Projeto DBRP-TI001, Internal Order 2005334", sob o orçamento consolidado com Projeto Executivo, Memorial Descritivo e Planilha Quantitativa, que ora enviado pela CONTRATADA. (fls. 51/54).

Alegando a existência de vícios, inicialmente ocultos, que comprometeram a segurança e solidez da obra, a apelada ajuizou ação de obrigação de fazer contra a apelante, para que esta fosse obrigada a realizar as obras de reparação das juntas, reforços estruturais e tratamento de aterro na base de apoio do piso, bem como reparar os recalques na face externa do T1 Pilot Plant.

Os documentos de fls. 68/71 comprovam que os vícios construtivos foram conhecidos em 15.2.2008 (data do laudo de fls. 55/61), tendo esta ação sido distribuída em 9.6.2009 (conforme chancela de fls. 02).

Observa-se que após o conhecimento dos defeitos construtivos pela apelada (contratante), extrajudicialmente ocorreram tratativas entre as partes visando solucionar os defeitos e, apenas em 16.03.2009, a apelante (empreiteira) se negou a providenciar os reparos, comunicando que "a obra fora devidamente realizada dentro dos padrões técnicos de qualidade e eficiência que a CONSTRINVEST busca na prestação de serviços de construção".

Daí, não há falar em decadência ou prescrição, sendo pertinente lembrar o que este E. Tribunal de Justiça, quando do julgamento do recurso de apelação nº 3000540-26.2012.8.26.0309, em 22.5.2015, sob a relatoria do Des. Carlos Alberto de Sales, enfocando esse tema, expressou:

"O prazo quinquenal do artigo 618 do Código Civil é tão somente de garantia, ou seja, prazo em que o empreiteiro responde independentemente de culpa pelos riscos à solidez e segurança da obra:

Após longos anos de debate, doutrina e jurisprudência concluíram que o prazo de cinco anos previsto no caput *do art. 1.245 [atual art. 618] não era nem de prescrição, nem de decadência. Tratava-se de simples prazo de garantia, ou seja, em se verificando o defeito naquele prazo, não caberia qualquer discussão de culpa do empreiteiro que teria a responsabilidade civil decorrente. Assim, o art. 1.245 trazia prazo de cobertura para o risco da ruína e não disciplinava o prazo para exercício*

Acesso ao Sumário

da ação. (SIMÃO, José Fernando. *Prescrição e Decadência: início dos prazos*, São Paulo: Altas, 2013, p. 267).

Já o parágrafo único do artigo 618 dispõe tão somente de prazo decadencial para o exercício do direito referente à garantia, e não toda e qualquer pretensão fundada na má execução de obra, como é o caso da presente ação, pretensão à reparação dos vícios construtivos. Nesse sentido:

Com relação ao prazo de 180 dias, entendemos que o 'direito assegurado' no parágrafo único e que está sujeito à decadência não poderá dizer respeito à tutela condenatória de reparação de danos. Correta a doutrina que afirma que o prazo será aquele para a desconstituição do contrato (seja isto considerado redibição ou rescisão), bem como para o pleito de abatimento do preço (e o prazo também é decadencial em analogia à matéria dos vícios ocultos tratada no art. 445 do Código de 2002). *(SIMÃO, ob. cit., p. 271).*

Pelo mesmo fundamento deve ser afastada a alegação acerca do prazo decadencial do artigo 445, *caput* e §1º, do Código Civil:

'*o adquirente decai do direito de obter a redibição ou abatimento do preço no prazo de (...) um ano se for imóvel. (...) Quando o vício, por sua natureza, só puder ser conhecido mais tarde, o prazo contar-se-á do momento em que dele tiver ciência, até o prazo máximo (...) de um ano, para os imóveis*'.

Esse prazo decadencial atinge tão somente o direito de redibição (rescisão do contrato) ou de abatimento do preço.

No presente caso, não se pleiteia qualquer rescisão contratual ou redução no preço do imóvel. Pretende o apelante tão somente a condenação das apeladas à correção dos vícios construtivos alegados. Nesses termos, trata-se de pretensão reparatória, cujo prazo prescricional é decenal, nos termos do caput do artigo 205 do Código Civil e de entendimento adaptado da Súmula 194 do E. Superior Tribunal de Justiça"

Referido julgado foi assim ementado:

"VÍCIOS CONSTRUTIVOS. PRESCRIÇÃO E DECADÊNCIA. CONSTATAÇÃO EM PERÍCIA. Insurgência contra sentença de improcedência. Sentença reformada. Decadência. Não configuração. Prazo quinquenal do artigo 618 do Código Civil que é somente de garantia. Parágrafo único do mesmo dispositivo estabelece prazo decadencial do exercício do direito à garantia, isto é, para redibição, rescisão do contrato de empreitada ou abatimento do preço. Pretensão exclusivamente à correção dos vícios construtivos. Prescrição. Não ocorrência. Inteligência do artigo 2.038 do CC. Prazo prescricional decenal (art. 205, CC), conforme entendimento adaptado da Súmula 194 do STJ. Recurso provido"

Acesso ao Sumário

Esse também é o entendimento do C. STJ:

RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO CONSTRUTOR. CONTRATO DE EMPREITADA INTEGRAL. POSSIBILIDADE DE RESPONSABILIZAÇÃO DO CONSTRUTOR PELA SOLIDEZ E SEGURANÇA DA OBRA COM BASE NO ART. 1.056 DO CCB/16 (ART. 389 CCB/02). AÇÃO INDENIZATÓRIA. PRESCRIÇÃO. INOCORRÊNCIA.

1. Controvérsia em torno do prazo para o exercício da pretensão indenizatória contra o construtor por danos relativos à solidez e segurança da obra.

2. **Possibilidade de responsabilização do construtor pela fragilidade da obra, com fundamento tanto no art. 1.245 do CCB/16 (art. 618 CCB/02), em que a sua responsabilidade é presumida, ou com fundamento no art. 1.056 do CCB/16 (art. 389 CCB/02), em que se faz necessária a comprovação do ilícito contratual, consistente na má-execução da obra. Enunciado 181 da III Jornada de Direito Civil.**

3. Na primeira hipótese, a prescrição era vintenária na vigência do CCB/16 (cf. Sumula 194/STJ), passando o prazo a ser decadencial de 180 dias por força do disposto no parágrafo único do art. 618 do CC/2002.

4. Na segunda hipótese, a prescrição, que era vintenária na vigência do CCB/16, passou a ser decenal na vigência do CCB/02. Precedente desta Turma.

5. O termo inicial da prescrição é a data do conhecimento das falhas construtivas, sendo que a ação fundada no art. 1.245 do CCB/16 (art. 618 CCB/02) somente é cabível se o vício surgir no prazo de cinco anos da entrega da obra.

6. Inocorrência de prescrição ou decadência no caso concreto.

7. Recurso especial da ré prejudicado (pedido de majoração de honorários advocatícios).

8. RECURSO ESPECIAL DA AUTORA PROVIDO, PREJUDICADO O RECURSO ESPECIAL DA RÉ. (grifado - REsp nº 1.290.383, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, J. 11.2.2014)

Com efeito, respeitado o entendimento da D. Juíza *a quo*, inexiste, na espécie, relação de consumo a justificar a aplicação das regras previstas no Código de Defesa do Consumidor.

Isto porque a obra contratada tinha como escopo a ampliação de armazém que integra a cadeia produtiva da apelada - "Danisco do Brasil Ltda.". Ou seja, a obra visava o incremento da atividade industrial da contratante, que não figura como destinatária final.

Acesso ao Sumário

Analisando questão semelhante, este E. Tribunal de Justiça, quando do julgamento da Apelação nº 992.07.021442-4 sob a relatoria do Des. Pereira Calças, em 5.5.2010, assim expressou:

> "...a relação entre as partes, evidentemente, não era relação de consumo. Trata-se de contratação de serviços para realização de obra industrial (instalação de sistema de peneiramento e transporte de cavacos), feita entre empresas profissionais...
>
> Evidentemente, a unidade construída visa o desenvolvimento das atividades da RIPASA, integrando sua cadeia produtiva, sendo impensável qualificá-la como consumidora.
>
> Oportuno ressaltar que o Superior Tribunal de Justiça já consagrou a adoção da teoria finalista para aplicação do Código de Defesa do Consumidor. São em casos como esse, diante De relação nitidamente comercial, onde há razoável equilíbrio entre as partes e até mesmo eventual fragilidade do prestador do serviço que a teoria maximalista demonstra sua fragilidade prática, sendo socialmente contraproducente e teleologicamente equivocado conferir a proteção consumerista à empresa tomadora de serviço para construção de unidade industrial..."
>
> Mencionado julgado foi assim ementado:
>
> "Prestação de serviços. Ação indenizatória. Contrato de empreitada para construção de unidade industrial, com obra gerenciada pela contratante. Relação de consumo não caracterizada. Julgamento antecipado da lide. Não cabimento. Sentença anulada. Recurso provido."

A inaplicabilidade, ao caso, das regras do Código do Consumidor, contudo, não autoriza a alteração do resultado de procedência da demanda, ante a prova pericial produzida.

Extrai-se do laudo pericial elaborado por perita de confiança do Juízo (fls. 235/260) que:

> "o piso conforme foi executado suporta até 47,5 KN/m², podendo ser utilizado como Laboratório, porém não tem a resistência necessária para suportar as cargas atuantes dos montantes das prateleiras metálicas, com produtos de estocagem, assim como as empilhadeiras"

Tendo concluído que:

> "as anomalias ocorreram devido ao piso especificado de concreto de fck20Mpa, armado com tela Telcon q-138, polido, na espessura de 15 cm, não suportar as cargas atuantes, oriundas da estocagem das montantes das prateleiras fixadas diretamente sobre o piso, a ainda, ao transporte das empilhadeiras.
>
> Anomalias constatadas 'In Loco':

Acesso ao Sumário

Trincas e rachaduras longitudinais e transversais no piso de concreto.

Recalque visível do piso de concreto.

Caso a finalidade desta ampliação, seja continuar a estocagem de materiais, faz-se necessário a demolição total do piso de concreto e sua reconstrução, com controle tecnológico do aterro e compactação, assim como a execução do piso industrial de acordo com as cargas atuantes".

Anexo ao laudo pericial há o "cálculo do piso de concreto", firmado pelo Engenheiro Jones Betone, que, em introdução, anotou:

"...Segundo a NBR 6118, dependendo do porte da construção e da agressividade do meio e de posse das informações dos projetos, dos materiais e dos produtos utilizados e da execução da obra, deve ser produzido por profissional habilitado, devidamente contratado pelo contratante, um manual de utilização, inspeção e manutenção. Esse manual deve especificar de forma clara e sucinta, os requisitos básicos para a utilização e a manutenção preventiva necessárias para garantir a vida útil prevista para a estrutura. No presente relatório, utilizou-se um valor estimado de coeficiente de recalque, pois não foi apresentado nenhum tipo de ensaio para uma determinação mais precisa"

E, ao final, conclui:

"Conclui-se também que para as cargas que se encontram atualmente no local, oriundas de montantes de prateleiras, o piso não tem resistência suficiente, pois a tensão atuante das montantes (3,01 Mpa) é superior a tensão admissível (2,25 Mpa), além da armadura atual (1,38 cm^2/m) ser menor que a armadura necessária (2,24 cm^2/m). No caso de empilhadeiras, também se verifica a armadura necessária (1,75 cm^2/m) menor que a existente (1,38cm^2/m)"

A apelante não logrou êxito em comprovar que a utilização daquele tipo de concreto para o piso teria sido exigência da contratante.

Pela análise detida do memorial descritivo e da planilha quantitativa de fls. 58/67, percebe-se que a apelante (contratada) foi a responsável pelos projetos arquitetônico, estrutural e estrutural-metálica. Aliás, por tais serviços, cobrou preço (fls. 66-verso), o que é contrário a alegação da apelante de que não seria a responsável pela elaboração do projeto.

Não bastasse isso, a cláusula 1.1 do contrato firmado entre as partes expressa que o memorial descritivo teria sido enviado "pela **CONTRATADA**" (sic), em 28.12.2004.

Destaque-se que a apelada, em réplica, afirmou que a contratada foi a responsável pela entrega do memorial descritivo (fls. 118).

Acesso ao Sumário

O contrato expressamente previa que os serviços contratados se destinavam a ampliação de armazém, o que traz a ideia de estocagem, armazenamento.

Contudo, a perícia técnica afirmou que o piso executado (em concreto fck20Mpa, armado com tela Telcon q-138, polido, na espessura de 15 cm) possui resistência suficiente para Laboratório, o que foge do resultado esperado pela contratante (ampliação de armazém).

Não é demais lembrar que a qualidade estrutural de uma obra depende de informações claras e precisas acerca de sua destinação e utilização, o que deveria ter sido buscado pela empreiteira, dentro da boa-fé contratual, não podendo pretender se eximir da responsabilidade sob a alegação de que "não há em lugar algum informação sobre a destinação, uso ou para qual instalação referida obra serviria".

Necessário destacar, ainda, que as conclusões periciais foram alcançadas através da utilização de "um valor estimado de coeficiente de recalque, pois não foi apresentado nenhum tipo de ensaio para uma determinação mais precisa".

Logo, o apelante também não se desincumbiu do seu ônus de comprovar que a compactação do solo foi realizada de maneira a oferecer a resistência adequada à fundação.

Assim, de rigor a manutenção da sentença de procedência que assim expressou:

> "...a autora provou os fatos constitutivos do seu direito, tendo a requerida o ônus da prova quanto aos fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do autor, nos termos do artigo 333, II, do Código de Processo Civil.
>
> Com efeito, por meio de prova pericial, resultaram evidenciados os vícios de construção que ocorreram de forma permanente e contínua, que se não realizadas as devidas correções, ou anulações de suas origens, a construção de ampliação do galpão se torna imprópria à finalidade para qual foi contratada...
>
> quanto à compactação da obra e correspondente teste de compactação, o ônus da prova é da requerida, e, nenhuma prova fez em contrário...
>
> se a contratação se deu para ampliação de galpão para depósito de materiais, deveriam ter sido atendidas as mesmas especificações da construção já existente e a construtora ter conhecimento necessário para ampliação do galpão atender às necessidades do contratante...
>
> A construção para ampliação do galpão se deu para armazenagem e estocagem da empresa requerente. Deveria a requerida ter conhecimento da necessidade de realização de manual de utilização, inspeção e manutenção, para finalidade buscada pela autora para ampliação do galpão

Acesso ao Sumário

inclusive com a utilização e circulação de empilhadeiras elétricas...”

Mantém-se, portanto, a condenação da apelante a realizar as obras de reparação das juntas, efetuar reforços estruturais e tratamento de aterro na base de apoio do piso, bem como reparar os recalques na face externa do T1 Pilot Plant, extensão do Armazém de Produto Final, conforme conclusão do laudo pericial.

Por estas razões, meu voto nega provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1071719-65.2013.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que são apelantes SERGIO CAMARGO CIAMPAGLIA, ANDRE CIAMPAGLIA e CARLOS GILBERTO CIAMPAGLIA ADVOGADOS ASSOCIADOS S/C, é apelado VALDEMIR CAMPELO COSTA.

ACORDAM, em 30ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: “Negaram provimento ao recurso. V.U.”, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 26.894)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ANDRADE NETO (Presidente) e MARCOS RAMOS.

São Paulo, 11 de maio de 2016.

CARLOS RUSSO, Relator

Ementa: RESPONSABILIDADE CIVIL. Abuso perpetrado por advogados, com indevida retenção de valores, que cabia destinar a cliente, vitorioso em demanda judicial. Abordagens, constitutiva negativa (resolução do vínculo contratual) e reparatória (devolução de valores e composição por dano moral). Juízo de parcial procedência. Apelo dos réus. Desprovimento.

VOTO

RELATÓRIO

Abuso atribuído a advogados, excedendo limites de mandato, com impróprio recebimento de valores em demanda trabalhista e indevida retenção do respectivo numerário, abordagens, constitutiva negativa e reparatória, juízo

Acesso ao Sumário

de parcial procedência (fls. 777/783 e fls. 804/806), apelam os réus, renovando argumentos, em sede preliminar (ilegitimidade passiva de advogados, convocados em litisconsórcio). No mérito, batem-se pela improcedência. Residualmente, para que os valores, a que fazem *jus*, sejam devidamente atualizados, com juros e correção monetária.

Resposta recursal, a fls. 850/867.

FUNDAMENTAÇÃO

Conduta abusiva, com apropriação de valores de constituinte (autor), levantados em ação trabalhista, sem poderes para tanto, adstritos à cláusula *ad judicia*, evidentemente condenável a conduta dos réus, apelantes, bem convocados em litisconsórcio, posto que os réus, advogados, compondo o escritório contratado, fizeram atuar diretamente no processo de origem (reclamação trabalhista), assim concorrendo para o ilícito aqui cogitado.

Proceder manifestamente ilegal, sabido que a remuneração havia que receber proporcionalmente, tomando alíquota contratada, e, ademais, sem autorização para levantamento direto (ausência de poderes para receber e dar quitação), os réus, dando causa à resolução do vínculo, devem restituir valores, tal como disciplinou a sentença, descontados dois terços de vinte por cento, medida que remunera a respectiva honorária, e esse percentual, também a extrair de depósitos supervenientes na ação trabalhista, fazendo repercutir sobre valores atualizados (datas dos respectivos levantamentos, naquele foro), assim não cabe aqui sobrepor qualquer forma de atualização.

Desvio grave, inclusive do ponto de vista ético (não cabe reter, *moto proprio*, à margem da jurisdição, valores pertencentes ao cliente, como forma de garantir ou amortizar o pagamento de honorária advocatícia), a composição por dano moral fez-se corolário lógico, com arbitramento equânime, à base de quinze mil reais.

DISPOSITIVO

Do exposto, pelo meu voto, **nego provimento ao recurso**.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 4000258-39.2013.8.26.0663, da Comarca de Votorantim, em que é apelante PST ELETRONICA LTDA., é apelado ARGEMIRO GONÇALVES FILHO (JUSTIÇA GRATUITA).

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 28ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão:

"Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 23856)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores DIMAS RUBENS FONSECA (Presidente) e CESAR LACERDA.

São Paulo, 20 de maio de 2016.

BERENICE MARCONDES CESAR, Relatora

Ementa: COMPRA E VENDA. APARELHO DE DVD AUTOMOTIVO. VÍCIO DO PRODUTO. RESPONSABILIDADE CIVIL. Inversão do ônus da prova. Possibilidade. Preenchidos os requisitos legais, em especial a verossimilhança das alegações do consumidor. Inteligência do art. 6º, VIII, do CDC. Produto encaminhado à assistência técnica indicada pela Ré dentro do prazo da garantia, sem qualquer resposta ou reparo no prazo de 30 dias estipulado pelo art. 18 do CDC. Direito do consumidor à restituição da quantia paga. Manutenção da r. sentença. RECURSO DA RÉ NÃO PROVIDO.

VOTO

Trata-se de "ação de restituição de quantia cumulada com indenização por danos morais" ajuizada por ARGEMIRO GONÇALVES FILHO contra POSITRON - PST ELETRÔNICA LTDA., julgada parcialmente procedente pela r. sentença "a quo" (*e*-fls. 85/87), cujo relatório adoto, que reconheceu a inexistência de danos morais, no entanto declarou a rescisão do contrato de consumo e condenou as Rés à restituição da quantia paga pelo produto, no valor de R$ 599,00, com incidência de correção monetária desde o desembolso e acréscimo de juros legais de mora desde a citação. Diante da sucumbência recíproca, determinou que cada qual das partes arcasse com metade das custas e despesas processuais, observada a regra do art. 12 da Lei nº 1.060/50, bem como com os honorários de seu patrono.

Inconformada com a r. sentença, a Ré interpôs recurso inominado (*e*-fls. 92/100).

O Autor apresentou contrarrazões às *e*-fls. 107/111.

O recurso foi regularmente processado.

É o relatório.

Trata-se de "recurso inominado" interposto contra r. sentença que julgou parcialmente procedente a presente ação de ressarcimento de quantia paga c.c.

Acesso ao Sumário

indenização por danos morais ajuizada por consumidor contra fabricante de aparelho de DVD automotivo.

Inicialmente, cumpre esclarecer que não obstante a vigência do CPC/2015 a partir de 18/MAR/2016, no caso em exame tem aplicação a sistemática do CPC/73, uma vez que tanto a publicação da decisão recorrida quanto a interposição do recurso ocorreram na vigência da lei revogada.

Prosseguindo para a análise recursal, há que se observar a deficiência técnica na interposição de recurso inominado contra a r. sentença, dirigida ao "conselho recursal". Todavia, considerando que foi recolhido o preparo, observado o prazo legal para interposição do recurso de apelação, e manifestada a clara intenção da parte de insurgir-se contra o conteúdo da sentença, o recurso há de ser recebido como apelação, por aplicação do princípio da instrumentalidade das formas.

Nesse sentido, precedente deste Tribunal:

"*PRINCÍPIO DA INSTRUMENTALIDADE DAS FORMAS. Ação declaratória c.c. indenizatória. Procedimento comum ordinário. Interposição de recurso inominado. Não recebimento. Requisitos de admissibilidade do recurso de apelação integralmente atendidos. Aproveitamento do ato. Possibilidade. Nada obstante seja manifesto o equívoco na interposição de recurso inominado contra sentença proferida em procedimento comum ordinário, se preenchidos integralmente os requisitos de admissibilidade do recurso de apelação, seu recebimento se impõe, pelo princípio da instrumentalidade das formas. RECURSO PROVIDO.*" (Agravo de Instrumento 2184361-02.2015.8.26.0000. Relator(a): Nelson Jorge Júnior; Comarca: São José do Rio Preto; Órgão julgador: 13ª Câmara de Direito Privado; Data do julgamento: 25/02/2016; Data de registro: 25/02/2016)

Superada a análise da admissibilidade recursal, deve-se adentrar ao cerne das questões devolvidas ao reexame do Tribunal, que consistem em: *I - nulidade da sentença por violação ao art. 458, II, do CPC/73; II - impossibilidade de inversão do ônus probatório, diante da ausência de comprovação da existência de vício do produto*.

Narrou o Autor ter adquirido em agosto de 2012 um aparelho "DVD AUTOMOTIVO 7 POSITRON", fabricado pela Ré. O produto apresentou vício dentro do prazo de garantia, fazendo com que o consumidor buscasse o serviço de assistência técnica autorizada indicado pela Ré. Em 13/MAI/2013, após percalços que culminaram em reclamação do consumidor junto ao PROCON, o produto finalmente foi recebido pelo serviço de assistência técnica, porém até a data do ajuizamento da demanda, que ocorreu em 24/JUN/2013, o produto não havia sido restituído ao Autor. Diante de tal inércia, o Autor promoveu a presente demanda, pretendendo valer-se das prerrogativas a ele conferidas pelo

Acesso ao Sumário

art. 18, § 1º, do CDC, especificamente a restituição da quantia paga. Requereu ainda o arbitramento de indenização pelos danos morais sofridos.

A r. sentença negou o direito à reparação por danos morais, porém reconheceu o direito do Autor à restituição da quantia paga, o que gerou o inconformismo da Ré manifestado por meio do presente recurso, suscitando as questões já explicitadas.

No que tange à pretensão de reconhecimento da nulidade da r. sentença por violação do art. 458, II, do CPC/73, então vigente, o recurso não merece acolhimento. O dispositivo, mantido pelo art. 489 do CPC/2015, indica como requisito essencial (elemento essencial, na nova redação) da sentença a indicação dos fundamentos, em que o juiz analisa as questões de fato e de direito.

A simples leitura da sentença demonstra o atendimento da exigência legal, uma vez que o "decisum" considerou em seus fundamentos tanto as circunstâncias fáticas (reclamação quanto ao vício dentro do prazo de garantia, encaminhamento do produto ao serviço de assistência técnica e ausência de devolução do produto devidamente reparado ao consumidor) quanto as jurídicas (comando do art. 18, § 1º, II, do CDC) delineadas no caso em exame.

No que se refere ao reconhecimento da impossibilidade de inversão do ônus probatório, o recurso também não comporta provimento.

O argumento da Ré é que não estaria autorizada a inversão do ônus porque o Autor não comprovou o defeito do produto ou a prestação do serviço de assistência técnica, inexistindo lastro probatório mínimo para o atendimento da pretensão do Autor.

Com efeito, tratando-se de relação de consumo, o art. 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor permite a inversão do ônus probatório como instrumento de facilitação da defesa do consumidor em Juízo, mas tal dispositivo não revogou a regra geral do art. 333 do CPC, e deve ocorrer quando for "*verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiência*".

Assim, de fato a regra de julgamento não pode ser aplicada indiscriminadamente, e para que ocorra a inversão do ônus da prova é necessário que estejam presentes as circunstâncias concretas para a facilitação da defesa dos direitos do consumidor. (-verossimilhança e hipossuficiência-).

Para Sergio Cavalieri Filho[1], verossímil é aquilo que aparenta ser a expressão da verdade real que resulta de uma situação fática com base naquilo que normalmente acontece. Contudo, a doutrina entende que não se afigura admissível a inversão do ônus probatório com fundamento em verossimilhança da alegação se não se tem pelo menos uma prova indireta (indício) da qual se possa inferir que provavelmente é verdadeira a alegação do consumidor.

1 CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de Direito do Consumidor*. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2011.

Acesso ao Sumário

Nas palavras do juiz e professor da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, André Gustavo C. de Andrade[2], "*o juízo de verossimilhança é formado, portanto, a partir da prova indiciária, que possibilita ao juiz realizar uma associação entre dois fatos: um comprovado (o fato indiciário) e outro apenas alegado (o fato constitutivo do direito do consumidor). A prova do primeiro permite a ilação ou presunção de que o último também ocorreu, por lhe ser consequência ordinária. Há, em tal caso, simples praesumptio hominis realizada pelo julgador. Mas sem esse indício mínimo, não há de onde extrair a verossimilhança da alegação.*"

Já em relação ao segundo critério, hipossuficiente é, genericamente, o consumidor que se encontra, concretamente, em posição de manifesta inferioridade perante o fornecedor e que, por razões de ordem econômica, social, cultural (dentre outras), tivesse grandes dificuldades de comprovar a veracidade de suas alegações.

Assim, a hipossuficiência seria, portanto, condição aferível apenas dentro de uma relação de consumo concreta, na qual estivesse configurada situação de flagrante desequilíbrio, em detrimento do consumidor, de quem não seria razoável exigir, por extremamente dificultosa, a comprovação da veracidade do fato constitutivo de seu direito.

No que diz respeito à questão da cumulatividade ou não destes pressupostos, Sergio Cavalieri Filho[3] afirma que "*hoje a questão está pacificada no sentido da alternatividade. (...) No caso de verossimilhança, não há dúvida quanto à dispensabilidade de qualquer outro requisito. O mesmo já não ocorre, entretanto, com a hipossuficiência. Em nosso entender, não bastará que alguém alegue a ocorrência de um fato inverossímil, sem nenhuma probabilidade de ser verdadeiro, e mesmo assim tenha o ônus da prova invertido em seu favor por ser hipossuficiente*." Ensina ainda que "*caberá ao juiz avaliar a situação concreta antes de deferir a inversão, tendo em vista que o CDC não dispensa o consumidor de produzir provas em juízo*".

Ocorre que no caso em tela, ao contrário do que a Ré pretendeu afirmar, afiguram-se presentes os requisitos para a inversão do ônus probatório em favor do Autor.

Em primeiro lugar, é preciso ressaltar que a pretensão do Autor está fundada não somente na existência de vício no produto, mas principalmente na inércia da Ré, fornecedora do produto, em sanar o vício dentro do prazo previsto na legislação consumerista, razão pela qual a sua pretensão é de restituição da quantia paga pelo bem de consumo.

Acesso ao Sumário

2 ANDRADE, André Gustavo C. de. *A Inversão do ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor - o momento em que se opera a inversão e outras questões.*

3 CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de Direito do Consumidor.* 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 352.

Assim, o ônus probatório que incumbia ao Autor seria a demonstração da existência do vício e da inércia da Ré quanto à sua sanação, fatos constitutivos de seu direito.

A prova documental acostada aos autos demonstrou que o Autor formulou reclamação junto ao PROCON (*e*-fls. 23/24) dentro do prazo de garantia, respondida pela Ré (*e*-fls. 25/26). Demonstrou ainda, ao contrário do que alegou a Ré, que o produto foi encaminhado à assistência técnica indicada pela Ré em sua própria resposta no dia 13/MAI/2013 (*e*-fls. 27).

Ora, se o consumidor demonstrou o encaminhamento do produto à assistência técnica, revela-se presente a presença de indícios em seu favor, bem como a verossimilhança de suas alegações, o que autoriza a inversão do ônus probatório para que não recaia sobre ele o ônus de demonstrar a existência do vício, facilitando a defesa de seus direitos em juízo.

À Ré, ademais, para se desvencilhar de restituir a quantia paga pelo consumidor, incumbia o ônus de comprovar a sanação do vício dentro do prazo legal, prova que poderia ser produzida apenas por ela, mas não o fez.

Diante desse quadro, prevalece a conclusão da r. sentença no sentido de que o vício não foi sanado dentro do prazo legal, autorizando a devolução da quantia desembolsada pelo consumidor.

Diante do exposto, **CONHEÇO** e **NEGO PROVIMENTO** ao recurso de apelação interposto pela Ré, ficando mantida a r. sentença tal como proferida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1054510-49.2014.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que são apelantes ALANE OLIVEIRA ANDRADE MELO, ALINE RANIELY ALVES DE OLIVEIRA, CLEBER PAULO ZEMOLIN, ALVÂNIO TORRES DOS SANTOS, ANDRÉ LUIS MARSON, CLÁISON LUÍS LOMBARDI, EVA POZAROWSKI DE CAMARGO VILLAR, FABIANA FERREIRA DE FRANÇA PULINI, FERNANDO GOMES DE MACEDO, FLÁVIO TAKAO MIYASHITA, HERBERT DA SILVA OLIVEIRA, JÔNATAS GUERZONI FILHO, JULIANA TANAKA OBARA, GIOVANNA MAZETTO CAMPOS DO NASCIMENTO, REINALDO MOLINARI BARBOSA, MARCELO LUIZ GONÇALVES, MARCOS FERNANDO MENDES SANTOS, MATEUS ARANTES SPERANDIO, PAULO CESAR VILELA TERCETTI, PEDRO HENRIQUE ROCHA JUNQUEIRA LEITE, PRISCILLA ARAÚJO DE LIMA, ROBSON ROGÉRIO BRANDÃO DA SILVA, RODRIGO DICREDO RUIVO, SANDRA BERNADETE MORAIS LEITE FERREIRA, SÍLVIO BRIZOLLA NOZELA e

Acesso ao Sumário

VIVALDO NOGUEIRA DE SOUZA NETO, é apelado BUSCAPÉ COMPANY INFORMAÇÃO E TECNOLOGIA LTDA.

ACORDAM, em 25ª 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 13360)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores HUGO CREPALDI (Presidente sem voto), EDGARD ROSA e AZUMA NISHI.

São Paulo, 19 de maio de 2016.

CLAUDIO HAMILTON, Relator

Ementa: COMPRA E VENDA - INDENIZAÇÃO - DANO MATERIAL E MORAL - Aquisição de produtos mediante *site* de busca - Produtos não entregues pela fornecedora, embora realizado os pagamentos respectivos pelos usuários - Falha na prestação dos serviços - Responsabilidade do *site* intermediário reconhecida, por manter cadastro de certificação de qualidade da empresa anunciante - Condenação imposta - Danos materiais devidos - Restituição simples do valor - Dano moral não configurado - Procedência parcial decretada - Recurso provido em parte.

VOTO

Trata-se de ação indenizatória que ALANE OLIVEIRA ANDRADE MELO, ALINE RANIELY ALVES DE OLIVEIRA, ALVÂNIO TORRES DOS SANTOS, ANDRÉS LUIS MARSON, CLÁISON LUÍS LOMBARDI, CLEBER PAULO ZEMOLIN, EVA POZAROWSKI DE CAMARGO VILLAR, FABIANA FERREIRA DE FRANÇA PULINI, FERNANDO GOMES DE MACEDO, FLÁVIO TAKAO MIYASHITA, HERBERT DA SILVA OLIVEIRA, JÔNATAS GUERZONI FILHO, JULIANA TANAKA OBARA, GIOVANNA MAZETTO CAMPOS DO NASCIMENTO, REINALDO MOLINARI BARBOSA, MARCELO LUIZ GONÇALVES, MARCOS FERNANDO MENDES SANTOS, MATEUS ARANTES SPERANDIO, PAULO CESAR VILELA TERCETTI, PEDRO HENRIQUE ROCHA JUNQUEIRA LEITE, PRISCILA ARAÚJO DE LIMA, ROBSON ROGÉRIO BRANDÃO DA SILVA, RODRIGO DICREDO RUIVO, SANDRA BERNADETE MORAIS LEITE FERREIRA e SÍLVIO BRIZOLLA NOZELA que movem em face de BUSCAPÉ COMPANY INFORMAÇÃO E TECNOLOGIA LTDA., julgada improcedente,

Acesso ao Sumário

com a condenação dos autores no pagamento das custas e despesas do processo e verba honorária fixada em R$ 6.000,00.

Apelo dos autores pretendendo a reforma da sentença, argumentando que os *site*s de intermediação são responsáveis civis em relação aos danos sofridos pelos usuários dos seus serviços, restando nulas as cláusulas que disponham em sentido contrário. Afirmam que as intermediadoras não se limitam a divulgar anúncios, já que cobram comissões no fechamento dos negócios e cadastram vendedores, compradores, oferecendo status, promovendo o contato entre ambos, lucrando com a aproximação. Assim, requerem a condenação da ré no pagamento da quantia de R$ 23.054,36, a título de danos materiais, bem como no pagamento da importância de R$ 2.000,00, pelos danos morais sofridos para cada autor, além do pagamento dos honorários advocatícios contratuais.

Recurso respondido.

É o relatório.

Pretendem os autores o ressarcimento perante a ré, decorrente dos prejuízos materiais experimentados, em razão da aquisição de produtos da marca "Orange Mix", feita por meio do *site* (endereço eletrônico constante no texto original), no período de setembro e dezembro de 2013. Alegam que feito o pagamento do preço, os produtos jamais foram entregues, mesmo após inúmeras tentativas de solucionar a questão amigavelmente. Afirmam que a ré é responsável solidária na intermediação de venda dos produtos, já que avaliza a confiabilidade dos serviços prestados por ela, concedendo-lhe certificação denominada "e-bit". Requerem, dessa forma, a condenação da empresa ré no pagamento da quantia de R$ 23.054,36, a título de danos materiais, bem como no pagamento da importância de R$ 2.000,00, pelos danos morais sofridos, a ser paga para cada autor, bem como para que seja condenada no pagamento dos honorários advocatícios contratuais no montante de 30% do valor da condenação.

A ré, citada, contesta, requerendo o desmembramento da lide em número plausível de demandantes. Afirma que há inconsistências quanto à documentação juntada. Invoca sua ilegitimidade de parte passiva, por não ser o único *site* de busca. No mérito, alega, em síntese, que é mera anunciante publicitária, nos mesmos moldes de anúncios de jornal, assim, não pode responder pelas operações financeiras que são realizadas no seu *site* e que sua remuneração não se dá na forma de comissões por vendas realizadas, mas pela disponibilização de espaço publicitário. Requereu a improcedência.

Houve réplica.

A ação foi julgada improcedente.

A presente ação indenizatória por danos materiais e morais tem por fundamento a compra frustrada de produto por meio de comércio eletrônico.

Acesso ao Sumário

Insistem os autores-apelantes que o *site* de busca da empresa ré deve ser responsabilizado pelos prejuízos materiais e morais sofridos, em razão da compra realizada nas lojas "Orange Mix", da qual tiveram conhecimento por intermediação da empresa ré.

A ré, de sua parte, alega que não recebe remuneração ou porcentagem pelas vendas de produtos realizadas pelas lojas e, sim, pela locação do espaço digital para a publicação dos anúncios, não tendo, ainda, qualquer ingerência sobre as negociações realizadas.

A presente relação jurídica é de consumo, portanto, deve ser analisada sob os auspícios do Código de Defesa do Consumidor.

A empresa ré age igualmente como fornecedora, disponibilizando ao vendedor um espaço virtual para a venda de seus produtos, sendo, portanto, integrante da cadeia de fornecimento.

Nos dizeres de CLÁUDIA LIMA MARQUES:

"A cadeia de fornecimento é um fenômeno econômico de organização do modo de produção e distribuição, do modo de fornecimento de serviços complexos, envolvendo grande número de atores que unem esforços e atividades para uma finalidade comum, qual seja a de poder oferecer no mercado produtos e serviços para os consumidores. O consumidor muitas vezes não visualiza a presença de vários fornecedores, diretos e indiretos, na sua relação de consumo, não tem sequer consciência - no caso dos serviços, principalmente - de que mantém relação contratual com todos ou de que, em matéria de produto, pode exigir informação e garantia diretamente daquele fabricante ou produtor com o qual não mantém contrato. A nova teoria contratual, porém, permite esta visão de conjunto do esforço econômico de 'fornecimento' e valoriza, responsabilizando solidariamente, a participação desses vários atores dedicados a organizar e realizar o fornecimento de produtos e serviços" ("Contratos no Código de Defesa do Consumidor - O novo regime das relações contratuais". São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 6ª edição, págs. 415/416).

É fato incontroverso nos autos que os produtos que foram adquiridos pelos autores, indicados na relação constante da inicial, não foram entregues no prazo avençado pela vendedora, embora haja providenciado o pagamento diretamente à empresa fornecedora. Houve falha na prestação dos serviços.

A responsabilidade, em hipóteses como a presente, é objetiva, na forma do art. 14 da Lei 8078/90.

Como se vê dos autos, a empresa ré atua como *shopping* virtual, onde as lojas conveniadas anunciam e expõem os seus produtos e serviços, valendo-se das facilidades que lhes são oferecidas para a comercialização, utilizando o *site* como local de divulgação e forma segura de realização de pagamentos e ofertas, com garantia de que haverá grande afluência de usuários.

Acesso ao Sumário

O contrato à distância realizado por meio do comércio eletrônico, também conhecido como B2C (*bussines-to-consumers*) é atualmente considerado como novo método de contratação, e que também deve se sujeitar às normas protetivas, em face do estado de vulnerabilidade do consumidor.

Os integrantes da cadeia de fornecedores nessa espécie de meio de consumo, diante da complexidade, o imediatismo e a interatividade da sociedade de informação moderna, devem oferecer aos usuários certas garantias ao bom cumprimento da obrigação contratual.

É patente a legitimidade de parte da empresa ré, que, como integrante da cadeia de fornecedores, responde solidariamente pelos danos causados aos consumidores.

Na hipótese, ademais, o próprio *site* de busca oferece uma garantia, ou seja, o que denomina de "e-bit", como forma de trazer segurança a confiabilidade aos seus usuários, no que diz respeito às negociações que são levadas a efeito no meio eletrônico, por seu intermédio, ganhando a confiança do consumidor.

Ademais, a empresa "OrangeMix" recebeu o "e-bit ÓTIMA", qualificação máxima segundo critérios da própria ré, indicando a idoneidade da fornecedora dos produtos, diante de sua avaliação geral, a qual, segundo o contido no próprio *site*, leva em conta os seguintes atributos: os preços, o visual e *design*, opções para serviço de entrega, disponibilidade do produto procurado, atendimento das expectativas, serviço de entrega, seleção dos produtos, tarifas para entrega ou frete, clareza na exibição de preços e tarifas, acompanhamento do pedido e facilidade para encontrar o que se procura (fl. 3).

Desse modo, deve a empresa ré responder solidariamente com a fornecedora dos produtos, em face dos autores, pela venda frustrada, que lhes causou prejuízos de ordem material, na forma exposta no pedido inicial.

Nesse sentido, já decidiu esta Colenda Câmara:

RECURSO - APELAÇÃO - BEM MÓVEL - PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS - COMÉRCIO ELETRÔNICO. 1. Legitimidade "ad causam". Reconhecimento. Produto adquirido pelo autor por meio de oferta veiculada na internet, em página de propriedade do primeiro requerido, com garantias de mercado digital e selos de qualidade conferidos pelo segundo. 2. Falha na prestação do serviço demonstrada. Não entrega do bem no prazo e condições previstos. Site que transmite confiança e segurança. Responsabilidade Objetiva. Empresa que lucra com a atividade desenvolvida e deve ser responsabilizada pelos prejuízos dela resultantes. 3. Dano moral. Indenização que deve ter conteúdo didático, de modo a coibir a reincidência do causador do dano sem, contudo, enriquecer a vítima. Decisão que arbitrou a indenização em conformidade com os critérios de proporcionalidade e razoabilidade. Procedência parcial. Sentença mantida. Recurso não provido. (Apelação Cível nº 0007201-69.2009.8.26.0344,

Acesso ao Sumário

rel. Des. Marcondes D'Angelo, julgada em 23 de maio de 2012).

A restituição do valor relativo ao dano material deverá ocorrer de forma simples, e não em dobro, pois não verificada a hipótese de má-fé da ré.

O dano moral, todavia, não é devido, pois que se trata de relação obrigacional, sem que hajam os autores demonstrado, inequivocamente, a suposta ofensa moral.

A doutrina tem esse entendimento:

"Não é também qualquer dissabor comezinho da vida que acarretará indenização. Aqui, também é importante o critério objetivo do homem médio, o bônus pater famílias: não se levará em conta o psiquismo do homem excessivamente sensível, que se aborrece com fatos diuturnos da vida, nem o homem de pouca ou nenhuma sensibilidade, capaz de resistir sempre às rudezas do destino" (SILVIO DE SALVO VENOSA, "Direito Civil: Responsabilidade Civil", São Paulo: Atlas, 3ª edição, 2003, v. 4, p. 33).

ANTÔNIO JEOVÁ SANTOS ensina:

"O dano moral 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 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 moral exige determinada envergadura. Necessário, também, que o dano se prolongue durante algum tempo e que seja a justa medida do ultraje às afeições sentimentais. As sensações desagradáveis, por si sós, que não trazem em seu bojo lesividade a algum direito personalíssimo, não merecerão ser indenizadas. Existe um piso de inconvenientes que o ser humano tem de tolerar sem exitar o autêntico dano moral" ("Dano Moral indenizável", São Paulo: Revista dos Tribunais, 4ª edição, 2003, p. 113).

Quanto ao pedido de ressarcimento de 30% a título de honorários contratados não pode ser acolhido, pois que incumbe a parte constituinte arcar com tal valor.

Consequentemente, dá-se parcial provimento ao recurso para o fim de julgar procedente, em parte, a ação, condenada a ré a responder pela importância de R$ 23.054,36, conforme relação constante da inicial, corrigida do ajuizamento e acrescida de juros moratórios contados da citação.

Em razão da sucumbência, deverá a ré responder pelas custas e despesas do processo, e verba honorária do patrono dos autores, fixada em 10% sobre o

Acesso ao Sumário

valor da condenação, corrigido do ajuizamento.

Posto isso, dá-se parcial provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1009611-60.2014.8.26.0004, da Comarca de São Paulo, em que são apelantes WORLD CENTER ESTACIONAMENTO LTDA. EPP e PEDRO ALEXANDRE DA SILVA, é apelado ZANEMP EMPREENDIMENTOS LTDA.

ACORDAM, em 26ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Por unanimidade, deram provimento em parte ao recurso. Fará declaração de voto vencedor o 2º Juiz.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 35.855)**

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

São Paulo, 19 de maio de 2016.

FELIPE FERREIRA, Relator

Ementa: LOCAÇÃO DE IMÓVEL. DESPEJO POR DENÚNCIA VAZIA C.C. COBRANÇA. 1. Cabe aos réus a demonstração da ocorrência de fatos modificativos, impeditivos ou extintivos do direito da autora. Aplicação do artigo 333, II, do Código de Processo Civil de 1973. 2. A multa contratual deve ser ajustada de forma a evitar o enriquecimento indevido da parte, tendo em vista que o locatário se excedeu em poucos dias para a desocupação do imóvel. Recurso parcialmente provido.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de recurso de apelação contra a respeitável sentença de fls. 246/250 que julgou procedente a ação para condenar o réu ao pagamento dos aluguéis, multa e encargos vencidos a partir de 02 de julho de 2014 até 15 de agosto de 2014, acrescidos de correção monetária pela Tabela Prática do TJSP a partir de cada pagamento, além de juros de mora de 1% ao mês a contar da citação (08/09/2014). Em razão da sucumbência, deverá o requerido arcar com o pagamento das custas e despesas processuais, bem como honorários advocatícios fixados em R$ 1.000,00, observada a regra do artigo 12 da Lei nº 1.060/50.

Pleiteiam os apelantes a reforma do julgado alegando que as provas carreadas ao feito demonstram que o imóvel foi completamente desocupado para ser entregue, porém a autora se negou a recebê-lo. Aduzem que quando a locadora foi receber as chaves já não mais exercia qualquer atividade no local, sendo que esclareceu que a remoção do entulho foi retardada em razão de evento esportivo (Copa do Mundo), bem como de que houve uma tentativa de invasão do imóvel que foi contida com auxílio da Polícia Militar.

Enfatizam que a apelada não impugnou os documentos juntados, o que torna verídica as informações neles contidas quanto à desocupação em 02/07/2014 e a não incidência da multa contratual por conta do vencimento do contrato. Tecem considerações acerca das provas da devolução do imóvel em 02/07/2014, mais precisamente das fotografias constantes no sistema de serviços denominado Google Street View que nos dias atuais são consideradas como meio idôneo de prova. Salientam que no mês seguinte à entrega do imóvel o mesmo já se encontrava ocupado por outra empresa de estacionamentos. Em relação à data da desocupação do imóvel apontada pela autora (15/08/2014), entendem que não poderia ser considerada como termo final da locação, uma vez que sequer foi expedido mandado de constatação e consequente imissão na posse. Quanto à multa contratual, enfatizam ser descabida já que houve concordância com a desocupação do imóvel, sendo que tal penalidade incide somente quando há resistência do locatário. Requerem seja dado provimento ao presente recurso a fim de julgar improcedente a ação.

Apresentadas as contrarrazões, subiram os autos a esta Corte de Justiça.

É o relatório.

O recurso merece prosperar em parte.

Bem andou o ilustre magistrado sentenciante ao decidir a lide nos seguintes termos:

> *Os documentos de fls. 58/76 demonstram, e a partes confirmam, que houve a celebração de contrato de locação do imóvel localizado na Avenida Marquês de São Vicente, nº 1.678, São Paulo/SP, com duração inicialmente prevista para o período de 01 de fevereiro de 2010 a 31 de janeiro de 2011 que, a partir de 01 de fevereiro de 2011 prorrogou-se por prazo indeterminado.*
>
> *Havia determinação expressa da cláusula segunda, no termo aditivo do contrato de locação (fls. 74), que o contrato, vigente por prazo indeterminado, teria seu fim quando uma das partes comunicasse a outra, com trinta dias de antecedência, o interesse em rescindi-lo.*
>
> *Também restou incontroverso que a locadora solicitou que os réus desocupassem o imóvel no dia 30 de maio de 2014, e que os réus solicitaram um prazo adicional de mais trinta dias, que teria fim no dia*

30 de junho de 2014, com o que a autora concordou. Por fim, as partes acordaram que o imóvel seria entregue no dia 02 de julho de 2014.

Entretanto, enquanto a autora alega que o imóvel não foi entregue após o fim desse prazo, tendo apenas se imitido na posse do imóvel em 15 de agosto de 2014, após encontrá-lo abandonado (fls. 114), os réus afirmam que o imóvel foi devidamente desocupado no dia 02 de julho de 2014.

Assiste razão à autora.

Conforme determinado pelo artigo 333, II, do CPC, competia aos réus o ônus de comprovar a existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor. Entretanto, não apresentaram nenhuma prova de que de fato haviam entregue o imóvel na data previamente acordada pelas partes.

Com efeito, não foi apresentado pelos réus recibo de entrega das chaves, documento que comprovaria a efetiva entrega do imóvel à locadora. Nesse ponto, não há que se falar em recusa da locadora ao recebimento, uma vez que, fosse esse o caso, os réus poderiam ter ajuizado ação de consignação de chaves, o que não foi feito.

Quanto à alegação dos réus de que supostamente a autora já teria alugado o imóvel no momento em que propôs a ação, também não foi produzida nenhuma prova capaz de comprovar o alegado. O ticket de estacionamento de fls. 143 não apresenta nenhum endereço impresso, de modo que não há como afirmar que o estabelecimento funcionava no imóvel que fora objeto de contrato de locação entre as partes. As imagens juntadas aos autos retiradas do Google Street View (fls. 239/240), por sua vez, não são capazes de comprovar a real desocupação do imóvel pelos réus.

Além disso, a ficha da Junta Comercial juntada aos autos a fls. 242/243 revela apenas que uma empresa de estacionamento abriu uma filial no imóvel estabelecido na Avenida Marquês de São Vicente, e posteriormente alterou sua sede para tal endereço, o que ocorreu nos meses de março e abril de 2015, ou seja, vários meses após a autora ter se imitido na posse do imóvel objeto da presente ação.

Deste modo, tendo em vista que a autora imitiu-se na posse do imóvel após o ajuizamento da ação, não há que se falar em decretação do despejo.

Quanto à cobrança, entretanto, tendo em vista que os réus permaneceram na posse do imóvel mesmo após a notificação da rescisão do contrato, restou caracterizada a inadimplência dos aluguéis e demais encargos até 15 de agosto de 2014.

Quanto à multa contratual, tem-se que a cláusula décima quinta do contrato de aluguel previa a incidência de multa no valor correspondente

Acesso ao Sumário

a três aluguéis vigentes no tempo da infração em caso de infração às cláusulas do contrato (fls. 63). Tendo os réus infringido a cláusula segunda do termo aditivo do contrato de locação (fls. 73), de rigor a aplicação da multa.

Portanto, tem-se que o pedido é procedente." (fls. 247/249)

De fato, pela leitura atenta dos autos, verifica-se que, muito embora o locatário tenha concordado com a desocupação do imóvel devidamente denunciado pela locadora, a verdade é que este acabou por permanecer no imóvel por mais tempo que o acordado entre as partes.

De acordo com as correspondências eletrônicas trocadas entre as partes (fls. 94/108), o prazo inicialmente fixado para a desocupação era o dia 30/06/2014, porém, não foi isso que ocorreu.

Em que pese o fato de a remoção de entulhos que existiam no imóvel ter ocorrido em 02/07/2014, cerca de dois dias após o prazo para a entrega do imóvel, em virtude dos contratempos, restou evidenciado nos autos que mesmo após a citada limpeza do terreno locado, o locatário não efetuou a devolução das chaves do imóvel, sendo necessária a emissão na posse por iniciativa da locadora, conforme noticiado às fls. 114, em 15/08/2014.

E não aleguem os apelantes que não houve a tentativa amigável da apelada em receber as chaves, pois conforme as correspondências eletrônicas já acima mencionadas (fls. 94/108), restou evidenciada tal tentativa, porém houve a discordância do locatário em efetuar o pagamento de valores que lhe estavam sendo cobrados, motivo pelo qual o mesmo acabou por não assinar o distrato da locação e não entregar formalmente as chaves.

Ora, se o locatário desocupou o imóvel em 02/07/2014, como quer nos fazer crer, deveria ter se incumbido da entrega das chaves. E mesmo no caso de a autora se recusar em recebê-las, deveria ter tomado as medidas judiciais cabíveis para depositá-las em juízo através da competente ação consignatória.

Além disso, por mais que se tente agasalhar a tese dos apelantes de que o imóvel desde o dia 02/07/2014 se encontrava totalmente desocupado, a verdade é que os demais elementos acostados ao feito não se prestam a comprovar tal assertiva.

Como bem observado pelo magistrado sentenciante, o comprovante de estacionamento (fls. 143) não contém nenhum elemento que possa identificar a sua real localização, ou seja, de que se tratava de celebração de nova locação entre a autora com outro estacionamento no endereço do imóvel locado, logo após a data de 02/07/2015.

O mesmo ocorre com as imagens do serviço denominado Google Street View, pois muito embora conste na tela a captura da imagem no mês de julho/2014 (fls. 239/240), tal informação por si só não comprova a efetiva

Acesso ao Sumário

entrega das chaves, uma vez que a captura da imagem poderia ter se dado em dia em que o estabelecimento comercial se encontrava fechado, dada a observância da ausência de veículos estacionados.

Assim, inexistindo comprovação inequívoca de que houve a desocupação do imóvel pelo locatário na data por ele apontada (02/07/2014), aliada à ausência de demonstração de que a entrega das chaves do imóvel se deu antes de 15/08/2014, data de imissão na posse pela locadora, de rigor a procedência da ação para que os apelantes arquem com o pagamento dos locativos até 15/08/2015.

Vê-se, portanto, que no presente caso a tese invocada pelos apelantes restou totalmente despida de conteúdo probatório, ou seja, não trouxeram os recorrentes indícios seguros que pudessem mesmo que de forma mínima comprovar suas alegações.

E como já diziam os romanos "*allegare nihil et allegatum non probare paria sunt*", vale dizer alegar e não provar equivale a nada alegar.

Sobre o tema preleciona Vicente Greco Filho (*in* "Direito Processual Civil Brasileiro, ed. Saraiva, 2º vol. p.189), com a costumeira propriedade ao dizer:

> ***"Ao réu incumbe a prova da existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.***
>
> ***Se o réu não provar suficientemente o fato extintivo, modificativo ou impeditivo, perde a demanda. Não existe, no processo civil, o princípio geral do in dúbio pro reo. No processo civil, in dúbio, perde a demanda quem deveria provar e não conseguiu".***

Portanto, se os réus não demonstram quaisquer de suas alegações, a sentença atacada decidiu corretamente a controvérsia apresentada, sendo certo que o provimento jurisdicional restou adequadamente prestado.

Quanto à aplicação da multa contratual, muito embora não se possa acolher a tese dos apelantes para afastar integralmente a sua incidência, há que se considerar a sua aplicação de forma equitativa.

De fato, houve a infração contratual por parte do locatário consistente na não entrega do imóvel no prazo acordado entre as partes (cláusula segunda - fls. 74). Entretanto nos parece abusiva a cobrança integral de valor correspondente a 3 (três) locativos.

Isto porque se o imóvel deveria ter sido entregue em 30/06/2014, conforme acordado entre as partes, mas a imissão na posse pela locadora se deu em 15/08/2014, o locatário se excedeu em 45 dias do prazo acordado. Logo, se o prazo excedido para desocupação não foi demasiadamente longo, nos parece justa a redução da multa para o equivalente a 15 dias de locação.

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

Acesso ao Sumário

valor da multa contratual para o equivalente a 15 dias de locação, mantendo-se no mais a r. sentença de primeiro grau.

DECLARAÇÃO DE VOTO

Zanemp Empreendimentos Ltda. ajuizou **ação de despejo por denúncia vazia** contra **World Center Estacionamento Ltda. EPP** e **Pedro Alexandre da Silva**, alegando, resumidamente, ser proprietária do imóvel não residencial localizado na Av. Marquês de São Vicente, nº 1678, Barra Funda, nesta cidade, dado em locação à correquerida - figurando o correquerido como caucionante -, em 1/2/2010, tendo sido fixada a data de 31/1/2011 para o ocaso da avença. Em 22/4/2010 foram substituídos, mercê de aditamento, os anexos II e III por fotos aéreas do local; em 1/1/2011 sobreveio outro aditamento, imprimindo ao ajuste prazo indeterminado, vindo a ocorrer ulteriormente, em 1/2/2011, novo aditamento, desta feita para estabelecer o valor locatício em R$ 15.000,00. Por não mais lhe interessar a locação do bem de raiz, pediu, mercê de notificação emitida em 6/5/2014, a desocupação do imóvel, vindo a acionada a lhe solicitar, por *e-mail*, que a desocupação ocorresse apenas em 30/6/2014. O representante legal da ré não compareceu na data aprazada para assinatura do termo de recebimento de chaves, entrega do distrato assinado e vistoria do imóvel, o qual, naquela oportunidade, estava destruído, com a fiação removida e cheio de entulho. No evolver dos acontecimentos, a requerida liquidou apenas o saldo de aluguel e o **iptu** de junho com multa, totalizando o valor de R$ 28.901,03. E após discorrer sobre vários outros eventos que marcaram a tumultuada relação locatícia, postulou à guisa de peroração do libelo inicial, a procedência da ação, com vistas à decretação da:

> "*...rescisão contratual, expedindo mandado de despejo e havendo resistência, que seja concedido o reforço policial, bem como, condenar os Requeridos ao pagamento dos alugueres e encargos até a entrega das chaves do imóvel, aplicando as multas pelas infrações contratuais, e condenando ao pagamento das verbas seguintes*:
>
> **1-** *Alugueres e encargos entre o período desde 01/07/2014 até a efetiva devolução do imóvel, devidamente corrigido com base no IGP-DI/ fevereiro no valor de R$21.460,00 (vinte e um mil quatrocentos e sessenta reais) ao mês; acrescido de multa por atraso no pagamento de 10%; juros de mora de 1% e correção monetária até seu efetivo pagamento*;
>
> **2-** *De multa por inadimplemento contratual no valor de R$ 64.380,00 (sessenta e quatro mil trezentos e oitenta reais); referente a não devolução do imóvel no prazo de 30 dias da notificação da rescisão contratual*;
>
> **3.** *De custas e despesas processuais e honorários advocatícios*

Acesso ao Sumário

de 20% sobre o valor da condenação, conforme previsão contratual constante ad cláusula Décima Sétima do contrato de locação."

A sentença de fls. 246/249 julgou a ação procedente, com o seguinte *decisum*:

"*Diante do exposto, julgo o pedido procedente, para*:

a) *determinar a extinção do processo, no tocante ao pedido de cobrança, nos termos do art. 269, I, do Código de Processo Civil*;

b) *condenar o réu ao pagamento dos alugueis, multa e encargos vencidos a partir de 02 de julho de 2014 até 15 de agosto de 2014, acrescidos de correção monetária pelos índices da tabela prática do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, a partir de cada pagamento, além de juros de mora de 1% ao mês, a partir da citação (08 de setembro de 2014 fls. 123/125)*;

c) *condenar a parte ré ao pagamento das custas, das despesas processuais e dos honorários advocatícios fixados em R$ 1.000,00, observada a regra do art. 12 da Lei n. 1.060/50.*"

Por dissentir do desenlace dado à demanda, os réus interpuseram, a fls. 253/254, recurso de apelação contra o provimento jurisdicional, alegando, *inter alia*: (**b**) não pode ser acolhida a afirmação da recorrida no sentido de que foi imitida na posse do imóvel em 15/8/2014; (**c**) descabido o pedido de multa contratual, pois dita reprimenda só seria factível se houvesse oposição da locatária quanto à devolução do bem de raiz.

No evolver dos atos processuais, vieram a lume as contrarrazões de fls. 276/283.

É o singelo relatório.

O busílis da controvérsia consiste em saber se os apelantes permaneceram no imóvel mais tempo do que aquele pactuado com a apelada, ou se, como afiançam, tê-lo-iam desocupado em 2/7/2014.

O atento exame dos elementos de prova reunidos nos autos permite a segura ilação de que não houve por parte dos recorrentes, concomitantemente à remoção dos entulhos existentes no bem de raiz objeto da controvérsia, a devolução das respectivas chaves. Neste particular, o silogístico raciocínio desenvolvido pelo proficiente magistrado *a quo* teve o condão de lançar por terra o arrazoado dos apelantes:

"*Conforme determinado pelo artigo 333, II, do CPC, competia aos réus o ônus de comprovar a existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor. Entretanto não apresentaram nenhuma prova de que de fato havia entregue o imóvel na data previamente acordada pelas partes.*

Com efeito, não foi apresentado pelos réus recibo de entrega das chaves, documento que comprovaria a efetiva entrega do imóvel

Acesso ao Sumário

à locadora, nesse ponto, não há que se falar em recusa da locadora ao recebimento, uma vez que, fosse esse o caso, os réus poderiam ter ajuizado ação de consignação de chaves, o que não foi feito."

Em semelhante cenário, hão de prevalecer, por seus incensuráveis fundamentos fático-jurídicos, o provimento jurisdicional recorrido e o voto proferido pelo eminente Desembargador Relator sorteado.

Postas estas premissas, **nego provimento** ao recurso de apelação.

ANTONIO NASCIMENTO, Desembargador, 2º Juiz

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1050313-85.2013.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante/apelado FERNANDO OSWALDO MOURA GONÇALVES, é apelado/apelante VERA LOTTE KOPENHAGEN GOLDFINGER.

ACORDAM, em 30ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento à apelação do réu e deram provimento à apelação da autora V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 25892)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ANDRADE NETO (Presidente), LINO MACHADO e CARLOS RUSSO.

São Paulo, 25 de maio de 2016.

ANDRADE NETO, Relator

Ementa: AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS MATERIAIS, RECONVENÇÃO E DENUNCIAÇÃO DA LIDE - ACIDENTE DE TRÂNSITO - HIPÓTESE DE COLISÃO TRASEIRA - ATRIBUIÇÃO MÚTUA DA CULPA PELO ACIDENTE - PRESUNÇÃO DE CULPA DO MOTORISTA QUE COLIDE PELA TRASEIRA ELIDIDA - RECONHECIMENTO - DEVER DO RÉU/RECONVINTE/DENUNCIANTE DE REPARAR O PREJUÍZO MATERIAL GERADO - SENTENÇA REFORMADA - AÇÃO PRINCIPAL E DENUNCIAÇÃO DA LIDE JULGADAS PROCEDENTES E MANTIDA A IMPROCEDÊNCIA DA RECONVENÇÃO - APELAÇÃO DA AUTORA PROVIDA E DESPROVIDA A DO RÉU.

Acesso ao Sumário

VOTO

Autora e réu reconvinte se insurgem contra o teor da sentença que julgou improcedentes a ação principal de reparação de danos materiais, a reconvenção e a denunciação da lide feita pelo réu à sua seguradora, todas elas fundadas no acidente de trânsito narrado na inicial.

A autora assevera, em síntese, que a decisão não contempla a prova dos autos, que bem evidencia ter o acidente ocorrido por culpa exclusiva do réu, destacando o teor do depoimento da testemunha por ela arrolada. Acusa o réu de ter alterado a verdade dos acontecimentos ao comparecer no distrito policial e solicitar a elaboração de um segundo boletim de ocorrência, modificando sua versão original, a qual, diga-se, não restou provada. Por fim, diz que o réu não demonstrou a existência dos danos descritos na reconvenção.

Ao seu turno, o réu argumenta estarem presentes na hipótese elementos de convicção que impõem a prevalência da presunção de culpa da autora em razão da colisão traseira ocorrida, impondo-se, por consequência lógica, a procedência da reconvenção, não havendo como prevalecer, portanto, a solução dada em primeiro grau. Quanto à lide secundária, sustenta que ele e a autora devem repartir os ônus sucumbenciais.

Os recursos foram recebidos e processados no duplo efeito, com contrarrazões apenas da autora.

É o relatório.

Analiso em conjunto os recursos.

A presente hipótese versa sobre acidente de trânsito traduzido em uma colisão traseira, em que figuram como réu e autora da ação principal, respectivamente, o proprietário e condutor do veículo atingido (Nissan March) e a proprietária do veículo que o atingiu (Land Rover Freelander 2), conduzido na ocasião por seu motorista particular.

Submetida a demanda a julgamento, juntamente com a reconvenção e a denunciação da lide ofertadas pelo réu, o nobre juiz sentenciante entendeu que o conjunto probatório dos autos não permite chegar a uma conclusão segura sobre quem teria causado o acidente, decretando em consequência disso a improcedência das três ações.

Data vênia, não há como prosperar esse entendimento. Com efeito, na linha argumentativa do réu, se o julgador reputou não suficientemente esclarecida a causa do acidente, o que, aliás, nem de longe se verifica, a única solução viável seria a improcedência da ação principal e a procedência das lides secundária e reconvencional, na medida em que restaria não elidida nessa hipótese a presunção de culpa do condutor que colide contra a parte traseira de outro veículo, no caso a culpa da autora reconvinda.

Acesso ao Sumário

Mas a razão do réu cessa por aqui.

Embora exista a presunção de que o condutor que colide contra parte traseira de outro veículo que transita à sua frente teria deixado de empregar as cautelas necessárias e devidas para trafegar com segurança, possível elidi-la diante de outras circunstâncias trazidas aos autos.

No caso presente, há elementos em grau suficiente para reconhecer elidida a culpa da autora no evento.

Narra a petição inicial que o motorista da autora trafegava pela avenida Gabriel Monteiro da Silva e, ao virar à direita para acessar a rua Groenlândia, deparou-se com o veículo do réu, no exato momento em que se encontrava junto ao meio da via, trafegando em marcha ré, em um movimento diagonal de cruzamento da direita para a esquerda da via, com a intenção de acessar uma vaga para estacionar o veículo, vindo o veículo da autora a atingir com sua parte lateral frontal esquerda a parte lateral traseira direita do outro veículo, não obstante tenha seu motorista esterçado ainda mais o volante para a direita com o intuito de evitar o embate.

Do Boletim de Ocorrência lavrado no dia do acidente, na presença dos dois condutores e por eles devidamente subscrito, constam as seguintes declarações:

"*EU ESTAVA TRAFEGANDO PELA RUA GROENLÂNDIA SENTIDO AVENIDA BRIGADEIRO LUIS ANTONIO COM MEU VEÍCULO DE PLACAS EXT-4295 PELA FAIXA DA DIREITA, NO MOMENTO EM QUE PAREI PARA DAR RÉ NO ACOSTAMENTO DO LADO ESQUERDO DA VIA E FUI ATINGIDO NA TRASEIRA PELO VEÍCULO DE PLACAS MEU-8345*" (declaração do réu - fl. 17).

"*EU ESTAVA TRAFEGANDO COM MEU VEÍCULO DE PLACAS MEU-8345 PELA RUA GABRIEL MONTEIRO DA SILVA E QUANDO VIREI PARA A DIREITA E ADENTREI À RUA GROENLÂNDIA NESSE MOMENTO ME DEPAREI COM O VEÍCULO DE PLACAS EXT-4295 DO LADO ESQUERDO DA VIA DANDO MARCHA RÉ. TENTEI DESVIAR MAS ACABEI ATINGINDO O OUTRO VEÍCULO NA PARTE TRASEIRA DIREITA*" (condutor do veículo da autora - fl. 18).

Ao lado dessa, há outras três fontes de informações a respeito das circunstâncias do acidente.

A primeira delas diz respeito a um segundo boletim de ocorrência, lavrado a pedido e na presença exclusiva do réu dois dias após o fato, em que ele alterou parcialmente sua versão para esclarecer que trafegava pela faixa da esquerda quando parou seu veículo para estacioná-lo, e não pela faixa da direita como dito inicialmente (fl. 27).

Já a segunda fonte é o depoimento do funcionário de uma empresa de serviço de *valet* que presenciou o acidente. Confira-se o registro em juízo (fl.

336): *"Prestava serviço para um restaurante como vallet, levando os veículos para o estacionamento localizado na Rua Groenlândia, próximo a av. Gabriel Monteiro da Silva e no dia dos fatos presenciou o acidente. Que viu quando um veículo pequeno, cor branca, começou a dar ré na Rua Groenlândia na pista da direita, cruzando para a pista da esquerda, quando um outro veículo de grande porte e de cor cinza, não conseguindo desviar do veículo menor que efetuava a manobra, veio a colidir com o mesmo. Que o motorista do carro grande estava só e o do carro pequeno com uma moça. Que a colisão causou boas avarias em ambos os carros". "Que o acidente ocorreu no final da tarde. Que a batida ocorreu próxima ao meio das duas pistas. Que o estacionamento onde o depoente estava fica logo após a esquina com a avenida Gabriel e depois de uma loja de móveis. Que reconhece à esquerda da foto de fls. 64 como sendo aquele onde trabalha". "Que o acidente ocorreu um pouco depois do estacionamento onde o depoente estava"*.

Por fim, temos o depoimento da pessoa que estava na companhia do réu, ouvida sem o compromisso de dizer a verdade, conforme segue: "*Que o namorado da depoente havia parado o carro próximo ao meio fio do lado esquerdo da Rua Groenlândia e iria iniciar marcha ré para corrigir o veículo na vaga, e que já estava parado, momento em que foi abalroado na traseira. Que não cruzou de um lado para o outro na pista da referida rua. Que o acidente ocorreu depois da escola que está localizada na Rua Groenlândia. Afirma que no momento do acidente ninguém mais presenciou o fato". "O estacionamento existente na rua fica depois da escola. Não viu a testemunha Abimelequis no local no dia dos fatos. Que dias depois dos fatos, o namorado da depoente voltou ao local para tentar descobrir se alguém tinha visto o acidente, mas ninguém quis se comprometer. Que o seu namorado comentou ter se confundido com a primeira versão dada à polícia sobre o acidente*".

Diante desse contexto, muito mais convincente se mostra a versão sustentada pela autora, no sentido de realizar o réu no momento do acidente manobra em marcha ré de mudança de um lado para o outro da via em uma trajetória diagonal, sendo essa versão, inclusive, plenamente compatível com o sítio das avarias em ambos os automóveis.

Mas, mesmo que assim não fosse, ou seja, ainda que adotássemos como verdadeira a versão do réu de que iniciara marcha ré com o veículo em posição longitudinal à margem esquerda da via, isso em nada interferiria na caracterização da sua responsabilidade pelo acidente.

Isso porque, em qualquer uma das situações descritas acima, é inegável que o risco de colocar um veículo em marcha ré e em sentido contrário aos automóveis que trafegam regularmente pela via, a fim de estacioná-lo junto a uma de suas margens, deve ser atribuído exclusivamente a quem executa tal manobra, a qual deve ser feita com atenção redobrada, em condições de absoluta

Acesso ao Sumário

segurança para os demais, aguardando-se o tempo que for necessário para que se possa executá-la sem expor outrem a risco de dano.

Se assim é, inexiste razão plausível para exigir do condutor de terceiro veículo que se vê diante de tal situação, no caso, o motorista da autora, o ônus de realizar manobra eficaz à evitação do resultado. De se prestigiar a postura daquele que, conduzindo seu veículo com a devida atenção e cuidado necessário e na crença legítima de que assim também o farão os demais condutores, em nada contribui para a ocorrência da colisão. Nesse particular, afirmar que o acidente ocorreu por que o motorista do veículo da autora teria feito a curva muito aberta e/ou não estaria prestando a devida atenção é conjectura bastante frágil, não havendo nos autos elementos ensejadores de tal conclusão.

Ademais, à vista do exposto, verte claro ser de todo irrelevante o fato da colisão não ter ocorrido nas proximidades do cruzamento das vias, mas sim a uma distância considerável desse local.

Em suma, perfeitamente possível concluir ter o acidente resultado unicamente da imprudência do réu, que claramente escolheu momento inoportuno para realizar a indigitada manobra.

Destarte, revelando-se o contexto probatório dos autos de todo favorável ao reconhecimento da culpa exclusiva do réu na ocorrência do acidente de trânsito, há que se reputar, em contrapartida, elidida na espécie a presunção de culpa do motorista do veículo da autora pela colisão traseira havida, impondo-se, por conseguinte, a procedência da ação reparatória.

Assim, caracterizado o dever do réu de reparar os danos causados ao veículo da autora, passemos à análise do montante devido.

A autora apresentou três orçamentos dos custos de reparo do seu veículo, propondo seja aceito aquele de menor valor (R$ 21.455,30 - fl. 22).

Legítima sua pretensão, na medida em que as peças a serem substituídas guardam estreita relação com as avarias causadas, assim como são compatíveis os valores de cada uma delas e dos serviços de funilaria a serem realizados, levando-se em conta tratar-se de veículo importado e que à época do acidente tinha valor de mercado em torno de cento e quarenta e cinco mil reais. Ademais, a quantia em questão não foi objeto de qualquer tipo de impugnação séria e concreta, tanto pelo réu quanto pela seguradora litisdenunciada.

Provida a apelação da autora nos moldes acima, outro caminho não há senão o desprovimento da apelação do réu, mantendo-se, por conseguinte, a improcedência da reconvenção.

Por fim, resta analisar a lide secundária.

Nessa esteira, verifica-se que a seguradora não negou em momento algum sua obrigação de indenizar os prejuízos ocasionados pelo segurado, chamando apenas a atenção para a necessidade de se observar o limite da cobertura prevista

Acesso ao Sumário

na apólice vigente à época dos fatos (R$ 50.000,00), sendo de rigor, portanto, a procedência da denunciação.

Ademais, considerando que a seguradora aceitou a denunciação, não oferecendo resistência à pretensão deduzida pelo réu, deixo de condená-la em ônus sucumbenciais.

Isto posto, pelo meu voto, **nego provimento à apelação do réu e dou provimento à apelação da autora**, a fim de: julgar procedente a ação principal e improcedente a reconvenção, condenando o réu a pagar à autora a importância de R$ 21.455,30 (vinte e um mil, quatrocentos e cinquenta e cinco reais e trinta centavos), que deverá ser corrigida monetariamente pela Tabela Prática do Tribunal de Justiça a partir do ajuizamento da ação e acrescida de juros de mora de 1% ao mês desde a data do acidente (conforme artigo 398 do CC e súmula 54/STJ), arcando o réu, ainda, com o pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios que ora fixo em 15% sobre o valor da condenação; julgar procedente a denunciação da lide, garantindo ao réu-denunciante direito ao reembolso perante a seguradora da quantia que vier a pagar diretamente à autora, observado o limite previsto na apólice para cobertura por danos materiais, sem condenação da seguradora em ônus sucumbenciais, tudo conforme a fundamentação acima.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1000113-98.2015.8.26.0037, da Comarca de Araraquara, em que é apelante ELIANE ELIAS DAL NEGRO (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado ASSOCIAÇÃO SÃO BENTO DE ENSINO (CENTRO UNIVERISITARIO DE ARARAQUARA).

ACORDAM, em 34ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 25.916)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores GOMES VARJÃO (Presidente sem voto), SOARES LEVADA e ANTONIO TADEU OTTONI.

São Paulo, 1º de junho de 2016.

NESTOR DUARTE, Relator

Ementa: Prestação de serviços educacionais. Cobrança. Juros de mora. Ausência de previsão

Acesso ao Sumário

expressa no contrato a respeito. Incidência do art. 397, do Código Civil. Obrigação positiva e líquida. Mora a partir do vencimento de cada parcela, incidindo desde então os juros de mora. Recurso improvido.

VOTO

Visto.

Trata-se de apelação interposta contra r. sentença de fls. 90/92, cujo relatório se adota, que julgou procedente ação de cobrança ajuizada por Associação São Bento de Ensino em face de Elias Dal Negro, "*para condenar a ré a pagar à autora a quantia de R$ 2.150,25 (dois mil, cento e cinquenta reais e vinte e cinco centavos), com correção monetária, pelo índice previsto no contrato firmado e acrescida de juros de mora, no percentual de 1,0% (um por cento) ao mês, ambas as verbas incidindo a partir da data da elaboração dos cálculos apresentados (tendo em vista que já computadas até então para apuração daquele valor) até o efetivo pagamento.*"

A ré apela (fls. 97/102), asseverando que a relação entre as partes é de consumo, devendo, pois, incidirem as normas do Código de Defesa do Consumidor. Sustenta que, no caso, inexiste previsão contratual da incidência de juros de mora a partir do vencimento de cada parcela, razão porque eles devem ser aplicados desde a citação, nos termos dos artigos 405 e 406, do Código Civil.

Recurso recebido (fls. 104) e respondido (fls. 106/111).

É o relatório.

Conheço do recurso.

Conquanto o contrato nada tenha anotado a respeito do termo inicial dos juros de mora (fls. 27), as prestações cobradas são positivas e líquidas, devendo incidir, na hipótese, o disposto no artigo 397, do Código Civil, segundo o qual "*o inadimplemento da obrigação, positiva e líquida, no seu termo, constitui de pleno direito em mora o devedor*". Aliás, este tem sido o entendimento do Superior Tribunal de Justiça a respeito:

"RECURSO ESPECIAL Nº 1.404.402 - MG (2013/0311811-4)

RELATOR: MINISTRO JOÃO OTÁVIO DE NORONHA

RECORRENTE: ALINE DE AQUINO VASCONCELOS

ADVOGADO: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS

RECORRIDO: PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAIS

ADVOGADO: VANIELE GUIMARÃES DO VAL E OUTRO(S)

PROCESSUAL CIVIL. VIOLAÇÃO DOS ARTS. 165, 458 e 535 DO

Acesso ao Sumário

CPC. NÃO OCORRÊNCIA. AÇÃO DE COBRANÇA. CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇO EDUCACIONAL. JUROS DE MORA E CORREÇÃO MONETÁRIA. TERMO INICIAL. SÚMULA N.83/STJ.

1. Afasta-se a ofensa aos arts. 165, 458 e 535 do CPC quando a Corte de origem examina, de modo claro e objetivo, as questões que delimitam a controvérsia.

2. Na ação de cobrança de mensalidades escolares, incidem juros de mora e atualização monetária partir do vencimento de cada prestação.

3. Recurso especial parcialmente conhecido e desprovido." (grifo nosso)[1]

Dessa forma, à luz do Código Civil e da orientação do STJ a respeito da matéria ventilada, mantém-se a sentença tal qual como lançada.

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

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0008832-65.2013.8.26.0002, da Comarca de São Paulo, em que é apelante ADVOCACIA REGINA MARILIA PRADO MANSSUR, são apelados SILVIA MARISA RESENDE VILELA e GETÚLIO VILELA DE FIGUEIREDO.

ACORDAM, em 34ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 30922)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores GOMES VARJÃO (Presidente) e ANTONIO TADEU OTTONI.

São Paulo, 1º de junho de 2016.

SOARES LEVADA, Relator

Ementa: Execução de honorários advocatícios contratuais nos próprios autos em que o profissional atuou, consistente em execução de alimentos. Possibilidade, em tese, conferida pelos arts. 22, §4º, e 24, §1º, do EOAB. Hipótese, porém, na qual o mandato fora anteriormente revogado, com estabelecimento de controvérsia séria sobre a qualidade dos serviços advocatícios prestados. Inadmissibilidade. "Descabe, ao advogado que teve sua procuração cassada,

1 Disponível em: (endereço eletrônico constante no texto original). Acesso em maio/2016.

pleitear, na fase de execução da ação que patrocinava, o recebimento de honorários decorrentes de contrato particular, cujo direito deverá ser defendido nas vias ordinárias". Precedentes do E. STJ. Pretendido direito do advogado que deve ser pleiteado em procedimento autônomo. Sentença de extinção mantida. Apelo improvido.

VOTO

1. Trata-se de apelação interposta contra r. sentença que julgou extinta a execução de honorários advocatícios contratuais nos próprios autos da ação de execução de alimentos, com fundamento no art. 267, VI, do CPC/73, reconhecida a falta de interesse de agir. Alega a apelante, em resumo, que a sentença desobedeceu o disposto no art. 473 do CPC (pois já admitida a execução nos próprios autos, por decisão não recorrida), no art. 293 do CPC (por ultrapassar o campo de ação do julgador) e, por fim, o disposto nos artigos 22, "caput" e §4º, e 24, §1º, da Lei 8906/94, afrontando direito líquido e certo de receber a verba honorária, discorrendo, no mais, sobre os fatos relativos à relação mantida com sua ex-cliente, ora apelada, visando à procedência integral do pedido. Preparo regular. Recurso processado no duplo efeito e sem apresentação de contrarrazões, conforme certificado a fl. 410.

É o relatório.

Fundamento e decido.

2. Respeitadas as razões recursais e a combatividade da apelante, não se vislumbra qualquer desacerto na r. sentença monocrática, da lavra da Dra. Andrea Ayres Trigo, conforme se verá.

Ainda que se admita, em tese, a possibilidade de se executarem honorários advocatícios contratuais nos próprios autos do processo em que o profissional atuou, em conformidade com o disposto no art. 22, §4º, e 24, §1º, do EOAB, mediante a apresentação do contrato de prestação de serviços, destacada da condenação os valores a ele devidos por força do mandato, fato é que, no caso concreto, a pretensão da apelante encontra óbice claro consistente na anterior revogação da procuração outorgada.

Com efeito, tendo sido revogado o mandato - fato esse em nenhum momento refutado pela apelante -, inviabilizada está a possibilidade de o advogado intervir nos autos com pedido de cumprimento do contrato de prestação de serviços pela via executiva.

Frise-se não se tratar de revogação imotivada, mas acompanhada de denúncias quanto à qualidade e eficácia dos serviços prestados, estas por sua vez replicadas com apontamentos de uma situação familiar da executada confusa

Acesso ao Sumário

e complexa, além de acusações contra o atual patrono e filho desta, como se verifica a fl.57/61, tudo a conduzir muito mais, e visivelmente, a uma situação jurídica de arbitramento e não de simples execução de verba honorária - que pressuporia liquidez e certeza aqui inexistentes, esclarecido haver mesmo controvérsia séria quanto à eventual quitação dos honorários pleiteados, o que torna essencial processo de conhecimento prévio.

Assim sendo, a pretensão deverá ser deduzida em ação autônoma, que é o campo apropriado para a instauração e exame de toda a forte controvérsia existente entre as partes, a tornar a via judicial executiva inadequada.

Como já decidi:

1. Agravo de instrumento. Ação de indenização em fase de execução de sentença. Advogado destituído. Honorários de sucumbência. Direito autônomo do advogado à execução dos honorários advocatícios sucumbenciais. Súmula 306 do E. STJ. 2. Honorários contratuais ou convencionais e adiantamento de despesas. Impossibilidade de cobrança nos mesmos autos. Necessidade de persecução de créditos desta natureza em ação autônoma. Agravo provido em parte, com determinação. (TJSP, Agravo de Instrumento nº 2016247-71.2013.8.26.0000, Rel. Des. Soares Levada, j.07.10.2013, publicado em 25/10/2013).

A esse respeito, confira-se a lição de THEOTÔNIO NEGRÃO:

"*Descabe, ao advogado que teve sua procuração cassada, pleitear, na fase de execução da ação que patrocinava, o recebimento de honorários decorrentes de contrato particular, cujo direito deverá ser defendido nas vias ordinárias*. (1ª T., RMS 1.012-0. Min. Garcia Vieira, j. 21.6.93, maioria, DJU 23.8.93)".[1]

No mesmo sentido, o entendimento do E. STJ a respeito:

"PROCESSUAL CIVIL. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. COBRANÇA. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. PEDIDO DE RESERVA DE NUMERÁRIO. IMPOSSIBILIDADE. REVOGAÇÃO DO MANDATO. DISSÍDIO ENTRE OS NOVOS PATRONOS CONSTITUÍDOS E O TITULAR DO CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS ADVOCATÍCIOS. MATÉRIA ESTRANHA À LIDE. NECESSIDADE. AÇÃO AUTÔNOMA. PRECEDENTES DO STJ. 1. O acórdão recorrido está em consonância com a jurisprudência do STJ no sentido de que 'a controvérsia quanto ao percentual de honorários advocatícios que cada advogado que atuou na causa deve receber, tendo em vista a revogação do mandato e substituição dos causídicos, deve ser solucionada em ação autônoma' (REsp 766.279/RS, Primeira Turma, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ de 18.9.2006). 2. 'A discordância entre a parte exequente e o advogado em relação ao quantum que pretende ver destacado a título de honorários contratuais, como, no caso de sucessão de procuradores, revela a instauração de novo litígio, por isso

1 "Código de Processo Civil e Legislação Processual em Vigor", 45ª edição, Ed. Saraiva, 2013, p. 1175.

Acesso ao Sumário

que a satisfação do direito consagrado no vínculo contratual deve ser perquirida por meio de ação autônoma; vale dizer, em sede de execução de título extrajudicial, nos termos do art.585, VIII, do CPC c/c art. 24, da Lei n.º 8.906/94. (Precedentes: REsp 766.279/RS, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 20/10/2005, DJ 18/09/2006 p. 278; REsp 556570/SP, Rel. Ministro PAULO MEDINA, SEXTA TURMA, julgado em 06/04/2004, DJ 17/05/2004 p. 301; RMS 1012/RJ, Rel. Ministro GARCIA VIEIRA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 21/06/1993, DJ 23/08/1993 p. 16559; AgRg no REsp 1048229/PR, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 07/08/2008, DJe 27/08/2008; REsp 641146/SC, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 21/09/2006, DJ 05/10/2006 p. 240).Recurso especial parcialmente conhecido e, nesta parte, desprovido REsp 1087135/PR, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, DJe 17/11/2009).' 3. Agravo Regimental não provido." (AgRg nos EDcl no AREsp 342108 / SP, rel. Min. Herman Benjamin, j.10.12.13).

"AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS CONTRATUAIS E SUCUMBENCIAIS. RECEBIMENTO NOS PRÓPRIOS AUTOS. IMPOSSIBILIDADE. EXISTÊNCIA DE CONFLITO ENTRE OS ANTIGOS ADVOGADOS E OS ATUAIS. 1. O advogado tem legitimidade para pedir, nos próprios autos do processo em que atuou, o recebimento dos honorários de sucumbência ou a dedução dos honorários contratuais da quantia a ser recebida pelo outorgante, desde que não haja conflito entre ele e os atuais patronos da causa. Na espécie, verificada a discórdia, o recebimento dos honorários deve ser buscado por meio de ação executiva autônoma. Precedentes. 2. Agravo regimental a que se nega provimento." (AgRg no REsp 1394647/GO, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 28/04/2015, DJe 05/05/2015).

Ou seja, via de regra, a norma do art. 22, §4º, do EOAB, somente pode ser aplicada aos advogados que ainda estiverem atuando no processo e, no presente caso, houve revogação do mandato, fato esse, repita-se, não rechaçado, a corroborar a manutenção da extinção da execução. O mesmo em relação ao artigo 24, §1º, da mesma Lei 8906/94, que ao facultar ao advogado a execução nos próprios autos pressupõe ausência de litigiosidade entre as partes.

Anote-se, porque oportuno, que não há qualquer violação ao disposto no art. 473 do CPC, pois o mero processamento do pedido formulado não implica seu reconhecimento, sendo que somente neste caso (de reconhecimento da pretensão, sem recurso oportuno) caberia a discussão quanto à ocorrência ou não de preclusão.

Outrossim, não se pode nem sequer cogitar desrespeito ao art. 293 do CPC, pois as questões ligadas à legitimidade, interesse processual e possibilidade jurídica do pedido caracterizam as chamadas matérias de ordem pública,

Acesso ao Sumário

cognoscíveis de ofício e em qualquer momento processual.

O mais quanto fora dito nas razões recursais dizem respeito essencialmente ao mérito do pedido, sendo inviável sua análise, ante a necessidade de ajuizamento de ação autônoma, como já exposto.

3. Pelo exposto, **nega-se provimento ao apelo**.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0001948-47.2011.8.26.0145, da Comarca de Conchas, em que é apelante CARINA APARECIDA CORREA FRANCHINI (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado CONCESSIONÁRIA RODOVIAS DO TIETÊ S.A.

ACORDAM, em 34ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 27.693)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores GOMES VARJÃO (Presidente), NESTOR DUARTE E SOARES LEVADA.

São Paulo, 1º de junho de 2016.

GOMES VARJÃO, Relator

Ementa: Ação de indenização por danos morais e materiais fundada em colisão com objeto na pista. O suposto objeto não foi localizado após o acidente. Ausente comprovação da natureza e da origem do objeto, impossível atribuir sua presença na pista a conduta omissiva da concessionária. Impossibilidade de inversão do ônus probatório, por se tratar de fato negativo. Ausente comprovação da conduta, tampouco do nexo causal. Manutenção da improcedência dos pedidos. Recurso improvido.

VOTO

A r. sentença de fls. 196/203, cujo relatório se adota, julgou improcedente a ação de indenização, decorrente de acidente de veículo, para condenar a autora ao pagamento de custas, despesas processuais e honorários advocatícios fixados em R$1.500,00, observada a justiça gratuita.

Apela a requerente (fls. 207/220). Sustenta preliminar de nulidade por

Acesso ao Sumário

ausência de apreciação do pedido de inversão do ônus da prova decorrente da relação de consumo entre a usuária do serviço público, e a concessionária responsável pela rodovia. No mérito, afirma que é inequívoca a ocorrência de dano no veículo da usuária, decorrente de objeto presente na pista. Acrescenta que, em razão da responsabilidade objetiva da concessionária, é devida indenização pelo dano sofrido. Por isso, requer a reforma da r. sentença.

Recurso recebido no duplo efeito e contrariado (fls. 221 e 224/233).

É o relatório.

A preliminar suscitada se confunde com o mérito, e com ele será analisada. Consta da petição inicial que em 01.08.2010 o veículo da autora era conduzido pela rodovia Marechal Rondon, sentido Laranjal Paulista - Conchas, quando foi atingido por objeto não identificado que teria sido projetado do leito carroçável por caminhão que seguia à sua frente. Em razão do dano causado pela colisão com o objeto, pretende indenização no valor de R$5.610,50, além de vinte salários mínimos a título de indenização por danos morais.

A r. sentença julgou os pedidos improcedentes, sob o fundamento de que, a par de não haver comprovação da conduta omissiva e do nexo causal, haveria excludente da responsabilidade objetiva da concessionária, por não ser razoável exigir a instantânea remoção de qualquer fragmento ou objeto de pequeno porte do leito carroçável.

De fato, mesmo ao final da fase de instrução, não foram esclarecidas circunstâncias fundamentais para o reconhecimento do dever de indenizar, nem mesmo à luz da responsabilidade objetiva da requerida, que decorre do art. 37, §6º, da CF, bem como do art. 14 do CDC.

Isso porque não foi comprovado o fato constitutivo do direito alegado pela autora, vale dizer, a conduta omissiva da requerida que, por meio de nexo causal, teria causado dano ao veículo.

Com efeito, o objeto que teria atingido o veículo da autora não foi localizado nem identificado, tampouco sua origem. Como bem observado na r. sentença, "Não se sabe se o sinistro envolveu uma pedra ou outro material que estava presente na rodovia quando os veículos trafegavam. É desconhecida a natureza do artefato e não há como dizer que estava mesmo na via pública antes da passagem dos carros. É incerto se foi uma coisa deixada no leito carroçável ou algo lançado por outro veículo ou por alguma pessoa naquele exato momento. O automóvel da demandante pode perfeitamente ter sido atingido por algo que se desprendeu do caminhão. Também não se pode descartar o arremesso voluntário de um artefato por terceira pessoa, mal intencionada ou não." (fls. 199/200).

Desta feita, sem que haja identificação do objeto e de sua origem, é impossível constatar a conduta ilícita alegada, bem como caracterizar o nexo causal entre o dano sofrido pela autora e suposta conduta comissiva ou omissiva

Acesso ao Sumário

da requerida, o que afasta o dever de indenizar.

Nesse contexto, de rigor reconhecer que o pedido de inversão do ônus probatório fica prejudicado, na medida em que, não havendo risco integral assumido pela concessionária, nem mesmo à luz da responsabilidade objetiva, a ela não poderia ser imposto o ônus de comprovar fato negativo, a suposta conduta omissiva na manutenção e limpeza da pista.

Vale dizer, mesmo se tratando de responsabilidade objetiva, é necessária a comprovação da ocorrência da conduta, do nexo causal, e do dano, cabendo à concessionária comprovar culpa da vítima, caso fortuito ou força maior. No caso vertente, nem mesmo a conduta omissiva foi comprovada, e é impossível impor o ônus dessa comprovação à requerida, por se tratar de fato negativo.

Sobre o assunto, oportuna a transcrição da r. sentença: "Dessa maneira, é absolutamente inviável afirmar que houve mesmo falha na conservação da via pública. Sem distinguir precisamente o que acertou o carro e como foi essa colisão, é impossível vincular o sinistro ao mal estado da rodovia, ou reconhecer que o episódio decorreu de ausência de correta manutenção da pista. Como não se pode presumir a existência de uma falha, de rigor se torna rejeitar a conclusão de que ela ocorreu." (fl. 200).

Em suma, ausente comprovação da natureza e da origem do objeto que atingiu o veículo da autora, não há indício que aponte no sentido de que o dano tenha decorrido de conduta da requerida, o que impede o reconhecimento de nexo causal, bem como do dever de indenizar, prejudicada a discussão acerca da inversão do ônus probatório.

Ante o exposto, afastada a preliminar, nego provimento ao recurso.

É meu voto.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1002443-73.2014.8.26.0564, da Comarca de São Bernardo do Campo, em que é apelado MARCO AURÉLIO SABBAG SOBRINHO (JUSTIÇA GRATUITA), é apelante SEGURADORA LIDER DOS CONSÓRCIOS DPVAT.

ACORDAM, em 31ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 36932)**

O julgamento teve a participação dos Exmo. Desembargadores ADILSON DE ARAUJO (Presidente) e CARLOS NUNES.

Acesso ao Sumário

São Paulo, 7 de junho de 2016.
ANTONIO RIGOLIN, Relator

Ementa: SEGURO OBRIGATÓRIO (DPVAT). AÇÃO DE COBRANÇA. NATIMORTO. ALEGAÇÃO DE CERCEAMENTO DE DEFESA. AUSÊNCIA DE RESPOSTAS AOS QUESITOS APRESENTADOS. RECURSO IMPROVIDO. A prova pericial foi exauriente e apresentou todos os esclarecimentos necessários para a formação da convicção, tornando desnecessárias as respostas aos quesitos apresentados, o que afasta a possibilidade de cogitar de cerceamento de defesa por absoluta ausência de prejuízo.

SEGURO OBRIGATÓRIO (DPVAT). AÇÃO DE COBRANÇA. NATIMORTO. PRESCRIÇÃO. PRAZO DE TRÊS ANOS, POR INCIDÊNCIA DO ARTIGO 206, § 3º, DO CÓDIGO CIVIL. INOCORRÊNCIA. RECURSO IMPROVIDO. 1. O seguro DPVAT é de responsabilidade civil, aplicando-se o artigo 206, §3º, do Código Civil diante da interpretação conferida à norma intertemporal prevista em seu artigo 2028. 2. No caso em exame, houve a morte do feto em razão do acidente, aspecto que somente restou esclarecido com a realização de laudo pericial. A época da definição da relação de causalidade, portanto, que só ocorreu nessa oportunidade, deve ser adotada como termo inicial do prazo de prescrição, pois só nesse momento é que a parte alcançou o conhecimento oficial da possibilidade de ajuizamento da demanda. Esse raciocínio adota a mesma linha de interpretação da orientação jurisprudencial a respeito do termo inicial da prescrição nos casos de incapacidade permanente. 3. Na hipótese em exame, o ajuizamento ocorreu dentro do prazo respectivo, o que afasta a possibilidade de cogitar de prescrição.

SEGURO OBRIGATÓRIO (DPVAT). AÇÃO DE COBRANÇA. NATIMORTO. ALEGAÇÃO DE FALTA DE COMPROVAÇÃO DO NEXO DE CAUSALIDADE. BOLETIM DE OCORRÊNCIA.

Acesso ao Sumário

RECURSO IMPROVIDO. O boletim de ocorrência não constitui documento de apresentação indispensável com a petição inicial, na ação de cobrança de prestação securitária (DPVAT). A prova do dano, à falta de disposição legal específica, pode ser feita pelos diversos meios probatórios, circunstância que, por si só, afasta a possibilidade de cogitar da indispensabilidade da prova documental para tal demonstração.

SEGURO OBRIGATÓRIO (DPVAT). AÇÃO DE COBRANÇA. NATIMORTO. ALEGAÇÃO DE AUSÊNCIA DE COBERTURA SECURITÁRIA. INOCORRÊNCIA. RECURSO IMPROVIDO. O nascituro tem a proteção legal, e a sua morte, no caso, ocorreu em virtude do acidente, que determinou a interrupção da gestação. Daí o reconhecimento do direito do autor, na qualidade de pai, ao recebimento da indenização do seguro DPVAT, nos termos do artigo 3º, inciso I, da Lei nº 6.194/74, com as alterações dadas pelas Leis nºs 11.482/07 e 11.945/09.

VOTO

Visto.

1. Trata-se de ação de cobrança decorrente de seguro DPVAT proposta por MARCO AURÉLIO SABBAG SOBRINHO em face de SEGURADORA LÍDER DOS CONSÓRCIOS DO SEGURO DPVAT S/A.

A r. sentença, cujo relatório se adota, julgou procedente o pedido, condenando a ré ao pagamento da indenização no valor de R$ 6.750,00, montante a ser corrigido a partir da data do acidente e acrescido de juros de mora desde a citação, além das despesas processuais e honorários advocatícios fixados em 10% do valor da condenação.

Inconformada, apela a vencida alegando a ocorrência de cerceamento de defesa, ante a necessidade de resposta aos quesitos apresentados. Aduz ainda, a ocorrência da prescrição, pois a data do acidente deve ser adotada como termo inicial da contagem do respectivo prazo, sendo inaplicável a Súmula 278 do STJ em casos de morte. Alega a ausência de cobertura de indenização do seguro DPVAT em casos de natimorto e, ainda, questiona o nexo de causalidade, considerando-se que não houve a juntada do boletim de ocorrências.

Recurso tempestivo e bem processado, oportunamente preparado e respondido.

Acesso ao Sumário

É o relatório.

2. De pronto, impõe-se apreciar a alegação da seguradora ré de falta de resposta aos quesitos apresentados, pois o trabalho pericial exauriu o esclarecimento do fato, tornando dispensável qualquer outro complemento. A complementação pretendida, porque evidentemente desnecessária, só serviria para retardar a prestação jurisdicional, sem a menor possibilidade de alterar a análise do fato, que se encontra formulada de maneira a não comportar qualquer tipo de dúvida.

Não há, portanto, qualquer prejuízo para justificar a alegação de vício.

No mais, verifica-se que o autor objetiva a condenação da ré ao pagamento de indenização decorrente do seguro obrigatório (DPVAT), no valor correspondente de R$ 6.750,00, em decorrência de acidente de trânsito de que foi vítima seu filho natimorto, fato ocorrido em 18 de abril de 2010.

A sentença reconheceu o direito do autor ao recebimento da indenização, no valor de R$ 6.750,00. Daí a insurgência da ré em determinados pontos.

A primeira questão que se apresenta é a prescrição.

De fato, o prazo prescricional em casos de seguro obrigatório é trienal, estando já consolidada, a esse respeito, a jurisprudência do C. Superior Tribunal de Justiça, consubstanciada na Súmula 405.[1]

Todavia, o raciocínio adotado pela ré partiu do pressuposto de que o termo inicial da contagem é a data do sinistro, o que não encontra razão de ser. No caso em exame, estabeleceu-se um estado de dúvida a respeito do nexo causal, que só se definiu com a realização de um trabalho pericial. A morte, simplesmente, não permitiu inferir de pronto o direito ao recebimento da indenização, mas, sim, o esclarecimento de que ela decorreu do descolamento prematuro de placenta, causado pelo traumatismo.

Assim, a data a considerar deverá ser a da realização do laudo pericial, que possibilitou ao autor o conhecimento inequívoco de que a morte do feto decorreu do acidente automobilístico de que foi vítima a Sra. Daniela Simone Alves.

Daí necessariamente decorre a conclusão de que o prazo prescricional só passou a correr do instante em que realizado o laudo pericial respectivo. Esta solução tem por base o mesmo raciocínio em que se ampara a orientação jurisprudencial que reconhece o termo inicial, para os casos de invalidez permanente, o momento em que o lesado tem conhecimento inequívoco de sua incapacidade[2].

Assim, não há como deixar de reconhecer que houve oportuno ajuizamento

Acesso ao Sumário

1 "A ação de cobrança do seguro obrigatório (DPVAT) prescreve em três anos".

2 - REsp 1079499/RS, 3ª T., Rel. Min. Sidnei Beneti, DJe 15/10/2010, RB vol. 564 p. 28, RSTJ vol.221 p. 552.

da demanda, ocorrido antes mesmo da elaboração do laudo pericial.

Superada essa questão, impõe-se apreciar o ponto central da controvérsia.

A ré questiona a ausência de cobertura de indenização para os casos de vítima fatal natimorto.

A personalidade civil começa no nascimento com vida, conforme dispõe o Código Civil de 2002, em seu artigo 2º, entretanto este artigo faz ressalva aos direitos no nascituro - ser já concebido dentro do ventre materno - que, apesar da ausência ainda de personalidade, tem a expectativa de sua aquisição, o que lhe assegura o gozo dos direitos que lhe são inerentes, como o nome, imagem etc.

Nessa perspectiva há de ser analisada a situação do natimorto, que perdeu a vida ainda no útero materno; assim, ainda que não tenha adquirido personalidade jurídica, adquiriu todos os direitos inerentes ao nascituro, merecendo a proteção jurídica.

Neste sentido anotam Nelson Nery Junior e Rosa Maria Andrade Nery:

"Nascituro. É pessoa por nascer, já concebida no ventre materno (Teixeira de Freitas, Esboço, art. 53). Antes de nascer o nascituro não tem personalidade jurídica, mas tem natureza humana (humanidade), razão de ser de sua proteção jurídica pelo CC.

Natimorto. É aquele que nasceu morto que, segundo o CC 2º não adquiriu personalidade jurídica e, consequentemente, não se tornou sujeito de direito (v., abaixo, coments. Prelims. Ao CC 11). Mesmo não havendo nascido com vida, ou seja, não tendo adquirido personalidade jurídica, o natimorto tem humanidade e por isso recebe proteção jurídica do sistema de direito privado, pois a proteção da norma ora comentada a ele se estende, relativamente aos direitos de personalidade (nome, imagem, sepultura, etc). V. na casuística abaixo, o verbete 'natimorto'. A LRP 53 determina se faça o registro do natimorto em livro próprio"[3].

Portanto, a interrupção da gestação em decorrência do acidente de veículo justifica a indenização do seguro DPVAT, de acordo com o art. 3º, inciso I, da Lei nº 6.194/74, com as alterações dadas pelas Leis nºs 11.482/07 e 11.945/09, desde que, naturalmente, evidenciado o nexo de causalidade.

Nesse sentido:

"APELAÇÃO CÍVEL - SEGURO OBRIGATÓRIO (DPVAT) - Interposição contra sentença que julgou parcialmente procedente a ação de cobrança de DPVAT c.c. reconhecimento do nascituro. Acidente ocorrido na vigência da Lei nº 11.482/07. Morte de nascituro em decorrência de acidente de trânsito. Nexo causal comprovado. Sentença mantida"[4] .

3 - Código Civil Comentado, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2005, 3º ed., p.162.

4 - TJSP - Apelação/Acidente de Trânsito nº 1001132-20.2015.8.26.0400 - 33ª Câmara de Direito Privado - Rel. Des. MARIO A. SILVEIRA - J. em 28/03/2016.

Acesso ao Sumário

"AÇÃO DE COBRANÇA. Seguro DPVAT. Acidente de trânsito ocorrido no dia 02 de setembro de 2013. Vítima que sofreu abortamento de gestação de dois (2) meses. Morte de filho nascituro, cujo direito se acha colocado a salvo no artigo 2º do Código Civil. Cabimento da indenização prevista no artigo 3º, inciso I, da Lei nº 6.194/74, com as alterações dadas pelas Leis nºs 11.482/07 e 11.945/09. Decreto de Procedência. APELAÇÃO da ré, que sustenta a ausência de cobertura e violação à legislação específica e à Súmula 474 do STJ. Rejeição. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO NÃO PROVIDO"[5].

Prosseguindo, tratando agora do nexo de causalidade, constata-se que o laudo pericial concluiu:

*"**5. CONCLUSÃO**:*

Diante do exposto conclui-se que:

Há nexo de causalidade entre o acidente ocorrido em 18/04/2010 e o falecimento do recém-nascido de Daniela Simone Alves" (fl. 228).

E esclareceu:

"*4. DISCUSSÃO:*

A presente perícia se presta a instruir ação de COBRANÇA que MARCO AURÉLIO SABBAG SOBRINHO move em face de SEGURADORA LÍDER DO CONSÓRCIO DO SEGURO DPVAT, pleiteando pagamento de seguro obrigatório em decorrência de acidente ocorrido e que resultou no falecimento do periciando.

Para a confecção do presente trabalho pericial foi realizada análise dos documentos médico legais de interesse ao caso e revisão da literatura médica sendo constatado que trata-se de natimorto cuja genitora, grávida de trinta e sete semanas, se envolveu em acidente automobilístico em 18/04/2010 (Fls. 20).

A genitora realizava pré-natal periodicamente sendo que em ultrassonografia do dia 06/04/2010 o feto se encontrava vivo.

No dia 18/04/2010 o veículo em que se encontrava se envolveu em uma colisão tendo a mesma sido socorrida e levada para atendimento hospitalar e sido liberada no mesmo dia.

No dia 19/04/2010 procurou atendimento no Hospital Universitário de São Bernardo do Campo onde foi avaliada e constatada ausência de batimento cardíaco fetal ao ultrassom em decorrência de descolamento prematuro de placenta (Fls. 187).

Foi realizado parto cesárea com retirada do natimorto (Fls. 167 e 170).

A certidão de óbito emitida pelo médico Amauri Clozer Pinheiro, CREMESP 47206, deu como causa mortis anóxia intrauterina,

Acesso ao Sumário

5 - TJSP - Apelação/Acidente de Trânsito nº 1003162-54.2014.8.26.0047 - 27ª Câmara de Direito Privado - Rel. Des. DAISE FAJARDO NOGUEIRA JACOT - J. em 19/05/2015.

descolamento prematuro de placenta (Fls. 16)" (fls. 227/228).

Além disso, não há razão para falar em ausência de prova dos fatos constitutivos, considerando-se que se encontram presentes os documentos necessários para a demonstração. A legislação específica estabelece que o pagamento da indenização deve ser efetuado mediante simples prova do acidente e do dano decorrente (artigo 5º, da Lei nº 6.194/74). Ora, consta da certidão de óbito que a causa da morte foi "*anóxia intrauterina, descolamento prematuro da placenta*" (fl. 16). A lei exige a apresentação de outros documentos apenas para o fim de pagamento na via administrativa.

A prova do dano, à falta de disposição legal específica, pode ser feita pelos diversos meios probatórios, circunstância que, por si só, afasta a possibilidade de cogitar da indispensabilidade da prova documental para tal demonstração.

Inegável, pois, o reconhecimento de que o autor faz jus à indenização pleiteada.

Enfim, não comporta acolhimento o inconformismo, devendo prevalecer a solução adotada pela r. sentença.

3. Ante o exposto, e nesses termos, nego provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0014049-38.2003.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante CARLOS ALBERTO SOARES AMORA, é apelado FIRST POWER S AUTOMÓVEIS LTDA.

ACORDAM, em 29ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 10.370)**

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

São Paulo, 8 de junho de 2016.

FABIO TABOSA, Relator

Ementa: Processual. Alegação de intempestividade do apelo. Descabimento. Sentença que foi objeto de embargos de declaração opostos por um dos réus, com interrupção em consequência do prazo para todas as partes relativamente ao recurso de

Acesso ao Sumário

apelação, não apenas para a parte embargante. Art. 538, *caput*, do CPC/73. Retomada da contagem, após, com observância da duplicação de prazos para os litisconsortes com diferentes advogados, nos termos do art. 191 do CPC/73. Recurso tempestivo. Preliminar de inadmissibilidade rejeitada.

Processual. Preclusão. Decisão anterior à sentença que mencionou a "homologação" do laudo pericial, em função dos esclarecimentos prestados pelo vistor. Alegação da autora-apelada, a partir daí, de impossibilidade de discussão pelos réus quanto ao teor da perícia. Descabimento. Terminologia inadequada utilizada pelo Juízo que deve ser entendida no sentido do encerramento formal da prova técnica, sem implicar todavia análise definitiva de mérito quanto ao teor do laudo, por seu turno não dependente de homologação. Valoração da prova ocorrida na sentença e portanto suscetível de discussão, naturalmente, no recurso contra ela dirigido. Ausência de esgotamento em momento anterior da oportunidade de tratamento da matéria. Decisão "homologatória" que não desafiava recurso. Preclusão não verificada. Preliminar da apelada rejeitada também quanto a esse aspecto. Apelação conhecida.

Prestação de contas. Ação de dar contas, movida pela sócia ostensiva. Sociedade em conta de participação. Questionamento do réu às conclusões do laudo pericial insubsistentes. Receitas e despesas devidamente justificadas quanto à origem e demonstração. Decisão que apurou saldo em favor da autora que se confirma. Condenação dos réus em honorários advocatícios igualmente justificada, tendo em vista a proximidade significativamente maior do valor final das contas para com o saldo pretendido pela autora, se comparado ao valor sustentado pelos réus, que se entendiam credores de valor expressivamente superior. Percentual de 15% sobre o valor do saldo declarado adequado para o caso, tendo em vista a complexidade da matéria, o tempo de processamento e o trabalho exigido. Apelação do réu desprovida.

Acesso ao Sumário

VOTO

VISTOS.

A r. sentença de fls. 3.893/3.895 julgou satisfatoriamente prestadas as contas no âmbito de ação de dar contas movida por sócia ostensiva em face de sócios ocultos de sociedade em conta de participação, nesse sentido reconhecendo a existência de saldo favorável à autora da ordem de R$ 123.639,99 (cento e vinte e três mil, seiscentos e trinte e nove reais e noventa e nove centavos), corrigido monetariamente a partir da data dos cálculos e com incidência de juros de mora desde a citação. Arbitrou ainda honorários advocatícios, a serem suportados pelos réus, em 15% do valor do saldo devedor.

Apela tão somente o corréu Carlos Alberto (fls. 3.912/3.937), impugnando as conclusões do laudo pericial, defendendo a irregularidade das contas apresentadas e sustentando a inexistência de documentos comprobatórios dos gastos computados a títulos de investimentos em veículos, bem como apontando a incongruência entre o valor apontado pela autora e o apurado pelo perito em averiguação das notas fiscais, sugerindo terem sidos os cálculos realizados por mera presunção de gastos. Prossegue impugnando a ausência de prova documental dos gastos descritos como *despesas pagas* e *receitas com blindagens*. Por fim, aduz não ter havido o trânsito em julgado das demandas trabalhistas consideradas na complementação do laudo. Conclui batendo-se pelo acolhimento das contas apresentadas por seu assistente técnico e pela inversão dos ônus sucumbenciais ou, subsidiariamente, pela redução dos honorários advocatícios fixados.

O recurso, que é tempestivo, foi recebido nos efeitos devolutivo e suspensivo (fl. 3.952) e regularmente processado, com apresentação de resposta pela apelada no prazo legal, com preliminares de não conhecimento por intempestividade e preclusão (fls. 3.953/3.964).

É o relatório.

Afastam-se antes de mais nada as preliminares formuladas pela apelada.

No tocante ao tema da tempestividade, pretende ela que, havendo dois réus, tenha ficado prejudicada a contagem em dobro do prazo recursal, prevista no art. 191 do CPC/73, pelo fato de o outro réu não ter oposto embargos declaratórios, apenas o ora apelante, de modo que quanto ao demandado Alexandre teria a sentença transitado em julgado desde logo, daí ser o prazo de apelação de interesse de apenas um dos litisconsortes.

A sugestão todavia investe contra texto expresso de lei e é de outra parte, com a devida vênia, a tal ponto pueril que tangencia a pura e simples temeridade. Basta dizer que o art. 538, *caput*, do CPC/73 (vigente na data da publicação da sentença), era expresso em prever que os embargos de declaração interrompiam o prazo para outros recursos, não apenas quanto ao embargante

Acesso ao Sumário

mas quanto a *qualquer das partes*. Dessa forma, publicada a decisão que rejeitou os declaratórios em 2 de fevereiro de 2010, passou o prazo de apelação a correr por inteiro quanto a ambos os réus, sujeitando-se em tais condições à duplicação aplicável aos litisconsortes com patronos diferentes; a apelação foi interposta em 23 de fevereiro, bem antes do transcurso do trintídio, sendo claramente tempestiva, pouco importando não tenha o outro litisconsorte recorrido (detalhe que somente se pode conhecer após o exaurimento do prazo e que portanto não interfere no critério de contagem correspondente).

Igualmente não prospera a preclusão aventada nas contrarrazões da apelada, que aponta não ter havido recurso do réu-apelante em face da decisão de fl. 3.883 dos autos, homologatória do laudo pericial, o que afastaria a possibilidade de insurgência contra a análise posteriormente feita na sentença em torno dessa mesma prova técnica. Por primeiro, é de se ter em conta a linguagem inadequada, com o devido respeito, utilizada pelo Magistrado, já que a prova pericial, como qualquer outra prova, simplesmente não depende de "homologação" ao ser concretizada nos autos. As provas, por meio dos atos que as materializam, são atos processuais comuns, que se integram ao processo tão logo realizados, não tendo valor jurídico autônomo e não necessitando de decisão específica a lhes conferir eficácia ou utilidade no processo. Por outro lado, sujeitas que são ao princípio da livre valoração, no tocante à interpretação que posam receber, a referência a uma suposta "homologação" simplesmente não tem repercussão alguma sobre a aceitação do conteúdo literal da prova, daí não se cogitar de qualquer necessidade ou mesmo possibilidade de recurso por qualquer das partes contra decisão em tais moldes, visto que no plano jurídico não há conteúdo identificável e definido que possa ser associado à decisão homologatória. A interpretação é aquela a ser dada no momento da decisão em que a prova vier a ser analisada, em face do que claramente oportuna a discussão agora suscitada pelo réu em termos recursais. Em suma, a desnecessária alusão do MM. Juízo *a quo* à prévia homologação do laudo pericial deve ser entendida quando muito como em encerramento formal da prova, nada mais que isso. Inexiste portanto qualquer preclusão, razão pela qual, rejeitada também a segunda preliminar da resposta da autora-apelada, conhece-se normalmente da apelação do corréu.

No mérito, entretanto, o inconformismo não prospera.

No que diz respeito à falta de trânsito em julgado das decisões de reclamações trabalhistas analisadas na perícia, o vistor foi expressamente advertido quanto a esse aspecto no tocante à complementação de seu laudo, como se tem claramente a fls. 3.591 e 3.855, fazendo menção nesse sentido a apenas duas demandas, devidamente identificadas. A apelação, por seu turno, se limita a negar o trânsito em julgado nesses casos, todavia fazendo-o de modo genérico e especulativo, sem qualquer elemento objetivo a sugerir a falsidade da

Acesso ao Sumário

informação, o que certamente não se pode aceitar.

Igualmente não vinga a impugnação quanto aos gastos feitos pela autora com relação a investimentos em veículos. Embora o perito tenha reconhecido a ausência de elementos materiais atinentes aos desembolsos propriamente ditos, isso não impedia que fossem reconhecidas as despesas a partir de elementos outros. E, nesse sentido, verificou-se a existência de notas fiscais diversas (fls. 86, 94, 119, 121, 123, 125, 127, 129 e 135), todas emitidas em nome da autora, demonstrando o destino final dos recursos, já que mostram a aquisição dos diversos veículos apontados no laudo pericial. A impugnação a essas notas, em tal sentido, não pode ser tida por idônea, como também não se justifica o questionamento da falta de congruência entre os valores declarados pela autora como gastos e o valor total resultante das notas fiscais; referida dissintonia de fato existe, objetivamente, mas foi resolvida em termos satisfatórios aos réus, visto que, sem embargo do valor declarado nas contas como investido, R$ 1.498.538,98, o perito considerou apenas o valor total emergente das referidas notas fiscais, R$ 1.073.236,040.

No que tange à impugnação das *despesas pagas*, no importe de R$ 530.210,38 relacionadas no anexo 4 do laudo pericial (fls. 893/902), o inconformismo é manifestamente genérico e desconsidera as notas fiscais e demais documentos constantes do anexo 5 (fls. 904/1.561), os quais comprovam os gastos relacionados, sendo possível averiguar na maioria dos documentos a existência de autenticação bancária do pagamento ou recibo de quitação.

A respeito das *receitas com blindagem*, é curioso que a impugnação do réu-apelante se insurja contra a falta de provas de "gastos" que teriam sido considerados em favor da autora, quando todavia o certo é que esse item indica, ao reverso, *receitas*, e portanto valores que foram considerados em favor dos próprios réus, vale dizer, como dedução da quantia devida em favor da autora. Em suma, admitiu ela o recebimento de R$ 617.000,00 (seiscentos e dezessete mil reais), e em tais condições simplesmente não haveria por que não considerar tal item, sem prejuízo de outros elementos que se pudessem ter obtido a respeito.

É o caso, enfim, de manter a decisão que fixou saldo final, no tocante aos elementos examinados (já que restaram ainda questões pendentes na relação entre as partes), de R$ 123.639,99 em favor da própria autora.

No que diz respeito à distribuição da sucumbência, entretanto, há que se notar que não pode a atividade judicial nesse ponto se nortear pelo mero valor objetivamente resultante das contas, visto que a existência de saldo em favor de alguma das partes não significa tenha havido indevida resistência da outra, ou que a pretensão da parte credora tenha prevalecido.

Nota-se que a autora, na petição inicial, apontou um saldo em seu favor de R$ 238.044,56 (fl. 35), superior ao fixado na sentença apelada. Mas,

Acesso ao Sumário

em contrapartida, o ora apelante postulou um crédito em seu favor de R$ 1.397.250,41 (cf. fl. 216), bem mais distante em relação ao valor final do que o defendido pela autora.

Assim, por força disso, vale dizer, do confronto das pretensões recíprocas (e não do mero fato de haver saldo pecuniário para a autora), conclui-se que houve decaimento em escala consideravelmente superior por parte do polo passivo, a justificar a fixação de honorários em favor do advogado da autora, em patamar (15% sobre o valor final do saldo declarado) que se tem por adequado, tendo em vista o alentado volume dos autos, tempo de processamento, complexidade da matéria e trabalho exigido.

Confirma-se, por tudo, na íntegra, a r. sentença recorrida.

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

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0019227-61.2003.8.26.0554, da Comarca de Santo André, em que é apelante NILSON LIMA DA SILVA (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado BRADESCO VIDA E PREVIDENCIA S/A.

ACORDAM, em 34ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 27.719)**

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

São Paulo, 8 de junho de 2016.

GOMES VARJÃO, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: Seguro de vida e acidentes pessoais. A prova dos autos não permite concluir que os problemas de saúde apresentados pelo autor têm vinculação com as atividades por ele desenvolvidas junto à estipulante, sendo, portanto, incabível a condenação da seguradora ré ao pagamento da indenização securitária pretendida. Recurso improvido.

VOTO

A r. sentença de fls. 286/290, cujo relatório se adota, julgou improcedente

a ação de cobrança de indenização securitária. Diante da sucumbência, condenou o autor ao pagamento das custas, despesas processuais e dos honorários advocatícios fixados em R$2.000,00 (dois mil reais). A exigibilidade de tais verbas ficou suspensa em razão da concessão dos benefícios da justiça gratuita.

Opostos embargos declaratórios pela ré, foram rejeitados (fls. 292/292v e 298).

Apela o autor (fls. 293/296). Afirma que os termos da apólice denotam que se o segurado ficar inválido em decorrência de evento ocorrido dentro ou fora do ambiente de trabalho, ainda que em decorrência de doença degenerativa, tem direito à indenização. Alega que a apólice prevê expressamente que, antes de completar 60 anos de idade, se o segurado ficar totalmente inválido para qualquer trabalho, a seguradora terá que lhe pagar 50% do capital segurado, imediatamente, devendo deixar o restante para ser pago aos beneficiários do segurado após o seu falecimento. Aduz que, diante disso, teria direito ao recebimento de, no mínimo, 50% do capital segurado. Assevera ter recebido auxílio-acidente e estar aposentado por invalidez. Argumenta que os problemas de saúde em comento foram contraídos no período em que trabalhava na estipulante (Prensas Schuller). Assevera que as conclusões alcançadas pela perícia foram equivocadas. Por isso, requer a reforma da r. sentença.

Recurso recebido no duplo efeito (fls. 304) e não contrariado.

É o relatório.

Consta da inicial que o apelante trabalhou na empresa Prensas Schuller S/A, na função de soldador, no período compreendido entre 22.09.1986 e 31.08.1995. Relatou que foi contratado seguro de vida em grupo ao qual aderiu. Afirmou que, em razão de problemas de coluna e redução da capacidade auditiva, está permanentemente incapacitado para o trabalho, razão pela qual tem direito ao recebimento da indenização prevista.

Em setembro de 2006, foi pronunciada a prescrição (fls. 182/183), posteriormente afastada pelo i. Des. EMANUEL OLIVEIRA, que determinou o prosseguimento do feito (fls. 212/215).

A perícia médica[1] a que o apelante foi submetido constatou, ante os elementos disponibilizados, que (i) apenas o dano auditivo eclodiu durante o período em que trabalhava na estipulante e (ii) o procedimento cirúrgico ao qual o recorrente foi submetido apresentou resultado satisfatório, não estando caracterizada doença ocupacional (fls. 242).

O exame concluiu, ainda, que os danos ortopédico e psiquiátrico foram diagnosticados após o desligamento do apelante da estipulante, não sendo possível vinculá-los às atividades desenvolvidas pelo apelante na vigência do contrato de trabalho.

1 Laudo: fls. 240/243.

Acesso ao Sumário

Por fim, impende assinalar que não há prova da origem e do grau de invalidez que fundamentaram a concessão dos benefícios previdenciários ao apelante.

Assim, não havendo evidências de que os problemas de saúde apresentados pelo recorrente têm vinculação com as atividades por ele desenvolvidas junto à estipulante, é incabível a condenação da recorrida ao pagamento da indenização securitária pretendida.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso.

É meu voto.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1030528-06.2014.8.26.0100, da Comarca de Barueri, em que é apelante FORMAPLAN FORMAS PLANEJADAS INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA., é apelado BANCO BRADESCO - S/A.

ACORDAM, em 26ª 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° 34.985)**

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

São Paulo, 9 de junho de 2016.

VIANNA COTRIM, Relator

Ementa: Alienação fiduciária - Busca e apreensão - Mora configurada - Discussão do débito - Impossibilidade - Ação que não se confunde com cobrança e objetiva somente a recuperação do bem - Redução da verba honorária imposta - Parcial provimento do apelo.

Acesso ao Sumário

VOTO

A r. sentença de fls. 288/292, cujo relatório é ora adotado, julgou procedente a ação de busca e apreensão relativa a alienação fiduciária, daí o apelo da ré, a fls. 306/333, aduzindo que a sentença partiu de premissa equivocada ao considerar que as cobranças ilegais ocorreram no período da anormalidade quando, ao menos em relação à capitalização de juros, ocorreu desde o início da

contratação; invoca a anulação da sentença por cerceamento de defesa tendo em vista o julgamento antecipado sem considerar pedido de prova pericial; alega ocorrência de capitalização diária de juros também no período de normalidade, não observada a pactuação expressa e clara; aponta taxa de juros acima da média do mercado e cumulação de comissão de permanência com outros encargos, que afastam a mora diante da irregularidade dos valores cobrados, justificando a recusa ao adimplemento; quando não, busca a redução da verba honorária a valores condizentes com a pouca duração do processo e a dedicação exigida do patrono da parte *ex adversa* por se tratar de demanda corriqueira e padronizada.

Recebido e processado o recurso, com contrarrazões a fls. 363/376, subiram os autos.

É o relatório.

O recurso prospera em parte.

Em que pese seu esforço, a recorrente incorre em desvio de perspectiva, pois, em rigor, as questões sobre as cláusulas do contrato e valor do saldo devedor sequer mereciam conhecimento.

Com efeito, a ação de busca e apreensão tem espectro limitado, bem assim a respectiva defesa, nos termos do art. 3º, parágrafo 2º, do D.L. 911/69, pois objetiva somente a recuperação do bem.

Não é, portanto, ação de cobrança, de sorte que aqui não cabe a discussão acerca da eventual abusividade de cláusulas, juros excessivos, anatocismo ou aplicação de comissão de permanência.

É que, efetivamente, se o devedor vier a entregar a coisa, haverá esta que ser leiloada pelo credor, sendo, somente então, possível a aferição de saldo a favor de um ou outro; e remanescendo saldo devedor em aberto, o credor fiduciário deverá havê-lo em processo distinto. Portanto, apresentado o bem na ação de busca e apreensão, qualquer que seja seu valor, a medida judicial terá alcançado seu objetivo, independentemente de remanescer pendências contratuais entre os litigantes.

Pondere-se, de outra parte, que, nos termos da legislação específica, consolidada a propriedade e posse do bem em mãos do autor, após a respectiva alienação é que se apurará a existência de débito ou crédito em favor dos litigantes.

Instalando-se a eventual cobrança contra a ora apelante, aí sim se constituirá no palco próprio para o exame de eventuais excessos, mas não nesta sede, considerando-se, ainda, que não foi previamente intentada ação pretendendo a revisão do contrato.

Daí porque também impertinente a alegação de cerceamento de defesa, uma vez que a prova pericial para fins de se constatar eventual irregularidade nos encargos seria absolutamente inócua.

Acesso ao Sumário

Não se olvide, por outro lado, que o inadimplemento é inconteste, daí porque correto o decreto de procedência da ação.

Assiste razão à apelante, contudo, no que pertine ao montante da verba honorária, fixado pela sentença em 10% do valor do débito, equivalente este a quantia superior a dez milhões de reais.

Ora, pese a procedência do feito, não houve condenação ao pagamento de quantia a justificar a incidência da regra do artigo 20, § 3º, do CPC de 1973, verificando-se maior pertinência a aplicação do § 4º do mesmo dispositivo, com o arbitramento por equidade.

De qualquer sorte, e sem demérito à atuação do patrono do apelado, mas atento à singeleza da causa, que não exigiu especial dedicação do causídico, e à razoável duração do processo, fixo esta verba em R$ 10.000,00, a ser corrigida deste arbitramento.

Pelo exposto, por esses fundamentos, dou parcial provimento ao apelo.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0026818-82.2012.8.26.0320, da Comarca de Limeira, em que é apelante EDNA MENEGUIN DONADELLI, são apelados JEFFERSON THIAGO DORING GOUVEA, JACQUELINE GISELDA SCHOLL GOUVEA, JOAO PAULO BUZOLIN CABRAL DE VASCONCELOS e FERNANDA SAMPAIO CABIANCA DE VASCONCELOS.

ACORDAM, em 26ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 8177)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores FELIPE FERREIRA (Presidente sem voto), RENATO SARTORELLI e VIANNA COTRIM.

São Paulo, 9 de junho de 2016.

BONILHA FILHO, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: Prestação de serviços. Corretagem. Cobrança. Ilegitimidade passiva. Ocorrência. Contrato particular de compra e venda de imóvel residencial. Penhora que recaiu sobre o imóvel negociado. Desistência justificada da venda. Comissão

indevida. Sentença mantida. Recurso improvido.

VOTO

Apelação interposta contra a r. sentença de fls. 218/221, cujo relatório adoto, que, em ação de cobrança, julgou extinto o processo em relação aos corréus JEFFERSON THIAGO DORING GOUVEA e JACQUELINE GISELDA SCHOLL GOUVEA, com fundamento no artigo 267, VI, do CPC, e improcedente a demanda com relação aos corréus JOÃO PAULO BUZOLIN CABRAL DE VASCONCELOS e FERNANDA SAMPAIO CABIANCA DE VASCONCELOS, bem como condenou a autora ao pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios, arbitrados em 10% do valor da causa.

Irresignada, insurge-se a autora, fls. 225/236, pleiteando a reforma da r. sentença. Sustenta que os requeridos Jeferson e Jacqueline são partes legítimas para figurarem no polo passivo, pois se beneficiaram com a realização do negócio jurídico, sendo responsáveis, também, pelo pagamento da comissão de corretagem. Afirma que prestou os serviços com diligência e que o desfazimento do negócio não decorreu de sua culpa. Insiste em que o desfazimento do negócio se caracteriza como ato de desistência injustificada dos compradores, sendo, portanto, devida a comissão de corretagem. Aduz que o corretor não tem responsabilidade pela execução do negócio intermediado, pois a sua atividade é restrita a facilitar as negociações e aproximar os interessados, não assumindo a responsabilidade pelo cumprimento das obrigações que as partes intermediadas assumirem. Pretende o recebimento da comissão de corretagem com base no artigo 722, do CC. Requer a procedência da demanda.

Recurso preparado, fls. 237/242, recebido, fls. 243A e com apresentação de contrarrazões às fls. 247/253 e 256/267.

É o relatório.

O recurso não comporta provimento.

A autora intermediou a venda de imóvel residencial dos réus, aproximando compradores e vendedores, resultando na assinatura de compromisso particular de venda e compra, fls. 32/36.

Após as entregas das certidões negativas de débitos do imóvel, fls. 38/48, ocorreu a desistência justificada dos compradores, quando descobriram que sobre o imóvel adquirido existia uma determinação de penhora, fls. 49, ingressando com ação de rescisão contratual com restituição do sinal, fls. 59/68.

De início, não é possível reconhecer a legitimidade passiva dos corréus Jefferson Thiago Doring Gouvea e Jacqueline Giselda Scholl Gouvea, pois, na qualidade de vendedores e proprietários do imóvel, não contrataram a prestação de serviços da autora.

Acesso ao Sumário

Infere-se dos autos, que restou incontroverso que os compradores realizaram a contratação da prestação de serviços da autora, para a intermediação da venda do seu imóvel, fls. 60.

Humberto Theodoro Junior, citando Liebman diz que: "são partes do processo os sujeitos do contraditório instituído perante o juiz (os sujeitos do processo diversos do juiz, para os quais este deve proferir o seu provimento). Parte, portanto, em sentido processual, é o sujeito que intervém no contraditório ou que se expõe às suas consequências dentro da relação processual" (*Curso de Direito Processual Civil I*, 55ª ed., Ed. Forense, p. 102).

Desse modo, configurada a ilegitimidade de parte passiva dos corréus Jefferson Thiago Doring Gouvea e Jacqueline Giselda Scholl Gouvea.

Para a incidência da corretagem, exige-se a presença de três requisitos, quais sejam: I - a autorização do vendedor para que haja a intervenção do mediador na realização do ato negocial; II - a aproximação das partes pela ação do mediador e; III - a realização do negócio, que não se verificou na hipótese dos autos.

A propósito, destaca-se a lição de VENOSA, segundo a qual: "O corretor somente fará *jus* à remuneração, denominada geralmente comissão, se houver resultado útil, ou seja, a aproximação entre o comitente e o terceiro resultar no negócio, nos termos do artigo 725, do CC. Nesse sentido, se não for concretizada a operação, a comissão será indevida, por se tratar a intermediação de contrato de resultado. Persiste o direito à remuneração, em princípio, se o negócio não se realiza por desistência ou arrependimento do comitente. O corretor compromete-se a obter um resultado útil. Se não ocorre esse deslinde em sua conduta, a remuneração não é devida. É matéria a ser examinada no caso concreto, nem sempre de fácil deslinde" (Venosa, Sílvio de Salvo, Direito Civil: contratos em espécie, 5ª ed. São Paulo, 2005, pag. 341).

Preceitua o art. 725, do CC que: "A remuneração é devida ao corretor uma vez que tenha conseguido o resultado previsto no contrato de mediação, ou ainda que este não se efetive em virtude de arrependimento das partes."

Acesso ao Sumário

No caso dos autos, como se trata de corretagem imobiliária, o efetivo fechamento se dá com a assinatura da escritura pública ou particular de compra e venda, ou do instrumento particular de promessa de compra e venda.

Como na hipótese em exame foi firmado compromisso de compra e venda, com posterior rescisão, em razão da descoberta de penhora que pendia sobre o imóvel, reconhece-se que não houve a conclusão do negócio, o que não implica no pagamento de comissão de corretagem.

Ora, está evidente que os compradores ingressaram com a ação de rescisão contratual, em razão de não ter sido exibida a documentação pertinente, demonstrando que o imóvel estava livre e desembaraçado para alienação, além da existência do gravame da penhora.

Acrescenta-se, ainda, que a função do corretor não é só a de aproximar os compradores e os vendedores, mas também o de realizar todas as diligências e prestar as informações devidas até a conclusão do negócio.

E, no caso dos autos, os compradores somente tiveram ciência da existência de penhora sobre imóvel após a assinatura do compromisso de compra e venda.

Reitera-se que constitui obrigação do corretor o dever de informar os compradores da real situação do imóvel (penhora e dívidas), antes de concluir a negociação de uma venda.

Com efeito, a comissão de corretagem somente será devida se o negócio principal se tiver formalizado, portanto, quando traduzido o consenso obtido com o trabalho útil do corretor pelo aperfeiçoamento regular e, conforme o caso, formal do negócio por ele intermediado. Não se verificou na hipótese dos autos o resultado útil do corretor.

Como bem entendeu o Magistrado "a quo": "*Contudo, diante das circunstâncias envolvendo a lide examinada, infere-se que não se trata de simples hipótese de arrependimento posterior dos compradores, como causador da não concretização integral do negócio. Conforme restou reconheceu a própria autora na inicial, pela certidão judicial foi apurado que o imóvel objeto da transação estava penhorado, de modo que tal circunstância é mais do que justificável para motivar a desistência de qualquer comprador. A aproximação dos interessados não implica na obtenção de resultado útil para a atividade de corretagem. Todas as pesquisas, posteriores à aproximação inicial e à assinatura do contrato de compromisso de compra e venda, são parte da negociação que precede o acordo de vontades. Com efeito, não obstante a nova regulação do contrato de corretagem pelo CC/02 ter trazido matizes inovadoras ao instituto, a doutrina e a jurisprudência mantém entendendo sólido no sentido de que tal contrato encerra, para o corretor, uma obrigação de resultado*", fls. 220.

No mesmo sentido, já decidiu o C. STJ:

"CIVIL. RECURSO ESPECIAL. CONTRATO DE CORRETAGEM. ALIENAÇÃO DE EMPRESA. PROPOSTA ACEITA PELO COMPRADOR. DESISTÊNCIA POSTERIOR. RESULTADO ÚTIL NÃO CONFIGURADO. COMISSÃO INDEVIDA. - Nos termos do entendimento do STJ, a comissão de corretagem só é devida se ocorre a conclusão efetiva do negócio e não há desistência por parte dos contratantes. - É indevida a comissão de corretagem se, mesmo após a aceitação da proposta, o comprador se arrepende e desiste da compra. Recurso especial provido" (REsp n.º 753.566/RJ, 3ª Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 17/10/06, conheceram e deram provimento, v. u., DJU de 05/03/07, p. 280).

"CONTRATO DE CORRETAGEM. COMPRA E VENDA DE IMÓVEL. NÃO REALIZAÇÃO DO NEGÓCIO. DESISTÊNCIA. COMISSÃO DE CORRETAGEM INDEVIDA. TRIBUNAL DE ORIGEM ALINHADO À JURISPRUDÊNCIA DO STJ. AGRAVO REGIMENTAL NÃO-PROVIDO. 1. Contrato de corretagem.

Acesso ao Sumário

Comissão: segundo o entendimento firmado no STJ, a comissão de corretagem apenas é devida quando se tem como aperfeiçoado o negócio imobiliário o que se dá com a efetiva venda do imóvel. 2. Agravo regimental não-provido" (AgRg no AI n.º 719.434/%S, 4ª Turma, Rel. Min. Luiz Felipe Salomão, j. 02/04/09, negaram provimento, v. u., DJe de 20/04/09).

"CORRETAGEM. PROPOSTA ACEITA PELO COMPRADOR. NEGÓCIO NÃO CONCRETIZADO. COMISSÃO INDEVIDA. A comissão de corretagem só é devida se o negócio é efetivamente concluído e não há desistência por parte dos contratantes" (AgRg no AI n.º 867.805/SP, 3ª Turma, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, j. 18/10/07, negaram provimento, v. u., DJU de 31/10/07, p. 327).

Por conseguinte, de rigor a manutenção da r. sentença.

Diante do exposto, nego provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1009586-08.2014.8.26.0114, da Comarca de Campinas, em que é apelante ROMILDO COLPAS LIRA, é apelado COBASI COMÉRCIO DE PRODUTOS BÁSICOS E INDÚSTRIA LTDA.

ACORDAM, em 33ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº SMO 23489)**

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

São Paulo, 13 de junho de 2016.

SÁ MOREIRA DE OLIVEIRA, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS - Ação de indenização - Consumidor que estacionou o veículo em vaga disponibilizada na calçada, sem qualquer aparato de segurança - Roubo com emprego de arma de fogo - Fato exclusivo de terceiro - Sem hipótese para responsabilização especial do fornecedor pela guarda do veículo - Ausência de nexo causal - Ação improcedente. Apelação não provida.

VOTO

Trata-se de apelação interposta por ROMILDO COLPAS LIRA (fls. 124/138) contra a r. sentença de fls. 120/122, proferida pelo MM. Juiz da 4ª Vara Cível da Comarca de Campinas, Dr. Fabio Varlese Hillal, que julgou improcedente a ação de indenização por ele promovida em face de COBASI COMÉRCIO DE PRODUTOS BÁSICOS E INDÚSTRIA LTDA., condenando-o ao pagamento de custas e despesas processuais, bem como honorários advocatícios, fixados em 10% sobre o valor da causa.

Sustenta o apelante que se encontrava no estacionamento da apelada quando foi vítima de roubo realizado com o emprego de arma de fogo. Diz que o estabelecimento era responsável pela segurança dos clientes e de seus bens enquanto permanecessem em seu estacionamento. Menciona o teor da Súmula 130 do STJ e requer sua aplicação ao caso em análise. Postula o provimento do recurso para julgar procedente a ação.

Contrarrazões às fls. 143/151, pela manutenção da r. sentença apelada.

É o relatório.

O recurso não comporta provimento.

Trata-se de ação de indenização proposta pelo apelante em face da apelada.

Pelo que dos autos consta, para realização de compras no estabelecimento comercial da apelada, o apelante estacionou seu veículo em estacionamento por ela disponibilizado, e, quando retornava ao automóvel após a realização das compras, foi vítima de roubo com emprego de arma de fogo.

Propôs, então, a presente ação, com a finalidade de se ver ressarcido pelo dano material experimentado.

Pois bem.

Em primeiro lugar, de se anotar que o estacionamento a que se refere o apelante consiste, em realidade, em vagas estabelecidas sobre a calçada que circunda o estabelecimento comercial em questão (fls. 56/59).

Dessa forma, como bem constou da r. sentença apelada:

"*Ainda que o autor tenha comprado produtos da ré e ainda que tenha estacionado na calçada da ré, estava, de fato, estacionado na rua, pois a calçada da ré não era fechada e sim plenamente acessível ao público, como se nota das fotos de fls. 56/59*. [...] *Não pode a ré responder por crime ocorrido na via pública, mesmo que em calçada do seu estabelecimento e ainda que a vítima tenha lá estacionado para fazer compras no estabelecimento* [...]." (fls. 121)

Assim, sem que as vagas sejam de fato separadas da via pública, não há que se falar em expectativa de maior segurança em relação aos outros locais de

Acesso ao Sumário

estacionamento.

Além disso, como também ressaltou a r. sentença apelada, "[...] *o autor foi vítima de roubo à mão armada, crime que a ré não tinha como evitar*" e que, acrescente-se, não guarda relação com a atividade econômica por ela desenvolvida, como seria o caso, por exemplo, de se tratar de uma instituição bancária.

Nesse contexto, os prejuízos causados ao apelante pelo roubo relatado no boletim de ocorrência de fls. 13/14 não tiveram relação com eventual falha de segurança ou defeito apresentado pelos serviços ou produtos fornecidos pela apelada.

Trata-se, então, da hipótese de exclusão de responsabilidade civil trazida pelo artigo 14, §3º, inciso II, do Código de Defesa do Consumidor, segundo o qual "*o fornecedor de serviços só não será responsabilizado quando provar*: [...] *culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro*".

Assim, ainda que se lamentável, a ocorrência do roubo não pode ser atribuída à apelada, vez que não tinha responsabilidade pela segurança do apelante, de seus bens ou de sua família, não restando caracterizado defeito de consumo.

Diante do exposto, nego provimento ao recurso, mantendo a r. sentença apelada, por seus próprios e jurídicos fundamentos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1004661-17.2014.8.26.0292, da Comarca de Jacareí, em que é apelante ANTONIO CARLOS RODRIGUES DOS SANTOS (JUSTIÇA GRATUITA), são apelados NOVA MIX INDUSTRIAL E COMERCIAL DE ALIMENTOS LTDA. e TENDA ATACADO LTDA.

ACORDAM, em 33ª 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 SMO 22724)**

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

São Paulo, 13 de junho de 2016.

SÁ MOREIRA DE OLIVEIRA, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: COMPRA E VENDA - Ação de indenização por danos morais - Produto Alimentício - Fragmento de tecido encontrado no interior de queijo - Perícia realizada - Relato de danos para além do simples vício do produto - Precedente do Superior Tribunal de Justiça - Desnecessidade de consumo do produto - Defeito caracterizado - Interpretação do art. 12, do Código de Defesa do Consumidor - Ausência de prova das excludentes de responsabilidade previstas no § 3º do referido dispositivo legal - Dever de indenizar - No caso concreto, dano moral comprovado - Indenização fixada apenas contra o fabricante do produto - Mantida a ilegitimidade passiva do comerciante - Aplicação do artigo 13 do Código de Defesa do Consumidor - Fabricante identificado - Ação parcialmente procedente. Apelação parcialmente provida.

VOTO

Trata-se de apelação interposta por ANTONIO CARLOS RODRIGUES DOS SANTOS (121/126) contra a r. sentença de fls. 116/118, proferida pelo MM. Juiz da 1ª Vara Cível do Foro da Comarca de Jacareí, Dr. Paulo Alexandre Ayres de Camargo, que julgou extinto o processo sem o mérito em relação à ré TENDA ATACADO LTDA., com base no artigo 267, VI, do Código de Processo Civil, e improcedente em relação à ré NOVA MIX INDUSTRIAL E COMERCIAL DE ALIMENTOS LTDA. Em razão da sucumbência o autor foi condenado ao pagamento de custas, despesas processuais e honorários advocatícios fixados em 15% sobre o valor da causa, distribuídos entre os patronos dos réus, observada a gratuidade concedida.

O apelante pretende a reforma da sentença para a procedência da ação. Sustenta ser cabível a concessão da indenização do dano moral, mesmo porque o produto foi ingerido por sua esposa, conforme consta do boletim de ocorrência. Depois, ainda que o produto não tenha sido ingerido por ele, houve o dano moral, conforme jurisprudência que cita. Fundamenta seu pedido nos artigos 8º e 12 do Código de Defesa do Consumidor, alegando risco concreto de dano à sua saúde e segurança. Ademais, o alimento foi analisado por perito, que atestou que no interior foi encontrado um objeto estranho constituído de fragmento de tecido. Postula o provimento do recurso, invertidos os ônus da sucumbência.

Contrarrazões da ré Nova Mix às fls. 129/134 e da ré Tenda às fls. 135/143, ambas pela manutenção da r. sentença.

É o relatório.

Acesso ao Sumário

O recurso comporta parcial provimento.

Trata-se de ação de indenização por danos morais proposta por Antonio Carlos Rodrigues dos Santos em face das empresas Nova Mix Industrial e Comercial de Alimentos Ltda. (fabricante) e Tenda Atacado Ltda. (comerciante).

O autor afirma que adquiriu um queijo e, ao abrir o produto, encontrou no seu interior um objeto estranho que, após análise pericial (fls. 29/32), foi constatado tratar-se de um pedaço de tecido. Entende devida indenização por dano moral no valor de R$ 30.000,00.

O MM. Juiz houve por bem em extinguir o processo em relação à ré Tenda Atacado Ltda., reconhecendo sua ilegitimidade passiva, e julgar improcedente a ação em relação à ré Nova Mix Industrial e Comercial de Alimentos Ltda. Contra o afastamento do dano moral o recurso do autor.

Tem razão em parte o apelante.

Explico.

Inicialmente, correta a extinção da ação contra o comerciante Tenda, improvido o recurso do autor nesse ponto.

Nos termos do artigo 13 do Código de Defesa do Consumidor, o comerciante é igualmente responsável àqueles fornecedores relacionados no artigo 12, apenas quando enquadrado o caso concreto a uma das hipóteses previstas nos seus três incisos.

E, tendo em vista que o fabricante está perfeitamente identificado, e de pleno conhecimento do apelante, tanto que o incluiu no polo passivo, era mesmo de rigor a exclusão do comerciante com base no artigo 267, VI, do Código de Processo Civil, como constou da r. sentença.

Entretanto, no que diz respeito à pretensão contra a apelada Nova Mix, a fabricante do queijo objeto da controvérsia, deve ser acolhida a insurgência recursal.

Não resta dúvida que o autor adquiriu um queijo de fabricação industrial que apresentou, em seu interior, um fragmento de tecido, conforme constatado através do laudo às fls. 29/32. Foi também elaborado o boletim de ocorrência, à época, fls. 21/22.

Acesso ao Sumário

Uma vez que a situação é tratada sob a ótica da legislação consumerista, eis que, evidenciada a relação de consumo, nos termos dos artigos 2º e 3º do Código de Defesa do Consumidor, para a responsabilidade imprescindível a prova certa do dano e do nexo de causalidade, posto que, tratando-se da responsabilidade objetiva, prescinde de culpabilidade e se satisfaz apenas com a lesão e o nexo causal.

No caso em tela, o apelante, assim que abriu a embalagem do queijo fabricado pela apelada Nova Mix encontrou um pedaço de tecido dentro do

produto. Tal fato foi demonstrado pelas fotografias de fls. 15/20 e comprovado pelo laudo pericial (fls. 29/32).

Aqui, existiu muito mais do que vício, isto é, característica de qualidade ou quantidade que tornou o produto ou serviço impróprio ou inadequado, ou, ainda, diminuiu-lhe o valor (art. 18, do Código de Defesa do Consumidor).

Houve efetivamente defeito, que é vício, mas acrescido de "*um problema extra, alguma coisa extrínseca ao produto ou serviço, que causa um dano maior que simplesmente o mau funcionamento, o não-funcionamento, a quantidade errada, a perda do valor pago - já que o produto ou serviço cumpriram o fim ao qual se destinavam. O defeito causa, além desse dano do vício, outro ou outros danos ao patrimônio jurídico material e/ou moral e/ou estético e/ou à imagem do consumidor*[1]".

Com efeito, o apelante não pretende com a ação a substituição do produto, a restituição imediata da quantia paga, ou o abatimento proporcional do preço, faculdades do consumidor que identifica eventual vício na prestação do serviço contratado, conforme preceito do artigo 18, do Código de Defesa do Consumidor.

Não se trata a hipótese de identificação, tão somente, de vício do produto, reconhecida a simples inadequação qualitativa do queijo. Ao contrário, no caso presente, o consumidor relata danos além do próprio vício do produto: o dano moral.

Observo que, ao contrário do que constou da r. sentença, desde a petição inicial o apelante fundamenta seu pedido indenizatório na exposição a risco concreto de lesão à sua saúde e segurança, apontando violação ao disposto no artigo 8º do Código de Defesa do Consumidor.

Ainda que apenas sua esposa tenha efetivamente consumido o produto, pessoa estranha à presente lide, o apelante foi também exposto ao risco, desnecessário o consumo para a configuração do direito à indenização.

Sobre o tema, anoto que anteriormente entendia que o direito à indenização, em casos como o dos autos, dependia necessariamente da efetiva ingestão do produto.

Entretanto, depois de refletir sobre as possíveis interpretações dadas ao artigo 8º do Código de Defesa do Consumidor, especificamente quanto à exposição ao risco à saúde ou segurança dos consumidores, passei a adotar o entendimento defendido no C. Superior Tribunal de Justiça pela Exma. Min. Nancy Andrighi, de que há direito ainda que não ocorra a sua ingestão, apenas repercutindo essa diferença na análise do valor devido a esse título, consideradas as peculiaridades do caso concreto.

Nesse sentido:

1 Nunes, Rizzatto. Curso de Direito do Consumidor. São Paulo: Editora Saraiva, 2004, p. 167.

Acesso ao Sumário

"*DIREITO DO CONSUMIDOR. DANO MORAL DECORRENTE DA PRESENÇA DE CORPO ESTRANHO EM ALIMENTO.*

A aquisição de produto de gênero alimentício contendo em seu interior corpo estranho, expondo o consumidor a risco concreto de lesão à sua saúde e segurança, ainda que não ocorra a ingestão de seu conteúdo, dá direito à compensação por dano moral. *A lei consumerista protege o consumidor contra produtos que coloquem em risco sua segurança e, por conseguinte, sua saúde, integridade física, psíquica, etc. Segundo o art. 8º do CDC, 'os produtos e serviços colocados no mercado de consumo não acarretarão riscos à saúde ou segurança dos consumidores'. Tem-se, assim, a existência de um dever legal, imposto ao fornecedor, de evitar que a saúde ou segurança do consumidor sejam colocadas sob risco. Vale dizer, o CDC tutela o dano ainda em sua potencialidade, buscando prevenir sua ocorrência efetiva (o art. 8º diz 'não acarretarão riscos', não diz necessariamente 'danos'). Desse dever imposto pela lei, decorre a responsabilidade do fornecedor de 'reparar o dano causado ao consumidor por defeitos decorrentes de [...] fabricação [...] de seus produtos' (art. 12 do CDC). Ainda segundo o art. 12, § 1º, II, do CDC, 'o produto é defeituoso quando não oferece a segurança que dele legitimamente se espera [...], levando-se em consideração [...] o uso e os riscos' razoavelmente esperados. Em outras palavras, há defeito - e, portanto, fato do produto - quando oferecido risco dele não esperado, segundo o senso comum e sua própria finalidade. Assim, na hipótese em análise, caracterizado está o defeito do produto (art. 12 do CDC), o qual expõe o consumidor a risco concreto de dano à sua saúde e segurança, em clara infringência ao dever legal dirigido ao fornecedor, previsto no art. 8º do CDC. Diante disso, o dano indenizável decorre do risco a que fora exposto o consumidor.* ***Ainda que, na espécie, a potencialidade lesiva do dano não se equipare à hipótese de ingestão do produto contaminado (diferença que necessariamente repercutirá no valor da indenização), é certo que, mesmo reduzida, também se faz presente na hipótese de não ter havido ingestão do produto contaminado****. Ademais, a priorização do ser humano pelo ordenamento jurídico nacional exige que todo o Direito deva convergir para sua máxima tutela e proteção. Desse modo, exige-se o pronto repúdio a quaisquer violações dirigidas à dignidade da pessoa, bem como a responsabilidade civil quando já perpetrados os danos morais ou extrapatrimoniais. Nessa linha de raciocínio, tem-se que a proteção da segurança e da saúde do consumidor tem, inegavelmente, cunho constitucional e de direito fundamental, na medida em que esses valores decorrem da especial proteção conferida à dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF).* ***Cabe ressaltar que o dano moral não mais***

Acesso ao Sumário

se restringe à dor, à tristeza e ao sofrimento, estendendo sua tutela a todos os bens personalíssimos. Em outras palavras, não é a dor, ainda que se tome esse termo no sentido mais amplo, mas sua origem advinda de um dano injusto que comprova a existência de um prejuízo moral ou imaterial indenizável*. Logo, uma vez verificada a ocorrência de defeito no produto, a afastar a incidência exclusiva do art. 18 do CDC à espécie (o qual permite a reparação do prejuízo material experimentado), é dever do fornecedor de reparar também o dano extrapatrimonial causado ao consumidor, fruto da exposição de sua saúde e segurança a risco concreto e da ofensa ao direito fundamental à alimentação adequada, corolário do princípio da dignidade da pessoa humana. REsp 1.424.304-SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 11/3/2014 (Informativo nº 0537)*".

Portanto, claro caso de pedido de indenização em razão de defeito do produto (art. 12, do Código de Defesa do Consumidor).

Nos termos do § 3º do referido dispositivo legal, o fabricante, o construtor, o produtor e o importador - ou seja: o fornecedor em geral - só não será responsabilizado pelo defeito do produto quando provar: "*I - que não colocou o produto no mercado; II - que, embora tenha colocado o produto no mercado, o defeito inexiste; III - a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro*".

Prova que não há nos autos, tornando patente o dever de indenizar.

Nesse ponto, observo que, embora a apelada Nova Mix tenha requerido prova consistente na "*vistoria em sua fábrica*", para comprovar sua alegação de que "*possui inúmeras formas de filtragem e controle de qualidade no processo de fabricação de seus produtos, dentre eles, o queijo provolone*" (fls. 105/106), desnecessária tal prova, até mesmo porque eventual comprovação dessa alegação não implicaria automaticamente na prova de culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.

Assim, entendo que os danos morais estão caracterizados.

Dos fatos narrados e da prova produzida, vê-se claramente os sentimentos de indignação, nojo e repugnância experimentados pelo apelante e sua família ao se depararem com o pedaço de tecido em meio ao alimento que estava prestes a consumir, no caso específico do apelante.

Considerados os elementos da lide, a indenização deve ser fixada em R$ 3.000,00 (três mil reais), quantia suficiente e razoável para compensar o apelante pelos constrangimentos sofridos e desestimular a apelada Nova Mix a praticar conduta semelhante. A importância deverá ser acrescida de correção monetária a partir deste julgamento e juros de mora desde o evento danoso (março de 2014).

Nos exatos termos do exposto, dou parcial provimento ao recurso, para julgar parcialmente procedente a ação e condenar a ré Nova Mix ao pagamento de indenização por danos morais ao autor no valor de R$ 3.000,00 (três mil reais).

Acesso ao Sumário

Fica mantida a r. sentença apenas na parte em que excluiu da lide a ré Tenda, parte ilegítima. Diante da sucumbência, a apelada Nova Mix deverá arcar com as custas e despesas processuais, bem como honorários advocatícios do patrono do apelante, que ora fixo em 10% sobre o valor atualizado da condenação, nos termos do art. 20, § 3º, do Código de Processo Civil.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0006097-29.2013.8.26.0400, da Comarca de Olímpia, em que é apelante SIBELIA CRISTINA DA SILVA, é apelado TIAGO CESTARO (JUSTIÇA GRATUITA).

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 36ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto n° 19.587)**

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

São Paulo, 16 de junho de 2016.

WALTER CESAR EXNER, Relator

Ementa: Acidente de veículo. Reparação de danos. Colisão traseira. Presunção de culpa do condutor que transitava atrás não elidida. Acidente, aliás, ocorrido em estrada de rodagem, em trecho que se desenvolvia em curva e durante ultrapassagem imprudente. Legitimidade passiva da proprietária do veículo, que responde solidariamente. Precedentes do STJ. Culpa do condutor do veículo da ré bem comprovada. Prejuízo incontroverso. Recurso improvido.

Acesso ao Sumário

VOTO

Vistos.

Trata-se de ação de indenização movida por Tiago Cestaro em face de Sibelia Cristina da Silva e Marcelo Ferreira, julgada procedente pela r. sentença de fls. 91/98, cujo relatório fica adotado, para condenar os réus solidariamente à reparação dos danos pretendida.

Apela a ré Sibelia, insistindo no reconhecimento de sua ilegitimidade passiva, haja vista que havia fretado o seu veículo à empresa Coroados

Empreendimentos e Participações Ltda. ME, cujo motorista o conduzia no momento do sinistro, o que é suficiente para afastar a sua responsabilidade, pois não concorreu para o acidente.

O recurso foi recebido em seus regulares efeitos, sem contrarrazões pelo apelado.

É o relatório.

A apelação não comporta acolhimento.

Conforme reiterada e pacificada jurisprudência do STJ, o proprietário de veículo responde, objetiva e solidariamente, pelos atos culposos de terceiro que o conduz, independentemente do fato de ser o motorista seu empregado, preposto, de que o transporte seja gratuito ou oneroso (REsp 577.902-DF, DJ 28/8/2006; REsp 1.104.196-RN, DJe 11/9/2009, e AgRg no REsp 873.570-SP, DJe 30/6/2010. REsp 1.191.544-RJ, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, julgado em 21/10/2010).

Na hipótese dos autos, é incontroverso que o veículo Kombi envolvido na colisão ora tratada era de propriedade da ré, de forma que, independentemente da circunstância de ter locado (ou fretado) o carro a terceiro, responde pelo dano causado pela pessoa que o conduzia.

A culpa do condutor da Kombi também é incontroversa, eis que não impugnada especificamente em contestação, estando, ademais, suficientemente demonstrada nos autos, em especial pela prova oral consubstanciada no depoimento da testemunha Ueila, ocupante do veículo do autor, que confirmou os termos da inicial ao asseverar que durante tentativa de ultrapassagem do carro do autor, numa curva da rodovia, o motorista da Kombi se chocou contra a traseira do Gol, levando-o a perder o controle e capotar, relato que também é ratificado pelo boletim de ocorrência de fls. 16/24, documento que goza de fé pública.

Com efeito, como já pacificado, "*nos casos de acidente de trânsito com abalroamento na traseira presume-se a culpa do condutor do carro abalroador, visto inobservar o dever de guardar distância de segurança entre seu automóvel e o que segue imediatamente à frente" (RT, 611/129)*, conforme o artigo 29, II, do Código de Trânsito Brasileiro, que, frise-se, determina que o condutor esteja sempre atento para as condições do local e da circulação, entre outros.

Assim, *in casu*, ao apelante caberia comprovar culpa do autor, ônus do qual não se desincumbiu, até porque, conforme acima exposto, sequer a mencionou na peça de defesa.

Para arrematar, na falta de impugnação específica, fica também mantida a sentença quanto ao valor da indenização.

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

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0002413-81.2010.8.26.0439, da Comarca de Pereira Barreto, em que é apelante COMERCIAL AGROPECUARIA NETO DIAS LTDA., é apelado PIONEIROS BIOENERGIA S/A.

ACORDAM, em 32ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator que integra este acórdão. **(Voto nº 21479)**

O julgamento teve a participação dos Exmos Desembargadores CAIO MARCELO MENDES DE OLIVEIRA (Presidente) e RUY COPPOLA.

São Paulo, 16 de junho de 2016.

LUIS FERNANDO NISHI, Relator

Ementa: APELAÇÃO - PARCERIA AGRÍCOLA - AÇÃO DE RESCISÃO CONTRATUAL CUMULADA COM INDENIZAÇÃO – Sentença que julga parcialmente procedente o pedido inicial.

AÇÃO DE RESCISÃO CONTRATUAL CUMULADA COM INDENIZAÇÃO - CONTRATO DE PARCERIA AGRÍCOLA - EXPLORAÇÃO DA CULTURA DE CANA-DE-AÇÚCAR - EXIGÊNCIA CONTRATUAL EM DEIXAR A ÁREA OBJETO DA PARCERIA CONTRATADA TOTALMENTE LIVRE ACESSO E TRÂNSITO - PROIBIÇÃO DA COLHEITA DE CANA-DE-AÇÚCAR - CULPA DA OUTORGANTE POR VIOLAÇÃO DE DEVERES INERENTES À AVENÇA - Descumprimento de disposição contratual que enseja a rescisão do negócio jurídico, com a obrigação de ressarcir as perdas e danos, além da multa contratual ajustada. APLICABILIDADE DO PRINCÍPIO "PACTA SUNT SERVANDA".

HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS - CABIMENTO - Os honorários advocatícios são devidos por aquele que deu causa a instauração de ação judicial, e visa

Acesso ao Sumário

remunerar o advogado da parte vencedora - APELO IMPROVIDO.

VOTO

Vistos.

Trata-se de apelação interposta por **COMERCIAL AGROPECUÁRIA NETO DIAS LTDA.** contra a respeitável sentença de fls. 337/340 que, nos autos da ação de rescisão cumulada com indenização, fundada em contrato de parceria agrícola, que lhes move **PIONEIROS BIOENERGIA S/A**, julgou parcialmente procedente o pedido inicial, para o fim de rescindir o contrato avençado entre as partes e condenar a requerida ao pagamento do valor de R$ 339.648,88 (trezentos e trinta e nove mil, seiscentos e quarenta e oito reais e oitenta e oito centavos), acrescido da multa contratual da cláusula 14ª (fls. 37), corrigido monetariamente pela Tabela Prática do E. TJSP, a contar do ajuizamento da ação, com incidência de juros de mora de 1% (um por cento), a contar da citação, além das custas, despesas processuais e honorários advocatícios arbitrados em 15% (quinze por cento) sobre o valor da condenação; julgou improcedente o pedido reconvencional, condenando a autora reconvinte ao pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios fixados em 10% (dez por cento) sobre o valor atribuído à causa.

Irresignada, **apela a ré**, pretendendo a inversão do quanto julgado, sustentando, em síntese, não ser responsável por qualquer ato ocorrido no dia 27 de dezembro de 2009; que a safra de 2009 foi totalmente colhida, não existindo razão para que a requerida seja condenada ao pagamento destes valores.

Subsidiariamente, pleiteia que, sobre o montante do valor de R$ 205.116,25 (duzentos e cinco mil, cento e dezesseis reais e vinte e cinco centavos) seja deduzido o valor que receberia pela safra de 2010, ou seja, R$ 100.792,64 (cem mil setecentos e noventa e dois reais e sessenta e quatro centavos), porque a área sobre a qual estava à cana de açúcar ficou à disposição da apelada, tendo se perdido pelo abandono desta. Por fim, requer a exclusão do pagamento das verbas de sucumbência, por ter decaído minimamente do pedido (fls. 357/366).

Houve contrariedade ao apelo (fls. 387/393) em defesa do desate da controvérsia traduzido na sentença recorrida.

É o relatório, passo ao voto.

Trata-se de ação de rescisão de contrato de parceria agrícola cumulada com indenização que **Pioneiros Bioenergia S/A** move em face de **Comercial Agropecuária Neto Dias Ltda.**

Segundo consta da inicial, a requerente celebrou, em 10 de abril de 2006, contrato de parceria agrícola com a requerida, com vigência até 31 de dezembro de 2010.

Acesso ao Sumário

O instrumento contratual estabelece a obrigação da requerente no preparo do solo para o plantio da cana-de-açúcar, bem como o corte, carregamento e transporte da mesma para o parque industrial da requerente, onde acontece a produção de álcool e açúcar.

Em razão da parceria, a empresa requerida possuía 18% (dezoito por cento) da produção obtida na área em questão, como sua cota parte, não respondendo por nenhuma despesa oriunda deste instrumento.

Esclarece que os deveres da ré estavam resumidos a proporcionar o livre acesso para efetivação dos respectivos trabalhos.

Afirma, ainda, que, além do contrato supracitado, as partes firmaram, em 17 de abril de 2006, contrato de compra de parte da produção da ré, no qual esta se comprometia em vender sua cota parte.

Ocorre que, em 27 de dezembro de 2009, a autora atuava com uma de suas frentes de trabalho na Fazenda São Manoel, quando o representante da ré, Sr. Luiz Fernando Matos Alves, compareceu na propriedade rural, por volta do meio dia, e criou tumulto com os funcionários da autora, vindo a retornar por volta das 14hs, onde terminou por obstruir a entrada do imóvel objeto da parceria, estacionando um trator junto com uma caminhonete, impossibilitando a saída de todos os equipamentos, veículos e funcionários da requerente.

Diante disso, notificou extrajudicialmente a empresa requerida da rescisão do contrato, e ingressou com a presente ação visando a obtenção da procedência para rescindir o contrato firmado entre as partes, bem como, condenar a empresa ré, ao pagamento de indenização por perdas, danos e lucros cessantes.

A requerida foi citada (fls. 61/62), apresentando contestação (fls. 66/95). Houve apresentação de reconvenção (fls. 02/09), pleiteando a condenação da autora reconvinda ao pagamento a título de indenização no valor de R$ 100.792,64 (cem mil setecentos e noventa e dois reais e sessenta e quatro centavos).

O MM. Juiz julgou parcialmente procedente o pedido inicial, para o fim de rescindir o contrato avençado entre as partes e condenar a ré ao pagamento do valor de R$ 339.648,88 (trezentos e trinta e nove mil, seiscentos e quarenta e oito reais e oitenta e oito centavos), acrescido da multa contratual, além das custas, despesas processuais e honorários advocatícios arbitrados em 15% (quinze por cento) sobre o valor da condenação, nos termos do art. 487, inciso I, do Novo Código de Processo Civil; julgou improcedente o pedido reconvencional, condenando a autora reconvinte ao pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios fixados em 10% (dez por cento) sobre o valor atribuído à causa.

Acesso ao Sumário

De rigor a manutenção da sentença prolatada.

Cuida-se, no caso, de parceria rural definida no artigo 96, §1°, da Lei

4.504/64, na qual os proprietários outorgantes concorreram com a terra nua, modalidade prevista no artigo 96, VI, "a", da Lei 4.504/64[1], estabelecida sua participação na produção em quantidade fixa, por ano de colheita, que serão nos anos de 2007 a 2010, correspondentes a 18% (dezoito por cento) da produção obtida na área em questão (cláusula 6ª do contrato, cf. fls. 35).

Sustenta a autora na petição inicial que a requerida, através de seu representante, no dia 27 de dezembro de 2009, atravessou um trator na estrada de acesso à Fazenda São Manoel, impedido o fluxo dos maquinários da requerente.

De fato, nada há nos autos que infirme tal alegação. Pelo contrário, ao manifestar-se o representante da requerida, este corroborou os fatos aduzidos na inicial.

O boletim de ocorrência (fls. 42) relata que: "***Declara que ao chegar em sua propriedade, constatou estragos causados pelas máquinas da usina em terras arrendadas à terceiros danos causados desde 26/12/09. Que às 14:00hs no dia 27/12/09 obstruiu à entrada da Fazenda com 01 trator Massey Ferguson-292 traçado, no intuito de que fossem tomadas providências para não serem maiores os danos nas terras arrendadas***".

O depoimento de Luis Fernando Matos Alves (fls. 307/308) é claro no sentido de que: "***confirma que colocou um trator e uma caminhonete na estrada da Fazenda São Manoel, mas havia espaço suficiente para os veículos da autora passarem pela lateral***".

A testemunha Ademir Antônio Pereira (fls. 222) relatou que: "***estava em serviço no dia dos fatos, isto foi em dezembro de 2009. (...) Por volta das 14:00 horas chegou um rapaz de nome Luis Fernando com uma caminhonete S10, freou bruscamente, abriu a porta, ele estava acompanhado com 02 mulheres, desceu, sem camisa, aparentando estar embriagado, começou a falar em tom alto e disse que o carregamento estava uma bagunça, pois havia quebrado uma cerca dele. (...) Ele disse que era para retirar a máquina caída em meia***

1 "Art. 96. Na parceria agrícola, pecuária, agroindustrial e extrativa, observar-se-ão os seguintes princípios: (...) VI - na participação dos frutos da parceria, a quota do proprietário não poderá ser superior a: a) dez por cento, quando concorrer apenas com a terra nua;

(…).

§ 1º Parceria rural é o contrato agrário pelo qual uma pessoa se obriga a ceder à outra, por tempo determinado ou não, o uso específico de imóvel rural, de parte ou partes dele, incluindo, ou não, benfeitorias, outros bens e/ou facilidades, com o objetivo de nele ser exercida atividade de exploração agrícola, pecuária, agroindustrial, extrativa vegetal ou mista; e/ou lhe entrega animais para cria, recria, invernagem, engorda ou extração de matérias-primas de origem animal, mediante partilha, isolada ou cumulativamente, dos seguintes riscos: (Incluído pela Lei nº 11.443, de 2007).

I - caso fortuito e de força maior do empreendimento rural; (Incluído pela Lei nº 11.443, de 2007).

II - dos frutos, produtos ou lucros havidos nas proporções que estipularem, observados os limites percentuais estabelecidos no inciso VI do caput deste artigo; (Incluído pela Lei nº 11.443, de 2007).

III - variações de preço dos frutos obtidos na exploração do empreendimento rural. (Incluído pela Lei nº 11.443, de 2007)."

Acesso ao Sumário

hora, do contrário ele iria fechar o acesso à fazenda. Ele desviou, passou sobre a terra que já estava preparada. Logo em seguida colocou a caminhonete na estrada que dá acesso a fazenda e fechou a saída de um caminhão Rodotrem. O motorista do caminhão me passou um rádio, eu fui até o local e vi a caminhonete fechando a estrada.".

Assim, a descrição da dinâmica dos fatos é suficientemente robusta em estabelecer e confirmar o liame causal, culminando com a resolução contratual da requerida.

Conforme bem verificou a r. sentença, a par da conduta culposa da empresa ré: "***... reconhecido que praticou a conduta ilícita em nome da empresa requerida, temos que esta responde pelos prejuízos causados a autora, pois embora alegado, não restou comprovado que a intervenção de Luis Fernando decorreu de ato ilícito praticado pela autora em face dos demais arrendatários da propriedade.***" (fls. 338vº).

No tocante a arguição da testemunha Sr. Luiz Fernando de que ***havia espaço suficiente para os veículos da autora passarem pela lateral*** (fls. 307), esta restou rechaçada pela prova colhida nos autos, além de sua própria declaração no boletim de ocorrência de fls. 42, na qual relata que ***obstruiu à entrada da Fazenda com 01 trator Massey Ferguson-292 traçado, no intuito de que fossem tomadas providências para não serem maiores os danos nas terras arrendadas.***

Desta feita, em decorrência do descumprimento das obrigações assumidas, eis que a autora foi proibida de colher a cana-de-açúcar ao seu tempo, a requerida deu causa a resolução do contrato, violando o princípio da boa fé objetiva. Ou seja, deve arcar com os prejuízos decorrentes de sua inexecução contratual.

Portanto, em decorrência da culpa da requerida, exsurge como condição determinante ao pagamento das perdas e danos, além da multa contratual previamente estipulada para a hipótese de rescisão unilateral (cláusula décima quarta, cf. fls. 37).

Acesso ao Sumário

E, como assinalado no decreto de parcial procedência do pedido inaugural, ***entendo que o acolhimento dos valores apontados de R$ 269.165,27 e 410.232,50, respectivamente para as safras 2009 e 2010, gera excessiva desproporção entre a gravidade da conduta da requerida e o dano, motivo pelo qual, equitativamente, reduzo referidos valores para a metade do pleiteado, perfazendo R$ 134.532,63 e R$ 205.116,25, com fundamento no artigo 944, parágrafo único do CC/02.*** Os lucros cessantes decorrem da colheita parcial do ano de 2009 e da não colheita integral do ano de 2010.

No tocante à pretensão de compensação dos valores que a requerida receberia pela safra de 2010, conforme afirmado na inicial, à área de cana foi integralmente restituída (fls. 12), sendo que daquele montante já foi abatido à

parte líquida da parceria.

A fixação de honorários advocatícios decorre do princípio da causalidade e visa remunerar o tempo e desgaste para o cumprimento da obrigação.

A questão já foi enfrentada pelo **Superior Tribunal de Justiça**. Confiram-se, a propósito do tema, o V. Aresto que tem a seguinte ementa:

> ***"RECURSO ESPECIAL. ALÍNEA 'C'. AÇÃO CAUTELAR DE EXIBIÇÃO DE DOCUMENTOS. LITIGIOSIDADE. CONDENAÇÃO DO REQUERIDO NOS HONORÁRIOS. CABIMENTO. SÚMULA 83 DO STJ. É firme a orientação deste sodalício no sentido de que, na ação cautelar de exibição de documentos, é devida a condenação da parte ré ao pagamento dos honorários advocatícios em nome do princípio da causalidade. Com efeito, em vista da resistência do requerido a exibir extrajudicialmente o documento, foi o autor obrigado a constituir advogado para ingressar em juízo, a fim de ver satisfeito o seu direito. Precedentes: REsp 533.866/RS, Relator Min. Aldir Passarinho Júnior, DJU 31/05/2004, e REsp 168.280/MG, Relator Min. Carlos Alberto Menezes Direito, DJU 10/05/1999. "Não se conhece do recurso especial pela divergência, quando a orientação do tribunal se firmou no mesmo sentido da decisão recorrida" (Súmula n. 83 do STJ). Recurso especial não-conhecido[2]". (Original sem grifo)***

Com relação aos honorários recursais previstos no §11 do art. 85 do CPC de 2015, estes somente se aplicam aos recursos interpostos contra decisão publicada a partir de 18 de março de 2016, em observância ao Enunciado Administrativo nº 7 do C. Superior Tribunal de Justiça, ressalvado o entendimento pessoal deste Relator.

Diante do exposto, NEGO PROVIMENTO ao apelo.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1115436-93.2014.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante ANNA MARIA CAMARGO AMARAL QUINTELA, é apelada TAM - LINHAS AÉREAS 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 30254)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores JOÃO

2 REsp 490691/SC, Min. Franciulli Netto, T2 - Segunda Turma, J. 17/06/2004, DJ 18/10/2004, p. 218.

PAZINE NETO (Presidente sem voto), JOSÉ TARCISO BERALDO e ISRAEL GÓES DOS ANJOS.

São Paulo, 21 de junho de 2016.

SERGIO GOMES, Relator

Ementa: APELAÇÃO - TRANSPORTE AÉREO - PASSAGEIRA QUE ADQUIRIU BILHETE REFERENTE À POLTRONA "ESPAÇO MAIS" PARA O TRECHO MIAMI-GUARULHOS, MAS NO MOMENTO DO EMBARQUE FOI ALOCADA EM ASSENTO DIVERSO DO CONTRATADO - PRETENSÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS - SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA.

1 - CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR - Relação de consumo - Qualidade de destinatário final demonstrada - Incidência das disposições do Código de Defesa do Consumidor.

2 - DEVER DE INDENIZAR - Argumentos que não convencem - Autora que não logrou apresentar prova capaz de conferir verossimilhança e plausibilidade à lesão alegada, não se desincumbindo do encargo que lhe competia - Art. 333, I, do Código de Processo Civil - Nexo de causalidade entre a conduta da requerida e o alegado dano não verificado - Dano moral indenizável não configurado.

SENTENÇA MANTIDA RECURSO DESPROVIDO.

VOTO

Cuida-se de ação indenizatória movida por **ANNA MARIA CAMARGO AMARAL QUINTELA** em face de **TAM LINHAS AÉREAS S/A**, objetivando ao pagamento de indenização por danos morais, decorrentes de falha de serviço da empresa ré, evidenciada pela indisponibilidade de poltronas "ESPAÇO MAIS" no trecho de volta da rota aérea Miami - Guarulhos, conquanto houvesse adquirido o bilhete e reservado o assento antecipadamente.

Após regular processamento em primeiro grau de jurisdição, sobreveio sentença de improcedência, que considerou não se verificar ato ilícito praticado pela empresa aérea, uma vez que "*a ocupação das poltronas se deu de acordo com o regimento interno da ré e com as normas da Agência Nacional de Aviação Civil, cabendo à autora o requerimento de reembolso dos valores pagos pelo*

Acesso ao Sumário

serviço não prestado". Sucumbente, a autora foi condenada a arcar com custas, despesas processuais e honorários advocatícios, arbitrados em R$ 1.500,00 (fls. 108/112).

Em sua apelação, a autora sustenta que restou caracterizado o ato ilícito da apelada, uma vez que ao receber o cartão de embarque foi direcionada para as poltronas comuns sob o argumento de que com a troca de aeronaves não haveria a opção "ESPAÇO MAIS" disponível, porém, verificou que havia pessoas ocupando tais assentos, mas que não gozavam de prioridade, evidenciado que a empesa vendeu quantidade maior do que a existente, cabendo- lhe a aplicação da inversão do ônus da prova, nos termos do Código de Defesa do Consumidor. Assevera que a hipótese dos autos não se trata de mero descumprimento contratual da apelada, que permitiu a compra por meio do *site*, sendo inadmissível que não houvesse alguma restrição no momento de aquisição das passagens se ela não poderia utilizar o assento "ESPAÇO MAIS" localizado nas proximidades das portas de segurança por ser idosa. Afirma, pois, configurado o dano moral causado pela falha na prestação do serviço e pelo descaso no atendimento da empresa aérea. Pugna pelo provimento do apelo (fls. 114/125).

Contrarrazões foram apresentadas (fls. 133/144).

É O RELATÓRIO.

O recurso não comporta provimento.

Primeiramente, cabe frisar que ao caso concreto aplicam-se as disposições do Código de Defesa do Consumidor, pois o apelante, ao contratar o transporte aéreo agiu na qualidade de destinatário final dos serviços prestados pela requerida.

Assim é direito do requerente à facilitação da defesa de seus interesses em juízo (CDC, art. 6º, VIII), inclusive com a inversão dos ônus probatórios, bem como a modificação de cláusulas contratuais abusivas (art. 6º, IV, CDC). Porém, tal condição não conduz, por si só, à concessão de tudo que pleitear em juízo.

Pois bem.

No caso em exame, não se deve proceder, contudo, de imediato e em desfavor da empresa aérea, (sobre quem pesam os ônus probatórios por força das disposições do CDC), ao acolhimento do pleito indenizatório, tendo em vista que conquanto restasse demonstrada a aquisição do assento "ESPAÇO MAIS" (fls. 17/18) e que a autora viajou o trecho Miami - Guarulhos em poltrona diversa da contratada (fl. 19), não se verificou a existência de ato ilícito praticado pela requerida, a ensejar sua responsabilidade e, em consequência, o dever de indenizar.

Convém salientar que a empresa aérea justificou que as poltronas foram ocupadas de acordo com seu regimento interno e em observância às normas da Agência Nacional de Aviação Civil, sendo que, por ser idosa, a autora não

Acesso ao Sumário

poderia viajar em assentos nas proximidades das portas de segurança.

Com efeito, consoante destacou a sentença "*ainda que assim não fosse, a hipótese dos autos seria de descumprimento contratual, sem lesão à honra ou a direito personalíssimo da autora*".

Assim, no que toca ao pleito de indenização por danos morais, deve prevalecer a decisão do Juízo sentenciante.

Ressalta-se que a despeito das razões da autora, no caso dos autos, conquanto considerada acomodação em poltrona diversa daquela contratada, não se infere que a empresa aérea tenha adotado conduta a respaldar a pretensão de reparação por dano moral. Observa-se, ademais, que sequer houve discussão acerca de eventual reembolso de valor referente à diferença do valor pago pelo assento com maior espaço.

A propósito, já decidiu o C. Superior Tribunal de Justiça que "*o mero dissabor não pode ser alçado ao patamar do dano moral, mas somente aquela agressão que exacerba a naturalidade dos fatos da vida, causando fundadas aflições ou angústias no espírito de quem ela se dirige*". (Resp nº 403.919, 4ª Turma, Ministro Relator Cesar Asfor Rocha, j. em 15/05/2003).

Outrossim, como bem exposto pelo ilustre Desembargador Israel Góes dos Anjos, no julgamento do recurso de apelação nº 0047552-84.2009.8.26.0053, "*é de se ressaltar que o dano moral que gera o dever de indenizar é aquele que extravasa o campo dos meros aborrecimentos, percalços e pequenas ofensas. O mero incômodo e o desconforto de algumas circunstâncias que o homem médio tem de suportar em razão da vida em sociedade não servem para a concessão de indenização. O que gera direito à reparação, via de indenização, é o efetivo dano moral, o que não ocorreu no caso em julgamento*".

No caso concreto, não há indícios que ao proceder a acomodação da passageira em assento diverso do "ESPAÇO MAIS", houvesse a ré desbordado em ofensa à honra ou dignidade.

Deveras, restou patente que a requerente, no mínimo, deixou de observar com a cautela e diligência que se exigiria na demonstração de fato constitutivo do direito pleiteado, consoante o art. 333, I, do Código de Processo Civil. Ao afirmar que a empresa requerida praticou ilícito na alocação dos assentos, imputando-lhe o ônus de comprovar a regularidade do negócio, contudo, sem apresentar prova capaz de conferir verossimilhança e plausibilidade ao fato alegado, não se desincumbiu a autora do encargo que lhe competia.

Portanto, evidenciada a falta provas capazes de robustecer o argumento de que caberia indenização por danos materiais decorrentes da conduta da empresa, de rigor, considerando-se os limites da devolutividade recursal, concluir que no presente caso não há danos a serem indenizados.

Consigne-se, por derradeiro, que é pacífico o entendimento do Superior

Acesso ao Sumário

Tribunal de Justiça no sentido de que "*tratando-se de prequestionamento, é desnecessária a citação numérica dos dispositivos legais bastando que a questão posta tenha sido decidida*" (ED em RMS nº 18205-SP, rel. Min. Felix Fischer, j. 18/04/2006).

É o suficiente.

Ante o exposto, nega-se provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0001880-32.2013.8.26.0629, da Comarca de Tietê, em que é apelante SELMA REGINA SERVILHA (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado BANCO BRADESCO S/A.

ACORDAM, em 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 6188)**

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

São Paulo, 22 de junho de 2016.

ACHILE ALESINA, Relator

Ementa: AÇÃO DECLARATÓRIA - Responsabilidade pelo pagamento de débito oriundo de saldo negativo de conta conjunta - Autora, sendo cotitular de conta corrente conjunta ostenta, regra geral, responsabilidade solidária, tanto ativa, quanto passiva, no que diz respeito ao cumprimento da obrigação objeto do contrato - Precedentes - Disciplina de sucumbência que deve ser alterada - Recurso parcialmente provido.

VOTO

Recurso à r. sentença de fls. 171/177 que julgou procedente em parte o pedido deduzido na inicial, para determinar ao banco réu que proceda ao encerramento da conta corrente número 14.446-0, junto à agência número 0521-5 (Tietê/SP), declarando extinto o processo com resolução do mérito, com fundamento no artigo 269, I, do CPC, condenando a autora no pagamento de

Acesso ao Sumário

despesas e custas processuais, além dos honorários advocatícios do patrono da parte ré, no valor equivalente a 15% sobre o valor da causa devidamente atualizado, ressalvado o disposto no artigo 12 da Lei 1.060/50.

Houve embargos declaratórios às fls. 180/184, sendo acolhidos para alterar o dispositivo da r. sentença para conter a seguinte redação: "*Por tudo quanto exposto e pelo que mais dos autos consta na presente ação declaratória ajuizada por Selma Regina Servilha em face do Banco Bradesco S/A julgo procedente em parte o pedido deduzido na inicial, para revogar a decisão concessiva da tutela antecipada de fls. 35, e determinar ao banco réu que proceda ao encerramento da conta corrente número 14.446-0, junto à agência número 0521-5 (Tietê/SP)*"

Recorre a autora trazendo argumentos que entende socorrer seu posicionamento.

Recurso regularmente processado (fls. 189/209) e respondido (fls. 223/225).

É o relatório.

Trata-se de ação declaratória de inexistência de débito com pedido de tutela antecipada ajuizada pela apelante em face do Banco apelado.

Alega o autor na inicial em síntese que a conta corrente nº 14.446-0, agência 0521-5 foi aberta com o Banco requerido em nome de João Antonio Savassa desde novembro de 1981, sendo que em 2007 a autora estabeleceu união estável com o Sr. João, ingressando na conta corrente mencionada em 02/06/2011, passando a conta ser conjunta. Assevera que em 08/01/2013 o Sr. João veio a falecer, comparecendo a autora na agência do Banco requerido para cancelamento da mencionada conta, sendo informado que não poderia efetuar o devido cancelamento em decorrência de um débito no valor de R$ 10.141,90.

Aduz que o débito se refere a dívidas do Sr. João Antonio Savassa e não da autora, tendo em vista que na conta em comento eram debitadas dívidas dele como exemplo a pensão alimentícia que o Sr. João pagava a sua ex-mulher; dívidas referentes a gastos com o seu caminhão e dívidas oriundas para gastos com os filhos e a mãe do Sr. João. Sustenta que os cheques que foram emitidos e assinados pela autora foram somente os referentes a um álbum de formatura do seu filho, porém, tais cheques foram sustados pela autora para serem negociados de forma diferente diretamente com o credor.

Entende a autora que está sendo suprimida do seu direito de liberdade contratual, posto que o Banco requerido a impede de encerrar sua conta corrente, sendo necessária a presente demanda para ser declarado a inexistência do débito, bem como para encerrar a conta corrente em questão, tendo em vista que o verdadeiro dono do débito é o espólio de João Antonio Savassa, não sendo a autora herdeira nem testamentária para arcar com o débito existente, devendo o Banco requerido exibir a microfilmagem dos cheques, bem com os extratos

Acesso ao Sumário

bancários da conta conjunta em comento. Pugna pela tutela antecipada para que o nome da autora não seja inscrito nos órgãos de proteção ao crédito.

Tutela antecipada deferida, terminando que o Banco réu se abstenha de efetivar a inclusão do nome da autora junto aos cadastros de inadimplentes e exiba as microfilmagens dos cheques que integram a dívida existente bem como o extrato bancário desde o ingresso da autora na qualidade de cotitular (fls. 35).

Benefícios da assistência gratuita concedidos à autora (fls. 35).

Decorreu "*in albis*" o prazo para o Banco requerido apresentar contestação (fls. 40).

Houve desentranhamento da contestação apresentada de forma intempestiva, permanecendo os documentos que a acompanharam (fls. 49/141), por determinação do r. despacho de fls. 165.

Réplica às fls. 144/145.

A r. sentença, através dos embargos declaratórios interpostos às fls. 180/189, passou a ter a seguinte redação com relação a parte dispositiva: "*Por tudo quanto exposto e pelo que mais dos autos consta na presente ação declaratória ajuizada por Selma Regina Servilha em face do Banco Bradesco S/A julgo procedente em parte o pedido deduzido na inicial, para revogar a decisão concessiva da tutela antecipada de fls. 35, e determinar ao banco réu que proceda ao encerramento da conta corrente número 14.446-0, junto à agência número 0521-5 (Tietê/SP)*"

Recorre a autora sustentando que as dívidas em comento foram contraídas pelo falecido companheiro e que favoreceram tão somente a ex-mulher, mãe e filhos dele, não se beneficiando a autora com as dívidas contraídas pelo Sr. João. Assevera que apenas administrava o patrimônio de ambos, assinando alguns cheques, que serviram para pagar dívidas vinculadas a seu companheiro, que era caminhoneiro e vivia nas estradas a trabalho, sendo que o débito existente não pertence a autora mas sim ao espólio do falecido companheiro. Entende pela inversão do pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios.

O recurso não comporta provimento.

A priori, destaca-se que a conta corrente em questão é do tipo conjunta. Trata-se de conta aberta em nome de duas ou mais pessoas, podendo cada qual, por si só, sem a intervenção dos outros co-titulares, exercitar a totalidade dos direitos decorrentes da relação contratual estabelecida com a instituição bancária.

No presente caso, a autora assinou contrato com a Instituição Financeira para ser cotitular da conta corrente em questão, conforme comprova o contrato de fls. 18/19 dos autos.

Acesso ao Sumário

Contudo, a questão preponderante no presente caso, diz respeito a responsabilidade da autora com relação ao pagamento do saldo negativo na conta conjunta em questão. Assim, oportuno ressaltar que, em regra geral, a conta conjunta implica solidariedade tanto ativa, quanto passiva, no que diz respeito ao cumprimento de obrigação objeto do contrato.

Isto se dá, por exemplo, quando há saldo devedor, ainda que contraído pelo titular falecido, como é o caso em discussão, ficando a entidade bancária credenciada a exigir e receber de um, de alguns ou de todos os correntistas solidários.

A solidariedade apenas não aparece na relação entre o correntista e o terceiro, em caso de emissão de cheque sem provisão suficiente de fundos, o que não se aplica no caso em comento.

No caso em tela, a discussão versa a respeito de dívida oriunda do saldo negativo da conta corrente conjunta perante a Instituição Bancária (fls. 21), não vindo ao caso, se referido saldo negativo foi oriundo de eventual devolução de cheques sem fundo, mesmo porque, a responsabilidade perante terceiros não se discute na presente demanda.

É cediço que a solidariedade não se presume, devendo resultar da vontade da lei ou da manifestação de vontade inequívoca das partes (art. 265 do CC), porém, "*na conta conjunta solidária prevalece o princípio da solidariedade ativa e passiva apenas em relação ao banco, em virtude do contrato de abertura de conta corrente*" *(TJSP - Apelação: 0003038-28.2013.8.26.0434 - Julgamento: 06/10/2015 - 2ª Câmara de Direito Privado - Relator: Rosangela Telles).*

Nesse sentido os julgados dessa E. Corte:

"[...] Consoante orientação do C.STJ, na conta conjunta solidária prevalece o princípio da solidariedade ativa e passiva apenas em relação ao banco, em virtude do contrato de abertura de conta corrente. [...] Na conta conjunta solidária prevalece o princípio da solidariedade ativa e passiva apenas em relação ao banco - em virtude do contrato de abertura de conta-corrente - de modo que o ato praticado por um dos titulares não afeta os demais nas relações jurídicas e obrigacionais com terceiros, haja vista que a solidariedade não se presume, devendo resultar da vontade da lei ou da manifestação de vontade inequívoca das partes (art. 265 do CC)." (TJSP - Apelação: 0003038-28.2013.8.26.0434 - Julgamento: 06/10/2015 - 2ª Câmara de Direito Privado Relator: Rosangela Telles) (g.n.)

"Contrato bancário - Abertura de crédito em conta corrente - Conta conjunta - Emissão de cheques pelo co-titular - Solidariedade - Negativação. O co-titular de conta corrente conjunta ostenta, regra geral, responsabilidade solidária, tanto ativa, quanto passiva, no que diz

respeito ao cumprimento da obrigação objeto do contrato, exceção feita em caso de emissão, pelo outro correntista, de cheque sem provisão de fundos." (TJSP - Apelação: 0000846-45.2009.8.26.0602 - Julgamento: 16/02/2011 - 21ª Câmara de Direito Privado - Relator: Itamar Gaio). (g.n.)

"Em se tratando de conta conjunta, o co-titular detém apenas solidariedade ativa dos créditos junto ao banco, sem responsabilidade pelos cheques emitidos pela outra correntista" (TJSP - AI nº 0168063-71.2012.8.26.0000 - Julgamento: 04/10/2012 - 24ª Câmara de Direito Privado - Relator: Salles Vieira). (g.n.)

Dessa forma, não há que se falar em inexigibilidade do débito em comento, haja vista que há nítida presunção de responsabilidade solidária pelo pagamento da apelante com relação ao saldo negativo da conta conjunta demonstrado às fls. 21 dos autos perante a Instituição Financeira.

No mais, com relação aos honorários advocatícios arbitrados pela r. sentença singular, de se destacar que por óbvio que sendo a apelante beneficiária da assistência judiciária gratuita (fls. 35), o pagamento com relação aos honorários sucumbenciais fica suspenso, podendo ser executado somente com a perda da condição da apelante de beneficiária, o que não ocorre "*in casu*".

No entanto, sendo julgada parcialmente procedente a demanda, era o caso de ser declarada a sucumbência recíproca, arcando cada parte com as custas e despesas processuais, bem como os honorários advocatícios de seus respectivos patronos.

Dessa forma, diante do exposto, DÁ-SE PARCIAL PROVIMENTO ao recurso, somente para alterar a disciplina da sucumbência, nos termos expostos.

Embargos de Declaração

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos de Declaração nº 0103021-76.2006.8.26.0100/50000, da Comarca de São Paulo, em que é embargante OVER TAKE CONFECÇÕES LTDA., são embargados GARANTIA REAL SERVIÇOS LTDA. e BANCO BRADESCO S/A.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 15ª Câmara de Direito

Acesso ao Sumário

Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Acolheram os embargos, com efeito modificativo, V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 15852)**

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

São Paulo, 23 de junho de 2016.

CASTRO FIGLIOLIA, Relator

Ementa: EMBARGOS DE DECLARAÇÃO - acórdão pelo qual, por unanimidade, foi dado provimento ao recurso de apelação interposto pela embargada Garantia Real Serviços Ltda. - embargante citada por edital - curadoria especial exercida por defensor público, não intimado pessoalmente para apresentar contrarrazões ao recurso de apelação - nulidade processual caracterizada - inteligência do artigo 128, inciso I da Lei Complementar nº 80/94 - precedentes - embargos acolhidos, com efeito modificativo, para o fim de ser anulado o processo a partir do despacho que determinou a intimação das partes para o oferecimento de contrarrazões.

VOTO

Vistos.

Trata-se de embargos de declaração opostos em relação ao acórdão de fls. 265/269 pelo qual, por unanimidade, foi dado provimento ao recurso de apelação interposto pela embargada Garantia Real Serviços Ltda.

Os embargos foram opostos pela Defensoria Pública. Alegou-se a ocorrência de nulidade absoluta em razão da falta de intimação pessoal da Defensoria Pública para oferecer contrarrazões ao apelo, nos termos do art. 128, inciso I da Lei Complementar n° 80/94. Pugnou pelo acolhimento dos embargos, com efeito infringente, para o fim de ser anulado o processo a partir do despacho de fls. 240 e intimado pessoalmente a Defensoria Pública, com a contagem em dobro do prazo de resposta.

Recurso tempestivo.

Este relator determinou a intimação pessoal da Defensoria Pública para oferecimento de contrarrazões ao recurso de apelação, uma vez que, caso acolhidos os embargos para a finalidade pretendida, será de pronto, na mesma

Acesso ao Sumário

sessão, apreciado o recurso de apelação.

A Defensoria Pública interpôs recurso de apelação adesivo no prazo da apresentação de contrarrazões (cf. fls. 306 e segs.).

Intimados, os embargados Garantia Real Serviços Ltda. e Banco Bradesco S.A. apresentaram respostas ao apelo adesivo interposto pela Defensoria Pública (cf. fls. 320/322 e 324/326).

É a síntese necessária.

A hipótese é de acolhimento dos embargos, com efeito modificativo.

Depreende-se dos autos que houve nomeação de defensor público para funcionar como curador especial da ré Over Take Confecções Ltda., citada por edital (cf. fls. 213 e 216/217).

Consoante se infere da certidão de fls. 240, a intimação da embargante para oferecer contrarrazões ao recurso se deu por meio de publicação junto ao Diário da Justiça Eletrônico, em nítida ofensa ao disposto no artigo 128, inciso I da Lei Complementar nº 80/94 - com nova redação dada pela Lei Complementar nº 132/09, "*in verbis*":

> *"Art. 128. São prerrogativas dos membros da Defensoria Pública do Estado, dentre outras que a lei local estabelecer:*
>
> *I - receber, inclusive quando necessário, mediante entrega dos autos com vista, intimação pessoal em qualquer processo e grau de jurisdição ou instância administrativa, contando-se-lhes em dobro todos os prazos".*

Tratando-se de norma cogente, inarredável a declaração de nulidade do processo, a partir do despacho pelo qual foi determinada a intimação das partes para apresentar resposta ao recurso de apelação.

A respeito da necessidade de observância à intimação pessoal do defensor público, confira-se os seguintes julgados do STJ:

> "*PROCESSUAL CIVIL. DEFENSOR PÚBLICO. CONTRA-RAZÕES. INTIMAÇÃO PESSOAL. NORMA COGENTE. NULIDADE DO JULGAMENTO. LEI N° 1.060/50, ART. 5º, § 5º LEI COMPLEMENTAR N° 80/94, ART. 128, I. A intimação do Defensor Público deve ser feita pessoalmente, sob pena de nulidade do ato, notadamente quando presumível o prejuízo, em face do provimento da apelação em desfavor dos assistidos, que não puderam, por tal vício, apresentar as contrarrazões respectivas. Precedentes do STJ. Recurso especial conhecido e provido.*" (STJ, 4ª Turma, REsp n° 304.242/MG, Rel. Min. Aldir Passarinho Júnior, j. em 15.8.2002);
>
> "*RECURSO ESPECIAL. DIREITO PROCESSUAL CIVIL. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. AUSÊNCIA DE*

DEMONSTRAÇÃO. FUNDAMENTAÇÃO DEFICIENTE. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 284/STF. INTIMAÇÃO PESSOAL. DEFENSORIA PÚBLICA. PROTEÇÃO E PRESERVAÇÃO DA FUNÇÃO DO ÓRGÃO. DEFESA DOS NECESSITADOS. DEFENSOR PÚBLICO. PRESENÇA. AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO E JULGAMENTO. ENTREGA DOS AUTOS COM VISTA. NECESSIDADE. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA AMPLA DEFESA. RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESSA EXTENSÃO, PROVIDO. (...) III - A necessidade da intimação pessoal da Defensoria Pública decorre de legislação específica que concede prerrogativas que visam facilitar o bom funcionamento do órgão no patrocínio dos interesses daqueles que não possuem recursos para constituir defensor particular. IV - A finalidade da lei é proteger e preservar a própria função exercida pelo referido órgão e, principalmente, resguardar aqueles que não têm condições de contratar um defensor particular. Não se cuida, pois, de formalismo ou apego exacerbado às formas, mas, sim, de reconhecer e dar aplicabilidade à norma jurídica vigente e válida. (...) VI - Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa extensão, provido." (REsp 1190865/MG, rel. Min. Massami Uyeda, j. em 14/02/2012);

"*AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. PREVIDENCIÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. DEFENSORIA PÚBLICA. INTIMAÇÃO PESSOAL. ARTS. 5º, § 5º, DA LEI N.º 1.060/50, E 128, INC. I, DA LC N.º 80/94. NECESSIDADE. 1. Os arts. 5º, § 5º, da Lei n.º 1.060/50, e 128, inc. I, da LC n.º 80/94, estabelecem que o defensor público possui a prerrogativa de ser intimado pessoalmente de todos atos do processo, em qualquer grau de jurisdição. 2. No presente caso, após compulsar os autos, verifica-se que a Defensoria Pública, patrocinadora da agravante, não foi intimada pessoalmente do v. acórdão proferido pelo eg. Tribunal Regional Federal da 2ª Região no recurso de apelação do INSS (fl. 116), ao qual foi dado parcial provimento, como também não foi intimada pessoalmente da interposição dos recursos especial e extraordinário pela autarquia previdenciária (fl. 131). 3. Agravo regimental provido para declarar a nulidade de todos os atos processuais praticados após o julgamento do recurso de apelação, devendo os autos retornar ao eg. Tribunal de origem para que este proceda à intimação pessoal da ora agravante.*" (AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 499.647/RJ, rel. Min. Alderita Ramos de Oliveira - desembargadora convocada do TJ/PE, j. em 05/03/13).

Nestes moldes, os embargos de declaração são acolhidos, com efeito modificativo, para o fim de ser reconhecida a nulidade do processo a partir do despacho de fls. 240, em vista da ausência de intimação pessoal do defensor

Acesso ao Sumário

público. Como o ato foi regularmente praticado em 2º grau, com a interposição de recurso de apelação adesivo pela Defensoria Pública, não há necessidade de baixa dos autos à primeira instância.

Habeas Corpus

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Habeas Corpus nº 2006207-25.2016.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é impetrante A.A.B. e Paciente E.P.G., é impetrado MM. JUIZ DE DIREITO DA 3ª VARA DA FAMÍLIA E SUCESSÕES DO FORO REGIONAL DE ITAQUERA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 8ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Denegaram a ordem. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 10798)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores SILVÉRIO DA SILVA (Presidente), THEODURETO CAMARGO e GRAVA BRAZIL.

São Paulo, 4 de agosto de 2016.

SILVÉRIO DA SILVA, Relator

Ementa: HABEAS CORPUS - PRISÃO POR DÍVIDA DE ALIMENTOS. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. IMPETRAÇÃO DESACOMPANHADA DA DECISÃO QUE DECRETOU A PRISÃO. DESPACHO INICIAL QUE INDEFERIU A SOLTURA. PRISÃO EM 18 DE JANEIRO DE 2016 (30 dias). PERDA DO OBJETO. DÍVIDA EXISTENTE. O decreto de prisão está fundamentado no artigo 528 e seguintes, do CPC/15. DISCUSSÃO PROBATÓRIA QUE FOGE AO ÂMBITO DO HABEAS CORPUS. INCONFORMISMO DA DECISÃO QUE COMPORTA RECURSO DE AGRAVO. Ordem denegada.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de ação de *Habeas Corpus* impetrada pela advogada A.A.B. em favor do paciente E.P.G., que estaria a sofrer constrangimento ilegal por parte do MM. Juiz de Direito da 3ª Vara da Família e Sucessões do Foro Regional de Itaquera, em decorrência de sua prisão decretada (págs. 01/03).

Liminar indeferida, fls. 32.

Informações prestadas às fls. 38/39.

A Procuradoria Geral de Justiça manifestou-se pela não concessão da ordem, fls. 190/192.

É o relatório.

O paciente responde a processo de execução de alimentos, que acordou em pagar o equivalente a 1/2 salário mínimo, com fundamento no artigo 733 do Código de Processo Civil, pelo inadimplemento dos mesmos, desde outubro de 2013.

A impetrante alega que existe uma diferença a ser paga, com a consequente decretação da prisão civil do executado prejudicaria a própria parte exequente, uma vez que o primeiro restaria impossibilitado de prover o sustento da prole em razão de eventual prisão de sua liberdade.

O saldo devedor apresentado é de R$ 24.081,68 (págs. 38).

O decreto de prisão está fundamentado no artigo 733, parágrafo 1º do CPC.

Por força do débito alimentar foi proposta ação de execução de alimentos, pelo rito do artigo 733 do CPC. O executado não quitou sua dívida alimentar.

Ao deixar de pagar a pensão alimentícia, sem justificativa aceitável, de rigor a decretação da prisão civil do paciente até o esgotamento do prazo, ou efetivação do pagamento.

O "*Habeas Corpus*" é remédio jurídico que deve ser manejado para prevenir ou obstar constrangimento resultado de decisão cível que coloca o obrigado em situação de risco de prisão, desde que tal medida revele abuso ou excesso de poder por parte do magistrado, na forma prescrita pelos artigos 647 e 648, ambos do Código de Processo Penal, a saber:

"... Art. 647. Dar-se-á habeas corpus sempre que alguém sofrer ou se achar na iminência de sofrer violência ou coação ilegal na sua liberdade de ir e vir, salvo nos casos de punição disciplinar.

Art. 648. A coação considerar-se-á ilegal:

I - quando não houver justa causa;

II - quando alguém estiver preso por mais tempo do que determina a lei;

III - quando quem ordenar a coação não tiver competência para fazê-lo;

Acesso ao Sumário

IV - quando houver cessado o motivo que autorizou a coação;

V - quando não for alguém admitido a prestar fiança, nos casos em que a lei a autoriza;

VI - quando o processo for manifestamente nulo;

VII - quando extinta a punibilidade..."

A Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso LXVII, preceitua que não haverá prisão por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia.

O artigo 19 da Lei 5.478/68 autoriza a decretação da prisão do devedor da pensão alimentícia, bem como o artigo 528 e seguintes do Código de Processo Civil (lei 13.105/2015).

Assim, não há ilegalidade, abuso de poder ou constrangimento ilegal na decretação da prisão do paciente.

É orientação do C. STJ, que "*não cabe examinar, em habeas corpus, aspectos probatórios, como a falta de condições financeiras para o cumprimento da obrigação alimentícia (STJ - HC 22988, DJ data: 19/12/2002, página: 365 Relator Sálvio de Figueiredo Teixeira)*".

Ademais, "o Habeas Corpus não se presta para proteger a pessoa obrigada à prestação alimentícia, e que não a cumpre." (RT 707/368).

Por derradeiro, como a prisão foi realizado em 18 de janeiro de 2016 e o prazo era de 30 dias, inquestionável que o presente pedido perdeu o seu objeto.

Denego a ordem.

Impugnações ao Valor da Causa

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Impugnação ao Valor da Causa nº 0002102-39.2016.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que são impugnantes BRASIL FERROVIAS S/A e ALL AMÉRICA LATINA LOGÍSTICA 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:

Acesso ao Sumário

Acolheram a Impugnação por V.U., de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 16903)**

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

São Paulo, 23 de junho 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$ 3.794.458,67.

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$ 124.664,40, 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$ 8.645.455,58.

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$ 2.493.288,00, em 20/05/2005 (174), montante 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.

Acesso ao Sumário

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).

Considerando estas circunstâncias, o valor desta ação rescisória deve corresponder ao valor atualizado da causa originária.

Acesso ao Sumário

Saliente-se, os impugnados pretendem a rescisão de acórdão proferido nos embargos à execução opostos pela parte contrária, para serem julgados improcedentes, com o prosseguimento da execução do "instrumento particular de confissão de dívida" e do "instrumento particular de penhor mercantil", ajuizada visando o recebimento de R$ 2.493.288,00, sem a respectiva atualização (fls. 152).

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 nos embargos à execução e as demais ações rescisórias possuem objetos diversos, apesar de envolverem a mesma relação jurídica. Uma delas visa rescindir decisão proferida em ação condenatória ajuizada pelos autores desta ação rescisória e a outra ação rescisória visa rescindir acórdão proferido em ação anulatória ajuizada pela ora ré.

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.

Voto - Adoção Internacional

CONCLUSÃO

Em 16 de agosto de 2016, faço estes autos conclusos ao Des. José Gaspar Gonzaga Franceschini - Relator. Eu Jandira Rita Guidelli, Escrevente Técnico Judiciário, subscrevi.

Proc. nº (...)

Acesso ao Sumário

VOTO

Vistos.

Trata-se de pedido de habilitação para adoção, formulado por **D.W.S.** e **M.C.S.S.**, representados pela entidade H.H.I.A.

A entidade providenciou avaliação psicossocial favorável do Serviço Técnico do Juízo da Infância e da Juventude de (...), bem como a concordância

da genitora do adolescente, colhida em audiência (fs. 263/273).

A ilustre representante do Ministério Público manifestou-se favoravelmente ao deferimento do pedido (fs. 276/278).

Convertido o julgamento em diligência (fs. 285), o Consulado Americano prestou esclarecimentos, por e-mail institucional (fs. 319 e 326).

Trata-se de casal residente em Utah, Estados Unidos (fs. 100/108). São pessoas saudáveis (fs. 70/74 e 75/78), que não registram antecedentes criminais (fs. 87/89 e 90/92), com renda bruta anual de U$ (...) (fs. 119). Ele tem uma distribuidora de alimentos; ela trabalhava como enfermeira (fs. 16/18). Estão casados desde 08/01/2005 (fs. 170/172).

Os requerentes foram casados anteriormente e se divorciaram de seus ex-cônjuges (fs. 173/180 e 181/185). M.C. não teve filhos. D. permaneceu casado com a primeira esposa por 26 anos (fs. 8), sendo pai de 4 (quatro) filhos e avô de 10 (dez) netos (fs. 15).

Os requerentes relataram uma adoção frustrada, em 2008, quando uma criança ficou por 4 dias com o casal - através da LDS F.S. - devolvida, em seguida, para sua mãe biológica, que mudou de ideia antes de assinar a "abdicação" em favor dos adotantes (fs. 14 e 22).

Posteriormente, eles cuidaram do sobrinho de M.C., experiência que descreveram como positiva, por mostrar que sabem como ensinar e disciplinar uma criança (fs. 16 e 22).

Os cônjuges são membros atuantes da (...) e foram "aprovados para adotar" pelo Serviço de Cidadania e Imigração dos Estados Unidos, em 16/09/2015, conforme formulário I-800A (fs. 215/218).

O adolescente e sua genitora, ouvidos em juízo, concordaram com a proposta de adoção internacional pela tia paterna do menor e seu marido (fs. 270/272 e 273).

O Consulado Americano não apontou nenhum óbice para a concretização da adoção intrafamiliar pretendida pelo casal (fs. 301 e 326), comprovando-se, oportunamente, a concessão da cidadania americana em benefício do adolescente, como dispõe a Convenção de Haia em matéria de adoção internacional.

Ressalte-se, por fim, que, nos termos do artigo 52, par. 4º, incisos III e IV, do ECA, os organismos credenciados devem estar submetidos à supervisão das autoridades competentes do país onde estiverem sediados e no país de acolhida, inclusive quanto à sua composição, funcionamento e situação financeira, e apresentar à Autoridade Central Federal Brasileira, a cada ano, relatório geral das atividades desenvolvidas, bem como relatório de acompanhamento das adoções internacionais efetuadas no período, cuja cópia será encaminhada ao Departamento de Polícia Federal e à CEJAI.

Acesso ao Sumário

Em face do exposto, preenchidos os requisitos legais, **proponho seja concedida a habilitação dos interessados em adotar**, pelo prazo de um ano, conforme o inciso VII, do art. 52, da Lei 8069/90, com a redação dada pela Lei 12010/2009 e à vigência da habilitação expedida pela CEJAI em favor da entidade. Fica ressalvado, ainda, que quando da utilização do laudo for verificado decurso de prazo superior a três anos, a contar da data da elaboração dos estudos social ou psicológico, se o caso, eles deverão ser renovados, sob pena da perda da validade do Laudo, conforme deliberado na 27ª Reunião da CEJAI, item 4. Deve-se considerar, também, que **os interessados estão credenciados para a adoção do sobrinho da requerente, R.J.S., nascido em 31/07/2002 (fs. 264)**, perante o Juízo da Infância e da Juventude de (...), nos termos do artigo 50, §13, inciso II, e artigo 166, §§ 1º e 3º, ambos da Lei 8.069/1990 - Estatuto da Criança e do Adolescente.

À Mesa.

São Paulo, 16 de agosto de 2016.

JOSÉ GASPAR GONZAGA FRANCESCHINI, Relator

Deferiram v.u.

SP 16/08/2016.

MANOEL DE QUEIROZ PEREIRA CALÇAS, Presidente da CEJAI

Acesso ao Sumário

SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO

Agravos de Instrumento

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2093200-71.2016.8.26.0000, da Comarca de Cotia, em que é agravante PRINCE BIKE NORTE LTDA, é agravado MUNICÍPIO DE COTIA.

ACORDAM, em 10ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 5.054/16)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PAULO GALIZIA (Presidente) e TERESA RAMOS MARQUES.

São Paulo, 30 de maio de 2016.

TORRES DE CARVALHO, Relator

Ementa: DESAPROPRIAÇÃO. Cotia. Levantamento da indenização. Propriedade do imóvel. Controvérsia. A controvérsia que permeia a propriedade do imóvel decorre do contrato de crédito com alienação fiduciária entre a agravante e o Banco Daycoval S/A, que ensejou a consolidação da propriedade do imóvel em favor da instituição bancária e é objeto do processo nº 1016337-87.2013, 4ª Vara Cível Central da Capital. No entanto, uma parte de 4.260,00 m² foi desapropriada pela Prefeitura em 1987 e o contrato firmado em 2008 não pode referir-se a ela, pois juridicamente impossível, mas aos 26.000,00 m² restantes; essa área, não a área desapropriada, é objeto da controvérsia discutida no juízo cível. Não é aquela ação nem a cautela lá determinada óbice ao levantamento da quantia depositada na ação expropriatória, se cumprido o art. 34 do DL nº 3.365/41. Agravo provido para, afastado o óbice em questão, se defira o levantamento em primeiro grau, se cumprido os requisitos legais.

Acesso ao Sumário

VOTO

1. Trata-se de agravo interposto contra a decisão de fls. 378, aqui fls. 42 e 116 que, nos autos de ação de desapropriação em fase de cumprimento de sentença, indeferiu o pedido de levantamento do montante indenizatório ante o litígio existente com o Banco Daycoval S/A. O agravante alega que cumpriu integralmente o art. 34 do DL nº 3.365/41 e prestou os esclarecimentos necessários quanto à consolidação da propriedade em favor do Banco Daycoval S/A; diz que em 30-10-2008 realizou operação de crédito junto àquele banco, modalidade de alienação fiduciária, no valor de R$-1.400.000,00; apesar de todos os pagamentos terem sido realizados, a instituição bancária consolidou a propriedade sobre o imóvel por suposto saldo remanescente de R$-312.039,00; obteve medida liminar nos autos da ação cautelar nº 2024880-71.2013, 17ª Câmara de Direito Privado, Rel. Mônica Salles Penna Machado para permanecer na posse do bem e suspender qualquer ato de alienação do imóvel; a operação de crédito não envolveu a parte do imóvel que fora objeto da desapropriação; o prazo do edital para conhecimento de terceiros decorreu sem que houvesse oposição ao pedido de levantamento do numerário; o juiz extrapola os limites subjetivos da lide ao determinar a ciência do feito ao Banco Daycoval S/A. Prequestiona a matéria. Pede o provimento do recurso.

É o relatório.

2. Fatos. Cuidam os autos originários de ação de desapropriação ajuizada pela Prefeitura Municipal de Cotia em face de Seara Industrial S/A, tendo por objeto uma área de 4.261,87 m² localizada na Gleba 'A', Rua Cornélio Procópio, Parque Rizzo, município de Cotia, parte do imóvel registrado na matrícula nº 289 do Cartório de Registro de Imóveis de Cotia (aqui fls. 26/27; 46/54). Em 7-6-2001 o bem foi transmitido para a Prince Bike Norte Ltda. (aqui fls. 52); em 2-12-2008 sobreveio a alienação fiduciária do imóvel ao Banco Daycoval S/A, para garantia de obrigações oriundas da Cédula de Crédito Bancário - BNDES Automático, no valor de R$-1.400.000,00 (aqui fls. 52/53); em 22-7-2013 a propriedade do imóvel foi consolidada em nome da instituição bancária, ante a falta de pagamento de dívida residual no valor de R$-312.039,00 (aqui fls. 53); e em 2-12-2013 averbou-se na matrícula a concessão de liminar nos autos da ação cautelar nº 2024880-71.2013, 17ª Câmara de Direito Público, Rel. Mônica Salles Penna Machado (proc. de origem nº 1016337-87.2013, 4ª Vara Cível Central da Capital), para suspender a realização de qualquer leilão ou ato expropriatório do imóvel (aqui fls. 54).

Pago o financiamento, a agravante discordou do resíduo de R$-312.000,00 cobrado pelo banco e moveu contra o agente financeiro o processo nº 1016337-87.2013, julgado improcedente pelo juízo da 4ª Vara Cível do Foro Central da

Acesso ao Sumário

Capital; acrescenta-se a isso (i) o desprovimento da apelação no julgamento da AC nº 1016337-87.2013, 6-10-2014, 17ª Câmara de Direito Privado, Rel. Cláudia Sarmento Monteleone, v.u; (ii) a negativa de seguimento ao recurso especial, 30-4-2015, Desembargador Presidente da Seção de Direito Privado Artur Marques da Silva Filho; e (iii) o julgamento monocrático do AREsp nº 860.917/SP, 15-3-2016, Min. Francisco Falcão, não conheceu do agravo com fundamento nos art. 544, § 4º, I do CPC e art. 1º da Resolução STJ nº 17/2013, estando pendente de julgamento o agravo regimental interposto pela agravante. Não se ignora a concessão de medida liminar nos autos da ação cautelar nº 2024880-71.2013, 17ª Câmara de Direito Público, Rel. Mônica Salles Penna Machado para suspender a realização de qualquer leilão ou ato expropriatório do imóvel (aqui fls. 122/130); mas é providência que não invalida a consolidação da propriedade do imóvel em favor da credora fiduciária.

3. Propriedade. Controvérsia. A controvérsia que permeia a propriedade do imóvel objeto dos autos obsta, ao menos por ora, o levantamento do montante indenizatório. A Gleba A, matriculada sob nº 289 no Registro Imobiliário de Cotia, contém 30.000 m² (aqui fls. 46/54), dos quais 4.261,87 m² foram desapropriados em 1987 pela Prefeitura Municipal de Cotia para a construção de uma praça de esportes (fls. 26/30); presume-se a imissão da administração na posse do imóvel ante o pedido de urgência e o pagamento posterior da indenização.

A agravante deu o imóvel ao Banco Daycoval em alienação fiduciária por escritura de 6-11-2008, registrada sob nº 20 na matricula 289 (aqui fls. 52/53). Embora o título nada mencione, presume-se que a proprietária deu em alienação fiduciária os 26.000 m² restantes do imóvel excluída a área desapropriada 21 anos antes, mais que suficientes para a cobertura do crédito original e da quantia em discussão na outra ação; não se vê, à primeira vista, interesse jurídico ou econômico do credor fiduciário na indenização da área desapropriada que, naturalmente, não pode ter sido incluída no negócio em questão. Ao imóvel alienado (área restante), não à área desapropriada, se refere a decisão proferida pela 17ª Câmara de Direito Privado. Em outras palavras, a credora fiduciária não adquiriu a propriedade da área pública, por absoluta impossibilidade jurídica; apenas ao restante pode referir-se o contrato. É por esse motivo que a eventual consolidação da propriedade em nome do banco, se confirmada em juízo, não impedirá o registro da carta de adjudicação em favor da Prefeitura, quando expedida.

Eventual direito do banco decorreria da cessão do crédito da desapropriação, como ocorreu na aquisição do imóvel pela Prince Bike; mas não consta da matrícula nem é próprio à natureza do negócio. Tudo indica que a agravante tem razão.

Neste contexto, cumprido o art. 34 e inexistindo oposição da expropriante ou de terceiro, não há razão para negar à agravante o levantamento do dinheiro

Acesso ao Sumário

que lhe pertence. A agravante tem razão.

O voto **é pelo provimento do agravo** para afastar a necessidade de oitiva do agente financeiro, devendo o levantamento ser deferido pelo juiz se cumpridos os requisitos do art. 34 do DL nº 3.365/41.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2251668-70.2015.8.26.0000, da Comarca de Igarapava, em que é agravante MUNICÍPIO DE BURITIZAL, é agravado CETESB – COMPANHIA AMBIENTAL DO ESTADO 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 24.747)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores VERA ANGRISANI (Presidente) e PAULO ALCIDES.

São Paulo, 7 de junho de 2016.

EUTÁLIO PORTO, Relator

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO – Ação Anulatória – Multa ambiental – Disposição inadequada de resíduos sólidos – Pretendida a suspensão da exigibilidade do crédito para fins de obstar a inclusão de seu nome no CADIN, a inscrição do débito em dívida ativa e a propositura de execução fiscal – Alegação do Município de que não foi o responsável pela disposição inadequada dos resíduos e de que já sanou as irregularidades constatadas no local – Necessidade de Instauração do contraditório – Ausência dos requisitos do art. 273 do CPC/73 – Decisão mantida – Recurso improvido.

VOTO

Trata-se de agravo de instrumento interposto pelo MUNICÍPIO DE BURITIZAL em face da COMPANHIA AMBIENTAL DO ESTADO DE SÃO PAULO – CETESB, objetivando a reforma da decisão de fls. 14/15, proferida pelo MM. Juiz Clóvis Humberto Lourenço Junior, que, em ação anulatória

de multa ambiental, indeferiu o pedido de tutela antecipada para suspender a exigibilidade da multa e impedir sua inclusão no CADIN, a inscrição do débito em dívida ativa e a propositura de execução fiscal.

Sustenta o agravante que não foi o responsável pela disposição inadequada de resíduos sólidos na área localizada à margem da Estrada Rural da Matinha e que sanou as irregularidades constatadas no local.

Tempestivo e isento de preparo, o recurso foi recebido sem a antecipação dos efeitos da tutela recursal pleiteada (fls. 108/110).

A CETESB apresentou contraminuta às fls. 116/130, juntando documentos às fls. 131/153.

A douta Procuradoria Geral de Justiça ofertou parecer às fls. 155/157, opinando pelo improvimento do recurso.

Este é, em síntese, o relatório.

VOTO

O agravo não deve ser provido.

Insurge-se o agravante contra a imposição de multa ambiental por "estar dispondo de forma e local inadequados resíduos sólidos de construção civil, madeira, resíduos de poda de árvores e outros, em área localizada à margem da Estrada Rural da Matinha", pleiteando a suspensão da exigibilidade do crédito, para obstar a inclusão de seu nome no CADIN, a inscrição do débito em dívida ativa e propositura de execução fiscal.

A relação jurídica de fundo consistente na legalidade e exigibilidade do auto de infração há de ser definida na Instância de origem, evitando, desta forma, a supressão do provimento jurisdicional a ser adotado pelo juízo monocrático.

No presente agravo de instrumento cumpre apenas verificar a questão referente à concessão da tutela antecipada para fins de suspender a exigibilidade da multa e impedir a inscrição do nome do agravante no CADIN.

Tratando-se de multa ambiental, crédito de natureza não tributária, não se aplica o art. 151 do Código Tributário Nacional, mas sim o artigo 8º da Lei Estadual nº 12.799/08, que dispõe: "o registro do devedor no CADIN estadual ficará suspenso na hipótese de suspensão da exigibilidade da pendência objeto do registro, nos termos da lei".

Não obstante, não se verificam presentes os requisitos ensejadores da tutela antecipada.

Consoante dicção expressa no art. 273 do CPC/73, o pressuposto básico para a concessão da tutela antecipada encontra-se focado na verossimilhança das alegações que permita o convencimento, a priori, do juiz, bem como haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação.

E dentro deste contexto, encontra-se a decisão proferida, forjada na

Acesso ao Sumário

ausência de prova inequívoca da verossimilhança das alegações e na inexistência de risco de dano irreparável ou de difícil reparação.

Isso porque a matéria em discussão na ação envolve controvérsia fática e jurídica, não havendo como admitir-se de plano a inequívoca verossimilhança das alegações do agravante.

Em análise sumária, verifica-se que, em 27/08/2013, foi lavrado o Auto de Inspeção nº 1469842, instruído por relatório fotográfico (fls. 31/35), no qual se constatou a disposição irregular de resíduos sólidos nas margens da Estrada Rural da Matinha, dando ensejo à lavratura do Auto de Infração e Imposição de Penalidade de Advertência - AIIPA nº 27002448, em 23/09/2013, em face do Município de Buritizal (fls. 36/37).

Com efeito, infere-se dos autos que a Municipalidade de Buritizal apresentou manifestação à CETESB com o objetivo de comprovar o cumprimento das determinações constantes do referido auto de infração. Não obstante, em nova vistoria realizada no local, com o intuito de averiguar as providências tomadas pela Municipalidade, constatou-se que a área continuava sendo utilizada para a inadequada disposição de resíduos sólidos, sendo lavrado, em 07/01/2014, o Auto de Inspeção nº 1533961, também instruído por relatório fotográfico (fls. 151/153), dando ensejo à lavratura, em 08/01/2014, do Auto de Infração e Imposição de Penalidade de Multa - AIIPM nº 27001037 (fls. 65/66), objeto destes autos.

E, como é cediço, é da essência dos atos administrativos em geral a presunção de legalidade e veracidade, o que não implica dizer que sejam eles absolutos, já que a presunção é *juris tantum*, mas a sua desconstituição só pode ser feita pelo próprio órgão, que pode rever seus atos, ou em sede judicial, devendo a prova para sua descaracterização ser inequívoca, estreme de dúvida, a cargo do interessado, o que não se vislumbra nesse momento.

Dessa forma, tratando-se de pedido de tutela antecipada e não havendo provas suficientes para formar o convencimento do Juiz, não há como deferir-se a pretensão aforada, ou seja, antecipar uma decisão sem que as provas necessárias estejam exaltadas a ponto de aferir de plano a verossimilhança das alegações.

Anote-se, por fim, que o agravante sequer ofereceu caução idônea, consoante o disposto no art. 7º da Lei Federal nº 10.522/02, que prevê:

> **Art. 7º.** Será suspenso o registro no Cadin quando o devedor comprove que:
>
> I - tenha ajuizado ação, com o objetivo de discutir a natureza da obrigação ou o seu valor, com o oferecimento de garantia idônea e suficiente ao Juízo, na forma da lei;
>
> II - esteja suspensa a exigibilidade do crédito objeto do registro, nos termos da lei.

Pelo exposto, nega-se provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2046628-57.2016.8.26.0000, da Comarca de Valinhos, em que são agravantes TAKEO YONEMURA, NORIKO YONEMURA, NAGATOCI YONEMURA e YURI TONOSAKI YONEMURA, é agravado CONCESSIONÁRIA ROTA DAS BANDEIRAS S/A.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 8ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Negaram provimento ao recurso. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 24.671)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores CRISTINA COTROFE (Presidente) e ANTONIO CELSO FARIA.

São Paulo, 22 de junho de 2016.

LEONEL COSTA, Relator

Ementa: DESAPROPRIAÇÃO – LEVANTAMENTO DE VALOR – Considerando que o montante da indenização ainda é passível de modificação e que há grande diferença entre o valor ofertado e o indicado na avaliação prévia, razoável permitir o levantamento de acordo com o valor incontroverso – Decisão em anterior agravo de instrumento que autorizou o levantamento de 80% do valor ofertado pela expropriante – Pleito para expedição de guia complementar, ao argumento de que o correto seria autorizar o levantamento de valor correspondente a 80% da oferta inicial acrescidos de rendimentos proporcionais – Ausência de previsão legal – Art. 33, §2º, do Decreto-Lei nº 3.365/41, que estabelece que pode ser levantado até 80% do depósito feito – Mandamento constitucional da prévia e justa indenização cumprido. Agravo não provido.

Acesso ao Sumário

VOTO

Vistos.

Trata-se de agravo de instrumento interposto contra decisão de fls. 10/11 (966/967 dos autos principais), que, em ação de desapropriação, rejeitou os embargos de declaração opostos pelos expropriados, uma vez que já procederam ao levantamento de valor correspondente a 80% do valor depositado nos autos (R$ 1.623.139,40), nada mais havendo a ser deliberado a respeito.

Inconformados, agravam os expropriados, alegando redução do valor efetivo a ser levantado, uma vez que a guia de levantamento foi expedida autorizando o levantamento tão somente da quantia nominal de R$ 1.623.139,40, quando o correto seria autorizar o levantamento de valor correspondente a 80% da oferta inicial acrescidos de rendimentos proporcionais. Requerem seja determinada a expedição de guia complementar.

O recurso é tempestivo e observa os requisitos do artigo 525, I do Código de Processo Civil.

Contraminuta às fls. 49/51.

É o relatório. Voto.

Trata-se de ação de desapropriação direta por utilidade pública, objetivando um imóvel de 28.530,90 m², localizado na Estrada Luiz de Queiroz Guimarães, s/n, Fazenda Macuco, no Município de Valinhos-SP, mediante o pagamento da quantia de R$ 2.028.924,25 (fls. 17/19).

Após o depósito inicial sobreveio o laudo de avaliação prévia, no qual o perito indicou o valor de R$ 3.693.530,00.

Conforme preceitua a Constituição Federal, a desapropriação se dá diante da necessidade, utilidade pública ou interesse social, mediante prévia e justa indenização em dinheiro (art. 5º, XXIV, CF).

Uma vez concretizada a imissão na posse, é de rigor autorizar o levantamento de parte do valor depositado, como forma de compensar o expropriado pela perda do uso do bem, sem que precise aguardar o julgamento definitivo da ação, cumprindo, assim, o mandamento constitucional da prévia e justa indenização.

Acesso ao Sumário

Considerando a grande diferença entre a indenização estimada em laudo prévio (R$ 3.693.530,00) e o valor apresentado pelo assistente técnico da expropriante (R$ 2.028.924,25), pelo principio da razoabilidade, este Relator entendeu cabível o levantamento do valor apresentado pela expropriante que, pode-se dizer, é o incontroverso, razão pela qual foi dado provimento ao agravo de instrumento nº 2121743-21.2015.8.26.0000, para autorizar o levantamento de 80% do valor ofertado.

Vale ressaltar que tal solução está em consonância com o disposto no art. 33, §2º, do Decreto-Lei nº 3.365/41, que estabelece que pode ser levantado **até** 80% do depósito feito:

Art. 33. O depósito do preço fixado por sentença, à disposição do juiz da causa, é considerado pagamento prévio da indenização.

§ 2º O desapropriado, ainda que discorde do preço oferecido, do arbitrado ou do fixado pela sentença, poderá levantar até 80% (oitenta por cento) do depósito feito para o fim previsto neste e no art. 15, observado o processo estabelecido no art. 34.

Note-se que não há previsão de que, neste momento, seja realizado o levantamento de 80% do depósito acrescido de atualização monetária.

Ademais, não se vislumbra qualquer prejuízo aos expropriados, uma vez que o montante correspondente a 80% do valor da oferta é alto, permitindo a obtenção de novo imóvel, além de estar depositado em juízo o total arbitrado em avaliação prévia.

Cumprido, pois, o mandamento constitucional da prévia e justa indenização.

Diante do exposto, nego provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2068532-36.2016.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO, é agravado JOSÉ ROBERTO FERNANDES.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 11ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Negaram provimento ao recurso. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 16.020/2016)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores AROLDO VIOTTI (Presidente) e OSCILD DE LIMA JÚNIOR.

São Paulo, 16 de junho de 2016.

JARBAS GOMES, Relator

Ementa: RECURSO – Efeito devolutivo. Impetração que visa assegurar o direito líquido e certo de servidor público preso em flagrante, preventiva ou temporariamente, de continuar a perceber seus vencimentos, suspensos administrativamente com fundamento no artigo 70, da Lei Estadual nº 10.261/68. Segurança concedida. Apelação recebida somente

Acesso ao Sumário

no efeito devolutivo. Legalidade. Inexistência de hipóteses excepcionais que autorizem o recebimento do recurso também no efeito suspensivo. Decisão mantida.
RECURSO NÃO PROVIDO.

VOTO

Trata-se de agravo de instrumento interposto pela "*FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO*" contra a r. decisão que, em sede de mandado de segurança impetrado por "*JOSÉ ROBERTO FERNANDES*", recebeu o recurso de apelação interposto contra a r. sentença de concessão da segurança somente no efeito devolutivo.

Sustenta, em síntese, que a apelação deve ser recebida no efeito suspensivo, a teor do disposto nos artigos 5º, parágrafo único e 7º, ambos da Lei Federal nº 4.348/64, e 2º-B, da Lei nº 9.494/97.

A liminar foi indeferida (fls. 175-179).

Contraminuta às fls. 183-196.

É o breve relato.

O recurso não comporta provimento.

Como já asseverado quando da apreciação da liminar, nos termos do artigo 14, da Lei nº 12.016/2009, "*da sentença, denegando ou concedendo o mandado, cabe apelação". Assim, "deve-se entender que prevalece o mesmo princípio vigente no direito anterior, deduzido dos artigos 11 e 13 da Lei n 1.533, dos quais se infere que a apelação, no caso, não tem efeito suspensivo*" (Celso Agrícola Barbi, Do Mandado de Segurança, 4.ed., Rio de Janeiro: Forense, p. 273/274).

Anotam Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery que "*a apelação de sentença proferida em MS deve ser recebida apenas no efeito devolutivo (Nery, Recursos, 3.5.2.7, p. 465 ss.; Meirelles, MS, 95; Barbi, MS, n. 236, pp. 189190). O recebimento no efeito suspensivo é circunstância incompatível com o caráter urgente da ação mandamental (1º TACivSP, Ag 502242, rel. Juiz Vasconcellos Pereira, j. 18.8.1992). Admite-se o recebimento da apelação no efeito suspensivo, apenas nos casos previstos na lei (L 4348/64 5º par. ún. e 7º)*" (Código de Processo Civil Comentado, 8.ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 1734).

No mesmo sentido, preconiza Hely Lopes Meirelles que "*o efeito dos recursos em mandado de segurança é somente o devolutivo, porque o suspensivo seria contrário ao caráter urgente e auto-executório da decisão mandamental*" (Mandado de Segurança (...), 30.ed., São Paulo: Malheiros, p. 108).

Acesso ao Sumário

Assim, apenas em situações excepcionais, de flagrante ilegalidade ou abusividade, ou de dano irreparável ou de difícil reparação, admite-se o efeito suspensivo nos recursos de apelação interpostos contra sentenças concessivas da segurança, hipóteses, aliás, não evidenciada no caso específico dos presentes autos.

Adota a mesma linha de entendimento a jurisprudência desta Corte:

"Agravo de Instrumento. Processual civil. Apelação contra sentença denegatória de segurança. Decisão "a quo" que recebe apelação apenas no efeito devolutivo. Pretensão a atribuição de efeito suspensivo ao recurso. Desprovimento de rigor. Apelação que deve ser recebida apenas em seu efeito devolutivo. Inocorrência de motivos excepcionais que autorizem o recebimento do apelo em ambos os efeitos (devolutivos e suspensivos). Ausência de abusividade, ilegalidade ou dano irreparável ou de difícil reparação advindas da decisão impugnada. Precedentes desta Corte e do C. STJ. Por fim, as demais questões opostas pelo agravante dizem respeito ao mérito e não podem ser objeto de análise no agravo e deverão ser detidamente apreciadas por ocasião do julgamento do recurso de apelação. Decisão mantida e ratificada, nos termos do art. 252 do Regimento Interno desta E. Corte de Justiça. Agravo desprovido".

(AI nº 0177268-61.2011.8.26.0000, rel. Des. Sidney Romano dos Reis, j. em 30.1.2012. Igualmente: AI nº 0220457-89.2011.8.26.0000, rel. Des. Carlos Eduardo Pachi, j. em 19.9.2011; AI n° 990.10.262538-9, rel. Des. Oswaldo Luiz Palu, j. em 15.12.2010; AI nº 747.541-5/4-00, rel. Des. Oliveira passos, j. em 25.6.2008).

Pela leitura dos documentos que instruem o presente agravo, verifica-se não se tratar de hipótese excepcional a autorizar o acolhimento da pretensão, uma vez que inexiste demonstração patente de ilegalidade ou abusividade na decisão combatida, nem tampouco afronta às Leis Federais nº 4.348/64 ou 9.494/97, notadamente porque esta Colenda 11ª Câmara de Direito Público, quando do julgamento do agravo de instrumento nº 2209045-88.2015.8.26.0000, em 15/03/2016, já havia autorizada a manutenção do pagamento dos vencimentos do agravado, manifestando-se no sentido de que a Constituição da República é posterior à edição do Estatuto dos Servidores Públicos Civis do Estado de São Paulo e a dispensa, ao menos, da condenação criminal do servidor em Primeiro Grau de Jurisdição (*preso em flagrante, preventiva ou temporariamente*), ao que parece, não foi recepcionada por confrontar os princípios da presunção de inocência e da irredutibilidade de vencimentos.

Isto posto, nega-se provimento ao recurso.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2104402-45.2016.8.26.0000, da Comarca de Aguaí, em que é agravante MUNICÍPIO DE AGUAÍ, é agravado FEBA INDÚSTRIA MECÂNICA LTDA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 8ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Negaram provimento ao recurso. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 3.195/2016)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores CRISTINA COTROFE (Presidente sem voto), RONALDO ANDRADE e LEONEL COSTA.

São Paulo, 4 de julho de 2016.

ANTONIO CELSO FARIA, Relator

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO. Ação de revogação de doação, com pedido de reintegração de posse e cancelamento de escritura pública. Decisão que não concedeu a tutela de urgência. Requisitos do art. 300 do CPC que não foram preenchidos. Medida irreversível que não pode ser concedida, observando-se o art. 300,

§ 3º do CPC. Fiscalização que ocorreu após 3 (três) anos e 7 (sete) meses da realização do ato. Urgência não configurada. Decisão mantida. RECURSO DESPROVIDO.

VOTO

Trata-se de agravo de instrumento interposto contra a r. decisão de fls. 62/63 que, nos autos da ação de revogação de doação, com pedido de reintegração de posse e cancelamento de escritura pública, proposta pelo MUNICÍPIO DE AGUAÍ contra FEBA INDÚSTRIA MECÂNICA LTDA., indeferiu a tutela antecipada, por não restarem preenchidos os requisitos do art. 300 do CPC.

Sustenta o agravante que, em diligência realizada em 26/11/2015, o Departamento de Desenvolvimento Econômico constatou que a empresa agravada não iniciou qualquer tipo de obra nos lotes doados pela municipalidade. Afirma que, segundo escritura pública de doação com cláusula reversiva, em 17/04/2012, foi doado o imóvel, objeto da ação, com o ônus à agravada de iniciar a construção da fábrica no prazo máximo de 3 (três) meses, sob pena

Acesso ao Sumário

de nulidade da doação e reversão da área ao patrimônio municipal, nos termos da Lei Municipal nº 1.463/1982. Alega que houve notificação extrajudicial à agravada com aviso de recebimento, a qual respondeu que o atraso, para o início das obras, decorreu de dificuldades financeiras da empresa.

Requer a concessão da antecipação da tutela recursal e, ao final, que seja dado provimento ao recurso, para que haja a reintegração da posse do imóvel.

Recurso processado sem a antecipação da tutela recursal e dispensada contraminuta, em virtude da possibilidade de imediato julgamento do feito.

Não houve oposição das partes ao julgamento virtual.

É o relatório.

O recurso deve ser desprovido.

O objeto do presente agravo cinge-se quanto à análise da presença dos requisitos autorizadores da antecipação dos efeitos da tutela, que são a probabilidade do direito e o perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo, conforme disposição do art. 300, *caput* do Código de Processo Civil.

De fato, não é o caso de concessão da tutela antecipada, uma vez que há risco de dano irreparável, qual seja, a reintegração da posse do imóvel descrito na escritura pública, copiada às fls. 33/37, e a consequente doação a outra empresa, conforme disposição do art. 300, §3º do CPC que "*a tutela de urgência de natureza antecipada não será concedida quando houver perigo de irreversibilidade dos efeitos da decisão*".

Segundo resposta à notificação extrajudicial do agravante, a agravada informou que "*foram tomadas providências para a construção efetiva da fábrica, com a confecção dos projetos, estudos do local e análise do solo*" e que "*durante a análise do solo, foi detectado, em pontos do terreno, a existência de água rasa, impedindo a construção de fundações em dimensões compatíveis para a construção de galpões*", tornando necessária a elaboração de estudos para recomposição e melhor aproveitamento do terreno, justificando a suspensão do andamento do projeto devido a dificuldades financeiras (fls. 62/63). Portanto, não obstante o agravante tenha juntado aos autos as fotos do terreno às fls. 53/55, torna-se necessário maior dilação probatória quanto ao efetivo andamento da construção da fábrica.

Por outro lado, não restou configurada a alegada urgência. Verifica-se que a doação ocorreu em 17/04/2012, devendo a agravada iniciar a construção da fábrica em três meses. A fiscalização apenas ocorreu em 26/11/2015, ou seja, **três anos e sete meses** posteriores ao registro em cartório da transferência da propriedade.

Nesse sentido:

PROCESSO CIVIL – AÇÃO DE REVOGAÇÃO DE DOAÇÃO COM

Acesso ao Sumário

ENCARGO – LIMINAR DE REINTEGRAÇÃO NA POSSE DO IMÓVEL DOADO – AUSÊNCIA DO REQUISITO DO "PERICULUM IN MORA" – INDEFERIMENTO EM PRIMEIRA INSTÂNCIA – AGRAVO DE INSTRUMENTO NÃO PROVIDO. (Agravo de Instrumento nº 2181395-66.2015.8.26.0000; Relator(a): Ricardo Feitosa; Comarca: Mairinque; Órgão julgador: 4ª Câmara de Direito Público; Data do julgamento: 26/10/2015; Data de registro: 30/10/2015).

Nesses termos, é de rigor a manutenção da r. decisão.

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

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2063234-63.2016.8.26.0000, da Comarca de Boituva, em que é agravante MUNICÍPIO DE BOITUVA, é agravado RUDH AKIO MOURO.

ACORDAM, em 3ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 29.485)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ANTONIO CARLOS MALHEIROS (Presidente sem voto), MARREY UINT e CAMARGO PEREIRA.

São Paulo, 28 de junho de 2016.

AMORIM CANTUÁRIA, Relator

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO – ASTROCITOMA GEMISTOCÍTICO (TUMOR MALIGNO NO CRÂNIO) – CUMPRIMENTO DE SENTENÇA – MANDADO DE SEGURANÇA – SUBSTITUIÇÃO DO MEDICAMENTO DE REFERÊNCIA "TEMODAL", POR OUTRO GENÉRICO, AINDA QUE DOTADO DO MESMO PRINCÍPIO ATIVO – IMPOSSIBILIDADE – COMPROVAÇÃO NOS AUTOS DE QUE O MEDICAMENTO GENÉRICO NÃO É RECOMENDÁVEL PARA O PACIENTE – NECESSIDADE DE SE JUSTIFICAR A SUBSTITUIÇÃO DO MEDICAMENTO

Acesso ao Sumário

DE REFERÊNCIA PELO GENÉRICO, MEDIANTE PERÍCIA MÉDICA, GARANTIDO O CONTRADITÓRIO AMPLO, COM POSSIBILIDADE DE REVISÃO DO COMANDO JUDICIAL.

RECURSO DESPROVIDO.

VOTO

Agravo de Instrumento tirado pelo **MUNICÍPIO DE BOITUVA** dos autos do incidente de cumprimento de sentença lançada em Mandado de Segurança que lhe promove **RUDH AKIO MOURO** para impugnar a r. decisão de fls. 12 deste instrumento (fls. 8 dos autos principais) que determinou o fornecimento do medicamento Temodal sob pena de multa diária de R$ 5.000,00. Aduz a municipalidade que está cumprindo adequadamente a sentença, fornecendo ao agravado a medicação genérica, autorizada pela sentença, constante das receitas e já adquirida pela recorrente, para atender ao agravado, durante todo o ano. Disse que a r. decisão impugnada se equivoca, porquanto medicação similar é diferente de genérica, sendo certo que está entregando ao recorrido a substância genérica receitada.

Recurso processado no efeito suspensivo (fls. 63/63). Demonstrado o cumprimento do determinado pelo artigo 10.18 do CPC (fls. 68/80).

Contraminuta (fls. 81/87).

Parecer da D. Procuradoria de Justiça pelo provimento do recurso (fls. 95/96).

É o relatório do essencial.

A r. decisão recorrida tem o seguinte teor: "*Vistos. Intimem-se os executados para o fornecimento do medicamento TEMOZOLAMIDA (TEMODAL) 140 mg e 5mg, prescrito pelo médico do exequente, no prazo de 10 (dez) dias, ficando estipulada a multa diária de R$ 1.000,00 (hum mil reais), por dia de atraso, nos termos do artigo 475-O, do CPC. Servirá o presente, por cópia digitada, como mandado. Cumpra-se na forma e sob as penas da Lei. Intime-se.*"

Não há como não se deixar de se desprover este recurso, pois, de fato, à época da prolação da sentença, as receitas existentes nos autos estabeleciam o uso de Temozolamida (fls. 27); o pedido pleiteou o fornecimento de Temozolamida – Temodal e a sentença concedeu Temozolamida – Temodal.

Há comprovação de que a municipalidade adquiriu o medicamento Temozolamida, inclusive retirado pelo agravado.

Todavia, havendo provas substanciais de que a Temozolamida Genérica não atende às necessidades do paciente, me parece mais adequado, ao menos

Acesso ao Sumário

neste momento processual, e à vista dos elementos constantes dos autos, inclusive das informações prestadas pela I. Dra. Juíza de Direito (fl. 104), manter a ordem de entrega do medicamento estabelecido no título exequendo: Temodal, desprezando-se a marca genérica, ainda que esta tenha como seu componente ativo a Temozolamida.

Com efeito, da leitura dos autos leio que o documento de fl. 123 é suficientemente claro: "não recomendável genérico". Trata-se de receituário subscrito por Médico da Secretaria de Estado da Saúde – Serviço de Oncologia.

Nesses moldes, o município deve cumprir o comando judicial, subordinando-se, inclusive, à multa arbitrada pela D. Dra. Juíza de Direito.

Não obstante, vindo aos autos principais perícia médica detalhada e justificada, submetida ao crivo do contraditório, e com afirmação de que o medicamento genérico da marca de referência "Temodal" seria tão eficaz ao paciente agravado, quanto este último, obviamente, a questão poderá ser reavaliada pelo juízo de piso.

No momento, e segundo os elementos constantes nos autos, a municipalidade não pode negar o fornecimento do medicamento Temodal.

Ao cabo, apenas destaco que a compra equivocada de medicamento genérico – ainda que por um período longo, um ano, como afirmado pelo Município – não é motivo suficiente para justificar o não fornecimento do medicamento adequado (mais eficaz) ao paciente. Afinal, fornecer um medicamento que não produz benefício ao doente é o mesmo que deixar de fornecer o remédio, pois ambas as condutas colaboram para um desfecho não pretendido: o óbito do doente.

Ante o exposto, meu voto **NEGA PROVIMENTO AO RECURSO.**

ACÓRDÃO

Acesso ao Sumário

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2054868-35.2016.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante MUNICÍPIO DE SÃO PAULO, é agravado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 2ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Conheceram em parte do recurso e, na parte conhecida, o proveram, com observação. V.U., de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 26.845)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores CLAUDIO

AUGUSTO PEDRASSI (Presidente sem voto), RENATO DELBIANCO e LUCIANA BRESCIANI.

São Paulo, 29 de junho de 2016.

VERA ANGRISANI, Relatora

Ementa: AÇÃO CIVIL PÚBLICA. Imóvel ocupado no centro da Capital. Prédio em situação de risco, com fiações elétricas expostas, utilização de botijões de GLP dentro dos apartamentos e falta de equipamentos de prevenção e combate a incêndio. Ação movida contra a Municipalidade em razão da omissão desta em exercer seu poder de polícia administrativa. Perita nomeada que estimou honorários em R$ 31.000,00, ressalvando que seu trabalho seria limitado à engenharia civil, não abrangendo sistema elétrico e de gás, casa de máquinas, para-raio, elevadores e telefonia. Decisão que consulta a profissional sobre a redução do valor e nomeia engenheiro elétrico. Reforma que se impõe. Profissional cujos conhecimentos não abrangem todo o objeto da perícia, devendo ser privilegiado aquele que possa auxiliar integralmente no deslinde da questão sem onerar desnecessariamente a parte. Prejudicada a análise do montante estimado, dado que um novo *Expert* deve ser indicado. Arbitramento que, neste momento processual, é provisório, não sendo possível, antes de realizado o trabalho, afirmar com segurança que a estimativa de custos se confirmará. Precedente. Decisão parcialmente reformada. Recurso conhecido em parte e, na parte conhecida, provido, com observação.

VOTO

I- Trata-se de agravo de instrumento tirado pelo **MUNICÍPIO DE SÃO PAULO** da decisão de fl. 97 que, nos autos da ação civil pública ajuizada pelo **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO**, fixou os honorários periciais em R$ 30.000,00 e ainda nomeou um segundo perito.

A demanda originária tem como objeto um imóvel localizado no centro desta capital. Foi instaurado inquérito civil para apuração das condições de segurança e habitabilidade do prédio, tendo partido do Corpo de Bombeiros a notícia de irregularidades. No local, em junho/2013, foi constatada situação

Acesso ao Sumário

de risco em decorrência de fiações elétricas expostas e falta de equipamentos de proteção e combate a incêndios. Em agosto do mesmo ano a Corporação encaminhou ofício noticiando que o imóvel não possuía projeto técnico, os invasores estariam usando botijões de GLP confinados dentro dos apartamentos, dentre outros problemas. Em novembro a Secretaria Municipal de Habitação informou que a segurança é de responsabilidade do proprietário, mas não comprovou que tenha adotado qualquer medida administrativa compelindo os responsáveis a sanar os riscos. Não houve interdição, tampouco responsabilização administrativa ou judicial do proprietário, e as novas tentativas do MP para que a Prefeitura adotasse medidas efetivas, inclusive para que a questão fosse formalmente encaminhada ao gabinete do Prefeito, restaram inócuas, pois nada foi feito. O pedido liminar engloba a imposição de obrigação ao Município para que promova o cadastramento socioeconômico dos ocupantes, faça o levantamento da situação de risco e promova obras e serviços destinados à sua eliminação e também de adaptação do imóvel às condições de habitabilidade. Ao final, pede a confirmação da liminar, com consequente expedição do Auto de Verificação de Segurança.

No despacho saneador foi nomeada a perita, sendo ela intimada para estimar seus honorários. Esta apresentou o valor de R$ 31.000,00, destacando que seu trabalho seria restrito à engenharia civil, sendo que, para análise de casa de máquinas, para raio, elevadores, telefonia, sistema elétrico e de gás, deveria haver nomeação de um engenheiro elétrico e um engenheiro mecânico (fls. 81/83).

A Prefeitura impugnou os honorários, que aliás seriam apenas provisórios, pois entendidos como excessivos e em desacordo com o art. 4º do regulamento do IBAPE, mesmo porque só abrangeriam uma parte da perícia, não se justificando a previsão de 89 horas de trabalho. Além disso, a Sra. *Expert* ainda salientou que caso se verificasse a necessidade de "ensaios" (sem especificar no que consistiriam), seria apresentado orçamento de empresas especializadas, o que, no entender da Municipalidade, seria uma brecha para majorar ainda mais os já excessivos honorários assim por ela entendidos. Requereu a fixação em valores condizentes com a realidade do mercado e do trabalho a ser realizado, incluindo toda a perícia, sem deixar margem à contratação de empresa ou de outros engenheiros terceirizados (fls. 85/93). Sobreveio a decisão guerreada, na qual o Juízo questionou a perita sobre eventual redução dos honorários para R$ 30.000,00 e ainda nomeou um engenheiro elétrico, determinando a intimação deste para também estimar seus honorários.

Reitera a agravante que o valor arbitrado para os honorários de uma perícia que sequer analisará a parte elétrica é excessivo, mesmo porque o valor estimado pela profissional foi reduzido pelo MM. Juiz em meros 3,22%, e que o montante está em desacordo com o regulamento do IBAPE, além de

Acesso ao Sumário

não terem sido esclarecidas as razões justificadoras da previsão de 89 horas de trabalho, que se cingirá à análise de documentos. Repisou mais uma vez que a profissional não apreciará as questões referentes a casa de máquinas, para-raio, elevadores, telefonia, sistema elétrico e de gás. A manifestação da perita deixa claro que não possui especialização necessária para a perícia, tanto que foi nomeado outro profissional (resultando em aumento da despesa), o que também reforça a tese de honorários excessivos. Também salientou mais uma vez que a necessidade de "ensaios" não especificados abre margem para o encarecimento ainda maior da perícia. Pede, assim, a concessão de efeito suspensivo e, ao final, (1) a redução dos honorários a um valor condizente com a realidade do mercado e com o objeto da perícia e (2) a nomeação de um único perito que tenha qualificação suficiente para todo o trabalho, afastando a nomeação de um segundo engenheiro.

Foi concedido o efeito suspensivo (fl. 100). O agravado apresentou contraminuta onde pugnou pelo provimento parcial do recurso para o fim de reduzir dos honorários (fls. 105/110). Parecer da D. Procuradoria Geral de Justiça pelo reconhecimento da falta de interesse recursal no que tange ao valor dos honorários, já que o Juízo apenas consultou a perita sobre eventual aceitação da redução, sem determinar o pagamento. Quanto à nomeação do segundo profissional, não se pleiteou a nulidade desta nomeação, pelo que haveria inépcia do recurso, e ademais a nomeação de um único perito não foi objeto de requerimento nem de apreciação pelo juízo singular, de forma que o conhecimento da questão pelo Tribunal significaria supressão de instância. Opinou ao final pelo provimento parcial do recurso, mas conclamou as partes e o Juízo para que encontrem solução mais eficiente e rápida, se possível mediante prévia audiência (antes mesmo da perícia) com o Corpo de Bombeiros, a Secretaria Especial de Licenciamentos e o corpo técnico das partes, visando a uma rápida composição, preservando o erário (fls. 113/115).

É o relatório.

II- De início, e como bem destacado pela Procuradoria Geral de Justiça, a obrigação de zelar pelas boas condições do imóvel é do proprietário e não da Administração. A esta, porém, cabe adotar providências concretas para que da desídia e/ou negligência daquele não resultem acontecimentos trágicos, como infelizmente vem ocorrendo com certa frequência. Vários são os exemplos de incêndios, explosões e desabamentos, inclusive com mortes, ocorridos em nossas cidades em razão de obras sem o devido acompanhamento técnico, falta de manutenção, etc., que poderiam ser evitadas caso o Poder Público exercesse de forma efetiva o poder de polícia administrativa.

Acesso ao Sumário

E realmente uma solução de consenso evitaria toda a celeuma, com participação dos órgãos técnicos das partes em sede judicial (por exemplo, a assinatura de um TAC para por fim à ACP, inclusive com cominação de

multa para o caso de descumprimento) para que os esforços de ambos fossem direcionados para a responsabilização do proprietário. Afinal, segundo o Código de Obras, é ele (ou seu sucessor a qualquer título) o responsável pela manutenção das condições de estabilidade, segurança e salubridade do imóvel, suas edificações e equipamentos, bem como pela observância das prescrições desta lei (nº 11.228/92) e legislação municipal correlata, sendo-lhe asseguradas todas as informações cadastradas na PMSP relativas ao seu imóvel (item 2.2.2). E uma vez verificada a inexistência de condições de estabilidade, segurança e salubridade de uma edificação, o proprietário deverá ser intimado a promover o início das medidas necessárias à solução da irregularidade, seguindo-se, no caso de descumprimento, interdição parcial ou total do prédio, ou execução dos serviços pelo Município, cobrando os custos em dobro dos responsáveis, sem prejuízo de multa e honorários profissionais (itens 6.2 e seguintes).

III- Quanto ao tema tratado, tenho que razão assiste à Municipalidade. Foi por ela requerido que o valor dos honorários, a ser arbitrado em valores mais coerentes com a realidade do mercado, incluísse toda a perícia, evitando assim a contratação de outros profissionais e/ou empresas especializadas (fls. 93). Daí se concluir logicamente que o pedido é de nomeação de um único perito. E se o Juízo nomeou um engenheiro elétrico, é sinal que rejeitou a pretensão, até mesmo porque este profissional não pode ser obrigado a trabalhar sem a devida contraprestação.

De plano, salienta-se que em momento algum se questiona a capacidade técnica da Sra. *Expert* em sua área de atuação. Mas quando esta afirma que seu trabalho abordará apenas os pontos referentes à engenharia civil, sem apreciar os temas relativos às instalações elétricas, de gás, casa de máquinas e elevadores, resta claro que seus conhecimentos não possuem o alcance necessário para auxiliar com eficiência na solução da controvérsia aqui posta. Note-se que já na inicial o autor narra que a situação de risco apresentada pelo imóvel decorre, dentre outros fatores, da existência de fiações elétricas expostas, falta de equipamentos de prevenção e combate a incêndio e utilização de botijões de GLP pelos ocupantes. Assim, diante da afirmação de que o trabalho não apreciaria pontos essenciais expressamente mencionados na peça vestibular, um outro profissional deve ser nomeado.

Acesso ao Sumário

Existem profissionais habilitados para proceder à análise da edificação com a abrangência que o caso requer, sem a necessidade de outros serem nomeados para avaliar um mesmo imóvel, pelo que a estes deve ser dada preferência. Assim, obtém-se a prova necessária ao deslinde da questão, onerando-se minimamente as partes.

Quanto ao valor dos honorários, a decisão agravada, diversamente do que alega a Prefeitura, não os arbitrou em R$ 30.000,00. Limitou-se o Juízo a consultar a Sra. *Expert* sobre tal valor, que é menor que o *quantum* por ela

estimado (R$ 31.000,00). Poderia a profissional, eventualmente, recusar a redução, ou até mesmo o trabalho. Não houve qualquer determinação para que a agravante promovesse o depósito, inexistindo, portanto, interesse recursal neste particular. Ao menos, não neste momento processual. De qualquer forma, prejudicada a análise de tal ponto, já que um novo perito deve ser nomeado.

De outra sorte, observo que, segundo o mais recente Regulamento de Honorários do IBAPE aprovado em 12.04.16 (que atualmente prevê R$ 360,00 como valor da hora de trabalho), é recomendado que o profissional apresente orçamento justificado, requerendo desde logo o arbitramento prévio e depósito integral de seus honorários (art. 4º), sendo que, nos casos complexos, onde não seja possível uma aferição exata *a priori* da extensão dos trabalhos, o profissional deverá apresentar uma estimativa provisória, a ser complementada por ocasião do término dos serviços.

Já decidiu esta Corte que "(...) os critérios adotados pelo perito ao estimar seus honorários não são vinculativos para o magistrado, servindo apenas como orientação (...). Ressalte-se que não se está subestimando o trabalho do profissional nomeado pelo Juízo "a quo", merecedor da confiança do Judiciário, sobretudo se considerada a relevância do objetivo da perícia (...). Contudo, forçoso reconhecer que somente após a apresentação do laudo oficial nos autos é que o magistrado poderá avaliar de forma adequada o serviço realizado, para então fixar os honorários periciais definitivos em valor condizente e justo para remunerar condignamente o trabalho do "expert". Nessa senda, tendo em vista que se trata de arbitramento provisório, não se justifica, na fase inicial em que se encontra o processo, a fixação dos honorários periciais no montante estimado pelo auxiliar do Juízo, não sendo possível, antes de realizado o trabalho, afirmar com segurança que a estimativa de custos se confirmará. Frise-se que os honorários periciais definitivos só devem ser fixados ao final, levando-se em conta inúmeros fatores (...)"[1].

A fixação dos honorários, assim, de ser norteada pela prudência, não sendo recomendável que se imponha à parte, desde logo, o depósito integral de valores tão expressivos, notadamente quando a obrigação será suportada pelo Erário.

Assim, o recurso deve ser conhecido e provido em parte para determinar a nomeação de um novo perito pelo Juízo *a quo* que esteja apto a analisar todos os pontos referentes à estabilidade, segurança e salubridade do imóvel, restando, consequentemente, prejudicada a questão relativa à redução dos honorários periciais, com a observação supra referente ao critério e momento de sua fixação.

Isto posto, **conhece-se em parte** do recurso e, na parte conhecida, **dá-se-lhe provimento**, com observação.

1 Agravo de Instrumento nº 2033141-20.2016.8.26.0000, rel. Des. Ponte Neto, j. 01.06.2016.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2038716-09.2016.8.26.0000, da Comarca de Assis, em que é agravante FUNDAÇÃO EDUCACIONAL DO MUNICÍPIO DE ASSIS – FEMA, é agravada NATHALIA GONÇALVES PEREIRA.

ACORDAM, em 13ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 9.429)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores RICARDO ANAFE (Presidente) e FERRAZ DE ARRUDA.

São Paulo, 1º de junho de 2016.

FLORA MARIA NESI TOSSI SILVA, Relatora

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO – MANDADO DE SEGURANÇA – Pretensão da agravada (estudante) à matrícula e validação da inscrição no FIES (FUNDO DE FINANCIAMENTO ESTUDANTIL) para o curso de medicina no 1º. Semestre de 2016 da universidade ré (ora agravante), pela Comissão Permanente de Seleção e Acompanhamento, expedindo-se Documento de Regularidade de Inscrição.

FIES – PROGRAMA DE FINANCIAMENTO ESTUDANTIL INSTITUÍDO PELA LEI FEDERAL Nº 10.260/2001 – Fundo destinado à concessão de financiamento a estudantes regularmente matriculados em cursos superiores não gratuitos e com avaliação positiva nos processos conduzidos pelo Ministério da Educação.

PORTARIA NORMATIVA DO MEC Nº 13/2015 – Portaria que veda expressamente a exigência de submissão do estudante a processo seletivo próprio da instituição de ensino superior (IES) – Desconformidade, em princípio, entre a Portaria Normativa Ministerial de 2015 e a Lei Federal instituidora do FIES.

Financiamento estudantil que estabelece, segundo a Lei 10260/2001, como condição do financiamento,

Acesso ao Sumário

a regular matrícula do estudante na Instituição de Ensino Superior (IES) – Condição regulamentada na Portaria Normativa do MEC nº 10/2010 – Obtenção de financiamento estudantil pelo FIES, que não suprime a forma de ingresso na Instituição de Ensino Superior (IES), a qual, no caso dos autos, promove processo seletivo interno através de vestibular.

Agravada que não se submeteu ao processo seletivo da IES na qual pretende cursar a graduação, tampouco se encontra matriculada na IES.

Medida Liminar deferida pelo MM. Juízo de 1º Grau e que ensejou o presente recurso – Ausentes os pressupostos legais ensejadores da concessão da medida liminar – Observância ao artigo 7º da Lei nº 12.016/09 – R. DECISÃO AGRAVADA REFORMADA.

RECURSO DE AGRAVO DE INSTRUMENTO PROVIDO.

VOTO

Vistos.

Trata-se de agravo de instrumento interposto pela FUNDAÇÃO EDUCACIONAL DO MUNICÍPIO DE ASSIS – FEMA contra r. decisão interlocutória que deferiu a medida liminar pleiteada nos autos de Mandado de Segurança impetrado por NATHALIA GONÇALVES PEREIRA.

A r. decisão vergastada, proferida pelo Il. Juízo da 2ª Vara Cível da Comarca de Assis, possui o seguinte teor:

"Vistos.

Informa impetrante haver participado do Exame Nacional do Ensino Médio-ENEM no ano de 2015, no qual obteve pontuação suficiente a torna-la pré-selecionada no processo seletivo do FIES, na posição de n.9, dentre as 18 vagas que deve a Instituição Municipal de Ensino de Assis disponibilizar para o curso de Medicina por ela ofertada.

Ocorre que, ao tentar efetuar sua inscrição obteve a informação de que todas as sessenta vagas disponibilizadas pela Instituição já haviam sido preenchidas por meio de processo seletivo por ela própria promovido.

Em contato com o MEC a impetrante obteve a informação de que os estudantes pré-selecionados no processo seletivo do Fies tem garantida a disponibilidade da vaga para fins de matrícula (fls. 56).

O impetrado por sua vez, sob a alegação de que a recusa, por escrito,

Acesso ao Sumário

em efetivar a matrícula demoraria dias para ser elaborada, nenhum documento lhe entregou, razão pela qual apenas o protocolo do pedido veio para os autos.

É o breve relatório.

Depreende-se pelos documentos juntados aos autos, notadamente os de fls. 26/37, que as mantenedoras participantes do processo seletivo do Fies deverão, dentre várias exigências, garantir a disponibilidade de vagas ofertadas para fins de matrícula dos estudantes pré-selecionados naquele processo seletivo, assim como abster-se de condicionar a matrícula do estudante pré-selecionado à participação e aprovação em processo seletivo próprio da Instituição de Ensino Superior.

A mesma garantia se acha estampada no item 5.1.3 do Edital nº 06, de 20 de janeiro de 2016, que dispõe sobre o processo seletivo do Fies para o primeiro semestre do corrente ano.

Noutro giro, cuidou demonstrar a impetrante sua pontuação no Exame Nacional do Ensino Médio-ENEM, a classificação no processo seletivo realizado pelo Fies, assim como que a Instituição, cujo dirigente é apontado como autoridade coatora, deveria ter reservado dezoito vagas para o curso em questão para aqueles classificados nos referidos processos seletivos.

Ainda que a recusa não tenha vindo para os autos, é certo que a afirmação da impetrante se mostra suficiente à concessão da medida, considerando o prazo exíguo para efetivação da inscrição no processo seletivo; certo de que desta forma menor prejuízo se acarretará à autoridade coatora do àquela, caso cuide demonstrar, oportunamente, ser lícita a recusa.

*Posto isso, **DEFIRO** a liminar para DETERMINAR à autoridade impetrada que providencie a imediata matrícula da aqui impetrante no curso de Medicina, liberando, também, imediatamente, a documentação para que possa ela concluir sua participação no programa de financiamento estudantil intitulado Fies.*

Servirá a presente decisão como mandado de intimação não só para cumprimento da ordem ora concedida, como também para requisitar informações no prazo de dez dias à autoridade coatora a respeito do pedido.

Com a vinda das informações, vista ao Ministério Público.

Intime-se."

Aduz a agravante, em síntese, que: a) a liminar deferida deveria ter sido submetida aos dispositivos legais pertinentes, quais sejam, as Leis nº 9.494/97 e 8.437/92, tendo em vista a personalidade jurídica de Direito Público da instituição de ensino (FEMA); b) considerando que a ordem liminar concedida o foi inaudita altera partes houve flagrante violação aos princípios do contraditório e principalmente ao da ampla defesa; c) a publicação do edital do vestibular da FEMA, realizado pela VUNESP, se deu em 13.10.2015, e as inscrições

Acesso ao Sumário

puderam ser realizadas até 13.10.2015, tendo o item 2.1 do edital declinado a quantidade de vagas, nos exatos termos da Portaria do CEE (Conselho Estadual de Educação), quais sejam, 60 (sessenta) vagas, não tendo havido, por parte da instituição, qualquer reserva de vagas para aproveitamento da nota dos alunos pelo ENEM; d) a prova do vestibular de medicina da FEMA, realizado pela VUNESP, foi aplicada no dia 05.12.2015, e a portaria normativa do MEC n° 13, que estabeleceu as diretrizes para contratação do FIES, se deu em 14.12.2015, portanto meses após a publicação do edital do vestibular para o curso de medicina da FEMA e posterior também à aplicação da prova do vestibular; e) a portaria acima identificada, que regulamenta o FIES e a utilização da nota do ENEM é posterior à realização do vestibular para preenchimento das 60 (sessenta) vagas de medicina da FEMA, assim, mencionada portaria somente poderá ser aplicada para os vestibulares futuros da instituição, mas, para aqueles já realizados, não há como a portaria do MEC produzir efeitos; f) os termos de participação para as instituições aderirem ao FIES tiveram como prazo de adesão o período de 14.12.2015 a 21.12.2015, portanto, completamente posteriores ao vestibular para preenchimento das 60 vagas do curso de medicina, cujo edital de abertura de vagas se deu em 13.10.2015; g) as matrículas dos aprovados no vestibular de medicina da agravante foram realizadas nos dias 11 a 18 de janeiro de 2016, portanto também antes da divulgação do resultado do FIES; h) a recusa na aceitação da matrícula não foi por mera formalidade ou falta de vontade da agravante/impetrada, mas sim, pelo fato de que é impossível o aluno que não realizou o vestibular estar matriculado no ensino superior, além do fato de que, quando da divulgação do resultado do FIES, todas as vagas autorizadas para funcionamento do curso de medicina da Instituição já estavam preenchidas. Pede atribuição de efeito suspensivo ao recurso, e, ao final, a revogação da medida liminar deferida em primeiro grau.

Inicialmente distribuído livremente este agravo de instrumento à 33ª Câmara de Direito Privado, este não foi conhecido, tendo sido determinada a remessa a uma das Câmaras desta Seção de Direito Público do TJSP (fls. 242/246).

A agravante peticionou requerendo a desistência do prazo recursal e o imediato encaminhamento do agravo de instrumento a uma das Câmaras de Direito Público (fls. 249/250).

No despacho de fls. 253/257, esta Relatora concedeu efeito suspensivo ao recurso, pois não demonstrados os requisitos para concessão da medida liminar em primeiro grau.

Pedido de reconsideração interposto pela agravada às fls. 261/267, alegando, em breve síntese, que: a) em feito idêntico que tramita pela 31ª Câmara de Direito Privado deste Tribunal de Justiça, sob o nº 2043658-84.2016.8.26.0000, foi determinada a juntada da cópia do termo de participação

Acesso ao Sumário

do programa Fies/Seleção; b) em outro processo idêntico (processo nº 2036835-94.2016.8.26.0000), após a juntada deste, no qual demonstra a sua clareza quanto início (1º Semestre de 2016) o Relator reconsiderou o efeito suspensivo concedido outrora; c) o Termo de Participação é o meio pelo qual as Instituições de Ensino Superior puderam aderir ao processo seletivo do Fies/Seleção referente ao primeiro semestre de 2016, regulamentado pelo Edital nº 6, de 20 de janeiro de 2016, do Ministério da Educação e da Portaria Normativa nº 13, também do Ministério da Educação.

Contraminuta apresentada pela agravada às fls. 286/300.

É o breve relatório.

O recurso merece provimento.

Saliento ser cabível, nesta via, examinar ser o caso ou não da concessão da liminar, deferida em primeiro grau de jurisdição.

Conforme já constou da decisão em que esta Relatora deferiu efeito suspensivo ao recurso, observo que não há, ao menos nesta análise perfunctória, demonstração inequívoca do direito líquido e certo da agravada, no que tange à imediata matrícula agravada no curso de Medicina, e à liberação da documentação para que possa concluir sua participação no programa de financiamento estudantil FIES.

Ora, o mandado de segurança está atualmente disciplinado pela Lei nº 12.016, de 07 de agosto de 2009 e para a concessão da medida liminar, devem concorrer conjuntamente os dois pressupostos legais previstos no inciso III, do seu artigo 7º: a relevância do fundamento *fumus boni iuris* e a possibilidade de advir do ato impugnado a ineficácia da medida, caso seja deferida somente ao final, que é o *periculum in mora*.

Nessa esteira, é valiosa a lição contida na obra Mandado de Segurança e Ações Constitucionais, de autoria de Hely Lopes Meirelles, com atualizações de Arnoldo Wald e Gilmar Ferreira Mendes e Rodrigo Garcia da Fonseca:

> *"A liminar não é uma liberalidade da Justiça; é medida acauteladora do direito do impetrante, que não pode ser negada quando ocorrem seus pressupostos como, também, não deve ser concedida quando ausentes os requisitos de sua admissibilidade."* (35. ed. atualizada. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 95)

Conforme citação feita por Theotonio Negrão no Código de Processo Civil e legislação processual em vigor, 39ª ed., Saraiva, pág. 1826, nota 21b:

> *"A liminar em mandado de segurança é ato de livre arbítrio do juiz e insere-se no poder de cautela adrede ao magistrado.* ***Somente se demonstrada a ilegalidade do ato negatório da liminar e ou o abuso de poder do magistrado, e isso de forma irrefutável, é admissível a substituição de tal ato****, vinculado ao exercício do livre convencimento do juiz, por outro da instância superior" (STJ-RT 674/202).*

Acesso ao Sumário

Ainda neste sentido há precedente do C. STJ, *verbis:*

"PROCESSUAL CIVIL – MANDADO DE SEGURANÇA – INDEFERIMENTO DE LIMINAR EM MEDIDA CAUTELAR – CONFIRMAÇÃO EM SEDE DE AGRAVO DE INSTRUMENTO – AGRAVO REGIMENTAL NÃO CONHECIDO – ATO JUDICIAL CONDICIONADO AO LIVRE CONVENCIMENTO DO JUIZ, SALVO EM CASO TERATOLÓGICO – CORRETA A DENEGAÇÃO DE SEGURANÇA.

*I – **O indeferimento de liminar, em cautelar, confirmado em sede de agravo de instrumento, decorre da livre convicção e prudente arbítrio do juiz, não podendo o ato judicial ser reformado, pela via do mandado de segurança, salvo se for teratológico ou praticado de forma ilegal e abusiva**.*

II – Não cabe conhecer de agravo regimental se interposto depois de iniciado o julgamento do recurso.

III – Recurso improvido.

Ora, este mesmo entendimento tem sido adotado, reiteradamente, no âmbito das várias Turmas deste STJ, sempre no sentido de que não cabe mandado de segurança contra decisão indeferitória de liminar em outro mandamus ou em medida cautelar; salvo em casos teratológicos, a concessão de medida acautelatória initio litis decorre da livre convicção e prudente arbítrio do juiz.

Inúmeros são os precedentes da minha lavra, bastando citar, à guisa de exemplo, os acórdãos no RMS 2.194/SP e no RMS 7.958/SP, consignado na ementa deste último o seguinte:

"A concessão ou não de liminar em mandado de segurança ou em medida cautelar decorre da livre convicção e prudente arbítrio do juiz." (julgado em 07.11.97) (RMS 12.078/SP, Rel. Ministro GARCIA VIEIRA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 14/08/2001, DJ 24/09/2001, p. 237)

Feitas tais considerações, não se vislumbram, no caso, os requisitos autorizadores da medida liminar, sendo certo que o presente recurso prospera, pelos motivos que passo a expor.

Inicialmente, a fim de melhor elucidar o caso, cumpre efetivar importantes esclarecimentos.

Para ser contemplado pelo **FIES – Fundo de Financiamento Estudantil**, programa do Ministério da Educação destinado a financiar a graduação na educação superior em instituições não gratuitas, o estudante necessita, em primeiro lugar, efetuar a inscrição no sistema de seleção do FIES, informando seus dados pessoais, seu curso e sua instituição.

Após ser pré-selecionado pelo FIES, o estudante deve efetuar a sua inscrição junto ao **SisFIES**, informando os dados do financiamento a ser contratado, e, posteriormente, proceder à validação de suas informações na **Comissão Permanente de Supervisão e Acompanhamento** (CPSA), é o órgão

Acesso ao Sumário

responsável, na instituição de ensino superior, pela validação das informações prestadas pelo candidato no ato da inscrição no sistema de seleção do FIES.

Tendo suas informações validadas pela Comissão Permanente de Supervisão e Acompanhamento, o estudante (e seu fiador, se o caso), deve comparecer a um agente financeiro do FIES a fim de formalizar a contratação do financiamento.

Pois bem. A agravada afirma ter sido pré-selecionada no processo seletivo do FIES, o que de fato é corroborado pelo documento de fl. 84.

Por sua vez, o documento de fl. 43 demonstra, a princípio, que a Instituição de Ensino Superior (IES) "INSTITUTO MUNICIPAL DE ENSINO SUPERIOR DE ASSIS – IMESA", Campus José Santilli Sobrinho, encontrava-se credenciada junto ao FIES, tendo ofertado 18 vagas para o curso de Medicina.

Ocorre que a **Lei Federal nº 10.260/ 2001**, com redação dada pela Lei Federal nº 12.202/ 2010, que dispõe sobre o FIES e dá outras providências, estabelece, em seu art. 1º, §1º, que:

> *"Art. 1º - É instituído, nos termos desta Lei, o Fundo de Financiamento Estudantil (Fies), de natureza contábil,* ***destinado à concessão de financiamento a estudantes regularmente matriculados em cursos superiores não gratuitos e com avaliação positiva nos processos conduzidos pelo Ministério da Educação, de acordo com regulamentação própria.***
>
> *§ 1º -* ***O financiamento de que trata o caput poderá beneficiar estudantes matriculados*** *em cursos da educação profissional e tecnológica, bem como em programas de mestrado e doutorado com avaliação positiva, desde que haja disponibilidade de recursos."* - grifei

Observe-se que a lei instituidora do FIES estabelece que o fundo de financiamento estudantil é destinado a **estudantes regularmente matriculados em cursos superiores não gratuitos.**

Dessa forma, pode-se concluir, em princípio, que o financiamento estudantil pressupõe regular matrícula do estudante na Instituição de Ensino Superior na qual pretende estudar, ou seja, em princípio, o estudante precisa se submeter ao processo seletivo da universidade (vestibular) e ser aprovado na instituição de ensino superior, para somente então, utilizar o financiamento estudantil.

Acesso ao Sumário

No mesmo sentido a **Portaria Normativa MEC nº 10, de 30 de abril de 2010**, com redação dada pela Portaria Normativa nº 18, de 28 de julho de 2010, que dispõe sobre os procedimentos para inscrição e contratação de financiamento estudantil a ser concedido pelo FIES, que estabelece:

> *"Art. 1º -* ***Somente poderá contratar financiamento com recursos do FIES o estudante regularmente matriculado em curso de graduação não gratuito*** ***e com avaliação positiva no Sistema Nacional de***

Avaliação da Educação Superior (SINAES) oferecido por instituição de ensino superior (IES) cuja mantenedora tenha efetuado adesão ao Fundo, nos termos da Portaria Normativa MEC nº 1, de 2010.

...

Art. 2ª - A inscrição no FIES será efetuada exclusivamente pela internet, por meio do Sistema Informatizado do FIES (SisFIES), disponível nas páginas eletrônicas do Ministério da Educação (MEC) e do Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação (FNDE)....

§ 10 - O estudante poderá solicitar financiamento pelo FIES em qualquer período do ano, devendo a matrícula de que trata o art. 1º ser comprovada por ocasião da validação da inscrição referida no art. 5º desta Portaria.

...

Art. 5º A emissão do Documento de Regularidade de Inscrição (DRI) é condicionada à validação da inscrição do estudante pela CPSA do local de oferta do curso a ser financiado, conforme disposto na Seção II do Capítulo II da Portaria Normativa MEC nº 1, de 2010 e demais normas que regulamentam o FIES." - negritei

Assim, **em princípio**, apesar de a Portaria Normativa MEC nº 13, de 11.12.2015, que dispõe sobre o processo seletivo do FIES referente ao primeiro semestre de 2016, ter sido editada com base no contido na Lei Federal nº 10.260/2001, bem como na Lei Federal nº 12.202/ 2010, e no disposto na Portaria Normativa MEC nº 1, de 22 de janeiro de 2010, e na Portaria Normativa MEC nº 10, de 30 de abril de 2010, **é possível observar, ao menos nesta análise superficial dos autos, que referida Portaria destoa da Lei Federal instituidora do FIES.**

Isto porque o inciso II do art. 6º da Portaria Normativa MEC nº 13/2015 faz crer que a mantenedora participante do processo seletivo do FIES, referente ao primeiro semestre de 2016, **deverá se abster de condicionar a matrícula do estudante pré-selecionado no processo seletivo do FIES à participação e aprovação em processo seletivo próprio da Instituição de Ensino Superior, quando, na verdade, a lei federal é clara no sentido de que o estudante que pretende obter financiamento estudantil junto ao FIES deve já estar regularmente matriculado na Instituição de Ensino Superior não gratuita em que pretende estudar.**

Tanto que a comprovação de matrícula na instituição de ensino superior constitui uma das fases para obtenção do financiamento pelo FIES.

Assim, a Fundação Educacional do Município de Assis - FEMA, a princípio, não poderia ser compelida a realizar a matrícula da agravada, sem que esta houvesse sido aprovada previamente no vestibular da instituição.

E, dessa maneira, não poderia a Comissão Permanente de Supervisão e

Acesso ao Sumário

Acompanhamento da FEMA validar as informações prestadas pela agravada no ato da inscrição no sistema de seleção do FIES, expedindo o Documento de Regularidade de Inscrição, como pretende a agravada em sede de medida liminar do mandado de segurança, **pois estaria validando informações inverídicas, tendo em vista que a agravada não se encontrava matriculada naquela Instituição quando do requerimento de financiamento estudantil – ao menos do que se depreende destes autos.**

Verifica-se, ao menos neste momento processual, que a Instituição de Ensino observou detidamente a Lei Federal nº 10.260/ 2001, instituidora do FIES, bem como a **Lei de Diretrizes e Bases da Educação (Lei nº 9.394/1996)**, que, em seu art. 44, I, dispõe que:

"Art. 44. A educação superior abrangerá os seguintes cursos e programas:

II - de graduação, abertos a candidatos que tenham concluído o ensino médio ou equivalente e ***tenham sido classificados em processo seletivo****;"*- negritei

O Regimento da FEMA (fls. 175/231), em seu art. 55, prevê que:

*"****O ingresso aos Cursos de Graduação do IMESA será feito mediante classificação no Processo Seletivo****, dos candidatos que tenham concluído o ensino médio ou equivalente, ou por meio de transferência de candidatos procedentes de cursos de outras Instituições de Ensino."* – fl. 193, negritei

Assim, diante dos elementos constantes dos autos, não é possível a verificação da existência do direito líquido e certo invocado pela impetrante, ora agravada, sendo de rigor a reforma da r. sentença que concedeu a medida liminar.

Por todo o apresentado, realmente não era de se acolher o pedido de reconsideração efetivado pela agravada, relativo ao despacho proferido por esta Relatora, que atribuiu efeito suspensivo a este agravo de instrumento às fls. 261/267, sendo de rigor o provimento do recurso interposto pela instituição de ensino agravante.

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, **DOU PROVIMENTO** ao agravo de instrumento, nos termos acima.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2094031-22.2016.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante INTERODONTO – SISTEMA DE SAÚDE ODONTOLÓGICA LTDA., é agravado PREFEITURA MUNICIPAL DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 15ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V. U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 29.311)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores RAUL DE FELICE (Presidente sem voto), SILVA RUSSO e RODRIGUES DE AGUIAR.

São Paulo, 3 de agosto de 2016.

ERBETTA FILHO, Relator

Ementa: TUTELA PROVISÓRIA DE URGÊNCIA – Ação declaratória cumulada com repetição de indébito – ISSQN – Município de São Paulo – Insurgência contra decisão que indeferiu o pedido de desbloqueio da restrição à emissão de notas fiscais eletrônicas com fundamento na Instrução Normativa SF/SUREM nº 19/2011 – Inconstitucionalidade do referido ato normativo já pronunciada pelo C. Órgão Especial – Medida que, ademais, provoca dificuldades ao exercício da atividade empresária – Atendimento dos requisitos do art. 300 do NCPC – Recurso provido.

VOTO

Vistos.

Trata-se de agravo de decisão que, nos autos da ação ordinária intentada pela ora recorrente, indeferiu o pedido de liberação da restrição que impede a emissão de notas fiscais eletrônica. Busca a agravante a reforma do *decisum* para que se determine a liberação da restrição, aos seguintes argumentos, em resumo: a Instrução Normativa SF/SUREM nº 19/2011, cuja inconstitucionalidade já foi reconhecida pelo Pleno deste E. Tribunal de Justiça, ao proibir a emissão de nota fiscal eletrônica por contribuintes inadimplentes, com base no art. 1º da referida Instrução, afronta o livre exercício da atividade econômica, consagrado no art. 170, parágrafo único, do Texto Constitucional; por fim, está presente o perigo

Acesso ao Sumário

de dano, eis que há impedimento à continuidade empresarial da agravante com expressivo prejuízo financeiro.

Regularmente processado, com a concessão de efeito ativo, seguindo-se resposta.

É o relatório.

Não cabe no recesso do presente recurso, por razões óbvias, adiantar um pronunciamento definitivo em torno do mérito das questões de direito que se colocam, concluindo-se, a partir da aferição provisória das alegações do autor, comportar acolhida a tutela aqui pretendida.

Cuida-se de ação declaratória cumulada com repetição de indébito por via da qual a autora contesta a Instrução Normativa SF/SUREM Nº 1/2013, que regulamentou o art. 14º, § 11 da Lei Municipal nº 13.701/2003, entendendo que esse ato normativo impõe limitações ao seu direito de dedução, da base de cálculo do ISS, do valor que paga aos profissionais em razão dos serviços médicos e odontológicos prestados, ao restringir quais serviços prestados pelo credenciado serão efetivamente dedutíveis e ao exigir que a pessoa jurídica credenciada seja submetida ao regime especial de tributação.

Além do objeto acima descrito, a autora também postulou em seu petitório inicial a sustação dos efeitos da Instrução Normativa SF/SUREM nº 19/2011 a fim de que lhe fosse assegurada a emissão de notas fiscais eletrônicas independentemente do adimplemento dos débitos de ISS.

Cumpre esclarecer, primeiramente, que por ocasião do julgamento do Agravo de Instrumento nº 2175693-42.2015.8.26.0000, esta 15ª Câmara de Direito Público deixou de adentrar no mérito desse segundo tópico, posto que a autora naquela oportunidade não havia demonstrado que a ré estaria lhe obstando a emissão de notas fiscais eletrônicas.

A situação, na presente irresignação, entretanto, releva-se distinta da verificada naquela ocasião, já que agora a agravante demonstrou a restrição imposta pela Municipalidade-agravada ao apresentar espelho do sítio eletrônico do Município de São Paulo, onde consta a suspensão da emissão de Notas Fiscais Eletrônicas (fl. 93 destes autos).

Dito isso, cumpre salientar, inicialmente que, o restabelecimento da emissão de nota fiscal por meio eletrônico não representa qualquer prejuízo para a Municipalidade-agravada. Pelo contrário, permite o cumprimento das obrigações acessórias pelo contribuinte e, em contrapartida, a arrecadação do ISS, evitando-se, de tal forma, a imposição de outras sanções ao contribuinte e prejuízos ao erário público.

Nesse contexto, a suspensão da emissão de notas fiscais, em uma análise perfunctória, se situa como medida não de caráter punitivo, mas coercitivo, instituída com o escopo compelir o devedor ao cumprimento de obrigação

instrumental mais onerosa e complexa.

Ora, ao contrário do que sustentado pela agravada ao afirmar que os inadimplentes não sofrem qualquer limitação no exercício de suas atividades, a mera imposição de meios mais dispendiosos para o contribuinte já representa empecilhos para o exercício da atividade empresária.

Ademais, de se destacar a duvidosa licitude da imposição, posto que, ao criar o dever por meio de portaria, o Poder Executivo do Município-recorrido fez mais do que simplesmente regular e dar concretude a uma norma legal já existente: na verdade, incluiu no ordenamento jurídico uma obrigação nova, não prevista em lei e, assim, extravasou de sua competência meramente regulamentar, desrespeitando o preceito fixado no artigo 5º, inciso II, da Constituição Republicana – segundo o qual "*ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei*" –, bem como afrontando os dizeres do artigo 99 do Código Tributário Nacional.

Tanto é assim que o Colendo Órgão Especial desta Egrégia Corte, por ocasião do julgamento da Arguição de Inconstitucionalidade nº 0045657-77.2014.8.26.0000, já considerou inconstitucional a Instrução Normativa nº 19/2011. O referido julgado está assim ementado:

"INCONSTITUCIONALIDADE – Controle difuso – Instrução Normativa SF/SUREM nº 19/2001, expedida pelo Senhor Secretário de Finanças do Município de São Paulo – Inconstitucionalidade – Violação dos arts. 5º, II, XIII e LIV, e 170, § único, da Constituição Federal – Violação, ainda, das Súmulas n. 70, 323 e 547 do colendo STF – Acolhimento do incidente".

Antes disso, já era remansosa a jurisprudência deste Tribunal no sentido de afastar a incidência do mencionado ato normativo.

Assim, até que a controvérsia mereça exame mais aprofundado à luz do que se apurar com o desenvolvimento pleno do contraditório, deve ter lugar a concessão da tutela pretendida, uma vez que mostram-se atendidos os requisitos exigidos pelo art. 300 do Novo Código de Processo Civil (art. 273 do CPC de 1973).

Na conformidade das considerações acima, então, meu voto dá provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2248107-38.2015.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante NÍZIA LÚCIA CIOFFI BALTRAMAVICIUS, é agravado INSTITUTO DE

Acesso ao Sumário

PREVIDÊNCIA MUNICIPAL DE SÃO PAULO - IPREM.

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 29.156)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores MARIA LAURA TAVARES (Presidente) e MARCELO BERTHE.

São Paulo, 11 de agosto de 2016.

NOGUEIRA DIEFENTHALER, Relator

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO – ISENÇÃO DO RECOLHIMENTO DE IMPOSTO DE RENDA – Decisão interlocutória que indeferiu o pedido de antecipação da tutela para se determinar a imediata suspensão da retenção mensal de imposto de renda sobre os proventos de aposentadoria do autor. Inconformismo. Alegação de ser portador de doença coronariana, fazendo jus, portanto, à isenção de IR, nos termos da Lei Federal nº 7.713/88. Descabimento neste momento processual. Ausência de alegação e tampouco prova quanto à possibilidade da ocorrência de dano irreparável ou de difícil reparação. Recurso desprovido.

VOTO

Vistos.

Nízia Lúcia Cioffi Baltramavicius agrava nos autos da ação ordinária movida contra o Instituto de Previdência Municipal de São Paulo – IPREM de decisão proferida pelo d. Magistrado de primeiro grau que às fls. 14 indeferiu liminar na qual pretendeu a isenção do recolhimento de imposto de renda nos termos da Lei 7.713/88, alterada pela Lei 11.052/04 que estabelece que os proventos de aposentadoria motivados pelas patologias elencadas no artigo 6º, inciso XIV são isentos de imposto de renda.

Liminar indeferida.

Apresentada contraminuta vieram os autos conclusos.

É o breve relatório. Decido.

O recurso ora interposto não merece provimento.

Destaque-se que o âmbito estrito do agravo de instrumento não comporta o conhecimento de outras questões deduzidas nos autos senão somente aquela

Acesso ao Sumário

referente à r. decisão atacada, de forma a impedir a supressão de instância em atenção ao princípio do duplo grau de jurisdição.

A antecipação dos efeitos da tutela, como disposta no artigo 300 do Código de Processo Civil por se tratar de determinação que antecipa a produção de efeitos que só surgiriam com o provimento jurisdicional é medida excepcional e que deve ser concedida, unicamente, quando preenchidos os requisitos legais, condicionando-se, basicamente, à demonstração inequívoca da verossimilhança das alegações e da existência do perigo especial da demora, consistente no sério risco da ocorrência de dano irreparável ou de difícil reparação.

Deste modo, merecendo a causa maior dilação probatória, e não se mostrando a decisão recorrida teratológica ou eivada de ilegalidade, ela merece ser mantida, por seus próprios fundamentos.

Isto posto, **nego provimento** ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2053421-12.2016.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante FAZENDA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO, é agravado VTR COMÉRCIO DE EQUIPAMENTO DE OXICORTE LTDA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 11ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Negaram provimento ao recurso. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 19.155)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores AROLDO VIOTTI (Presidente) e LUIS GANZERLA.

São Paulo, 15 de junho de 2016.

OSCILD DE LIMA JÚNIOR, Relator

Ementa: JUROS DE MORA/LEI ESTADUAL Nº 13.918/09

Pretensão de que se declare a constitucionalidade da taxa de juros aplicada por meio da Lei Estadual nº 13.918/09, que alterou a redação do art. 96 da Lei nº 6.374/89 – Acórdão proferido pelo Colendo Órgão Especial deste Tribunal em Arguição de Inconstitucionalidade, que determinou que a taxa de juros não exceda aquela incidente na cobrança dos

Acesso ao Sumário

tributos federais – Impossibilidade de fixação por norma estadual de índices e taxas superiores aos estabelecidos pela União na cobrança de seus créditos, por se tratar de competência concorrente, nos termos do art. 24, inciso I e § 2º, da Constituição Federal – Decisão mantida.

Recurso desprovido.

VOTO

Trata-se de Recurso de Agravo de Instrumento interposto contra a decisão copiada a fls. 67/68, proferida no bojo de Execução Fiscal, que rejeitou a exceção, mas reconheceu de ofício a inconstitucionalidade da incidência da Lei nº 13.918/09, determinando a aplicação da SELIC para todo o período.

A agravante alega, em síntese, que os juros moratórios, em matéria tributária, estão previstos no inciso I, do artigo 24 da CF, obrigando os demais entes federativos a respeitar os limites dos índices instituídos pela União, sob pena de violação aos parágrafos 1º e 4º do citado artigo, conforme ficou assentado na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (RESP 183.907-4/SP). Logo, não há que se falar em inconstitucionalidade, pois o critério adotado pelo Estado de São Paulo segue o mesmo critério adotado pela legislação federal.

Aduz, ainda, que os juros em discussão, invariavelmente, destinam-se a remunerar o capital em poder do devedor, entendendo-se norma de direito econômico, e o art. 161 do CTN autoriza a adoção de juros na cobrança de débito tributário não integralmente pago em seu vencimento à taxa de 1%, se outra não for adotada pela lei da entidade tributante.

Determinou-se o processamento do agravo sem concessão de efeito, mesmo porque não houve pedido neste sentido (fls. 75/76).

Decorreu *in albis* o prazo para apresentação de contraminuta (fls. 80).

É o relatório do necessário.

O recurso não merece acolhimento.

Acesso ao Sumário

Afere-se dos autos que a agravante ajuizou Execução Fiscal contra a agravada (fls. 18), referente a crédito tributário de ICMS constante da CDA de fls. 19.

A agravada opôs Exceção de Pré-Executividade, suscitando a nulidade da certidão de dívida ativa, *bis in idem* na cobrança de juros e multa moratória e, por fim, cobrança de multa com efeito confiscatório (fls. 24/33).

A agravante manifestou-se a fls. 45/66, sendo proferida a decisão contra a qual se insurge, por entender que a aplicação da taxa de juros fixada no artigo 96 da Lei nº 6.374/89, alterada pela Lei nº 13.918/09, não afronta o ordenamento

jurídico.

Esses os fatos.

O tema central da insurgência reside na inconstitucionalidade da Lei Estadual nº 13.918/09, que passou a aplicar juros moratórios em patamar superior ao da taxa Selic aplicada pela legislação federal.

No Estado de São Paulo, aplicava-se o art. 161, § 1º, do CTN, e os juros deveriam ser calculados a 1% ao mês, que era a regra geral, até a edição da Lei Estadual nº 10.175/98, que determinou a incidência da taxa SELIC, a título de remuneração pela mora, vedada a incidência de correção monetária, a partir de janeiro de 1999.

Recentemente, foi editada a Lei Estadual nº 13.918, de 22 de dezembro de 2009 que, dentre outras alterações, modificou o art. 96 da Lei nº 6.374/89, elevando os juros moratórios dos débitos tributários estaduais para 0,13% ao dia (§ 1º), além de permitir a redução desse percentual por ato do Secretário da Fazenda (§ 4º). Não obstante, determinou que, em qualquer caso, a taxa de juros incidente sobre os débitos estaduais não poderá nunca ser inferior à taxa SELIC (§ 5º).

De outro lado, a Resolução da Secretaria da Fazenda nº 31, de 27.04.2012, que revogou a Resolução nº 98/2010, disciplinou os critérios de apuração e periodicidade de divulgação da taxa de juros, assim dispondo:

Artigo 1º - A taxa de juros de mora prevista no § 4º do art. 96 da Lei 6.374/89, será calculada com base na taxa média prefixada das operações de crédito com recursos livres referenciais para taxa de juros aquisição de bens, divulgada pelo Banco Central do Brasil.

Artigo 2º - A taxa diária de juros de mora será obtida por aproximação, buscando-se a equivalência entre o percentual de juros acumulado linearmente para um período de noventa dias, e a taxa para operações de aquisição de bens apurada em periodicidade diária, acumulada exponencialmente no mesmo intervalo.

(...)

§ 2º - A taxa de juros de mora poderá ser apresentada em percentual ao mês, a ser aplicada 'pro rata die'.

§ 3º - Em nenhuma hipótese, a taxa de juros de mora poderá ser superior a 0,13% (treze décimos por cento) ao dia ou inferior à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia SELIC para títulos federais, acumulada mensalmente, nos termos dos §§ 1º e 5º do art. 96 da Lei 6.374, de 1º de março de 1989.

Pois bem.

Nesse contexto, é cediço que o Órgão Especial do Tribunal de Justiça de

Acesso ao Sumário

São Paulo, em 27 de fevereiro de 2013, julgou procedente em parte a Arguição de Inconstitucionalidade nº 0170909-61.2012.8.26.0000, relativa aos arts. 85 e 96 da Lei Estadual nº 6.374/89 com a redação da Lei Estadual nº 13.918/09, à vista da decisão de 14 de abril de 2010 do Supremo Tribunal Federal na ADI nº 442/SP, no sentido de que a regra do art. 113 da Lei Estadual nº 6.374/89 deve ser interpretada de modo a que a UFESP não exceda o valor do índice de correção monetária dos tributos federais.

Este Tribunal estadual, pelo Órgão Especial, afirmou, na aludida Arguição de Inconstitucionalidade, que o Estado pode estabelecer os encargos incidentes sobre seus créditos fiscais, mas, por se tratar de competência concorrente, nos termos do art. 24, l e § 2º da CF, não pode estabelecer índices e taxas superiores aos estabelecidos pela União na cobrança de seus créditos; ou seja, é inválida a taxa de 0,13% ao dia, superior à SELIC, definida na lei estadual vigente e a taxa de juros aplicável ao montante do imposto ou da multa não deve exceder a incidente na cobrança dos tributos federais.

Confira-se trecho do julgado:

Forçoso concluir, daí, na esteira dos julgados do Pretório Excelso aludidos linhas atrás, que os Estados podem estabelecer os encargos incidentes sobre seus créditos fiscais; mas por se tratar de um campo de competência concorrente, a que se refere o artigo 24 da Constituição Federal, não poderão eles estabelecer índices e taxas superiores aos estabelecidos pela União na cobrança dos seus créditos.

Aliás, no que toca à correção monetária, alguns Ministros do Supremo Tribunal Federal cogitaram de situar a matéria na esfera do direito monetário, que nem sequer admitiria competência legislativa suplementar dos Estados e do Distrito Federal.

Em suma, pela razão formal, é manifesta a invalidade de taxas superiores à Selic definidas na lei estadual vigente.

De se registrar, aqui, que o Código Tributário Nacional, o qual estabelece normas gerais de Direito Tributário, com repercussão nas finanças públicas, define, em seu artigo 161, que "o crédito não integralmente pago no vencimento é acrescido de juros de mora, seja qual for o motivo determinante da falta, sem prejuízo da imposição das penalidades cabíveis e da aplicação de quaisquer medidas de garantia previstas nesta Lei ou em lei tributária"; o § 1º desse dispositivo dá conta que "se a lei não dispuser de modo diverso, os juros são calculados à taxa de 1% ao mês"; nessa linha, a lei que se presta a regulamentar de modo diverso a taxa de juros no âmbito dos tributos federais, também se insere no plano das normas gerais de Direito Tributário, balizando a atuação legislativa dos Estados e do Distrito Federal; como já realçado, a partir de 1º de abril de 1995 os tributos e contribuições sociais arrecadados

Acesso ao Sumário

pela Secretaria da Receita Federal, cujos fatos geradores ocorreram a contar de 1º de janeiro de 1995, não pagos nos prazos previstos na legislação tributária, são acrescidos de juros de mora equivalentes à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e de Custódia - SELIC para títulos federais, acumulada mensalmente (v. art. 13 da Lei n° 9.065/95, c.c. o art. 84, inciso I, da Lei n° 8.981/95).

A propósito, não se pode olvidar que a baliza assim estabelecida na legislação específica federal (incidência da SELIC como forma de correção monetária e de juros moratórios em matéria tributária) busca igualmente impedir que o contribuinte inadimplente possa ser beneficiado com vantagens na aplicação dos valores retidos em seu poder no mercado financeiro, bem como compensar o custo do dinheiro eventualmente captado pelo ente público para cumprir suas funções, haja vista a falta de receita identificada.

(...)

Logo, se a taxa de juros de mora, nos termos da lei estadual, deve ostentar a função de complemento indenizatório da obrigação principal, impondo a observância pelo Secretário da Fazenda, em caso de redução da taxa de 0,13%, do parâmetro das taxas médias pré-fixadas das operações de crédito com recursos livres divulgados pelo Banco Central do Brasil (v. §§ do art. 96 da Lei n° 13.918/09), não há como justificar a extrapolação da taxa Selic, ou seja, do critério adotado na legislação federal como norma geral.

De outra banda, impende considerar que o Poder Público não pode mesmo agir de forma imoderada, desvirtuando a natureza e finalidade do cômputo dos juros moratórios e da atualização monetária.

A fixação originária de 0,13% ao dia, nos termos da lei, equivale à taxa de 3,9% ao mês ou 46,8% ao ano; a taxa Selic encontra-se neste momento num patamar de 7,25% ao ano.

No valioso trabalho doutrinário elaborado ("Inconstitucionalidade dos juros de mora tributários"), Igor Mauler Santiago evidencia, na justa medida, a irrazoabilidade e a desproporção das taxas de juros praticadas pelo Estado de São Paulo a partir da edição da Lei nº 13.918/2009.

Evidente, pois, que a Lei Estadual nº 13.918/2009, ao adotar critério diferenciado (*e muito superior)* aos juros moratórios estabelecidos pela União na cobrança de seus créditos, desbordando do limite preconizado pela SELIC, vulnerou regra de competência constitucional concorrente, razão pela qual a declaração de inconstitucionalidade do dispositivo é medida que deve prevalecer.

Obviamente que a arguição de inconstitucionalidade perfaz verdadeiro instrumento de controle de constitucionalidade, produzindo efeitos *inter partes.*

Todavia, como bem ressalta o parágrafo único do art. 481 do CPC, "os órgãos fracionários dos tribunais não submeterão ao plenário, ou ao órgão

Acesso ao Sumário

especial, a arguição de inconstitucionalidade, quando já houver pronunciamento destes ou do plenário do Supremo Tribunal Federal sobre a questão".

No escólio de **Nelson Nery Júnior** e **Rosa Maria de Andrade Nery**, "quando o plenário do STF ou o plenário ou órgão especial do próprio tribunal, onde foi ou poderia ter sido suscitado o incidente, já tiverem se pronunciado sobre a constitucionalidade ou inconstitucionalidade da lei questionada, não há necessidade de o órgão fracionário (câmara, turma, câmaras reunidas, grupo de câmaras, seção etc.) remeter a questão ao julgamento do plenário ou órgão especial. Nesse caso, o órgão fracionário pode aplicar a decisão anterior do plenário do STF ou do próprio tribunal, que haja considerado constitucional ou inconstitucional a lei questionada. Trata-se de medida de economia processual"[1].

Isso porque, de acordo com o eminente desembargador **Ricardo Dip**, integrante desta 11ª Câmara de Direito Público, é "avistável o risco de processos repetitivos sobre questões de inconstitucionalidade já apreciadas e decididas, com a deflagração contra-econômica da metódica decisão do julgamento recursório (*caput*, art. 481, CPC). O termo *questão*, com que se encerra a regra do p. ún., art. 481, CPC, não compreende restritivamente os lindes da lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pela Corte, mas abrange os fundamentos determinantes da declaração precedente" (Apelação nº 629.834-5-0, j. 26/01/2009).

Diante de tais argumentos, não merece reparo a r. decisão agravada, que rejeitou a exceção, mas reconheceu de ofício a inconstitucionalidade da incidência da Lei nº 13.918/09, aplicando-se a SELIC para todo o período.

Como a agravante não foi condenada ao pagamento de honorários advocatícios, não há de ser apreciada a insurgência apresentada a respeito.

Ante o exposto, pelo meu voto, nego provimento ao recurso, mantida a r. decisão tal como proferida.

Eventuais recursos que sejam apresentados deste julgado estarão sujeitos a julgamento virtual. No caso de discordância, esta deverá ser apresentada no momento da interposição de referidos recursos.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2232731-12.2015.8.26.0000, da Comarca de Aparecida, em que é agravante ALEX TAVARES DE SOUZA, é agravado NESTOR GABRIEL SILVA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 7ª Câmara de Direito

1 Código de Processo Civil Comentado; 11ª ed., 2010, São Paulo, RT, p. 799.

Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Deram provimento parcial ao recurso, nos termos que constarão do acórdão. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 32.326)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores COIMBRA SCHMIDT (Presidente), MAGALHÃES COELHO e EDUARDO GOUVÊA.

São Paulo, 6 de julho de 2016.

COIMBRA SCHMIDT, Relator

Ementa: PROCESSUAL CIVIL. Exceção de suspeição oposta em desfavor da Magistrada e do Diretor de Serviço. Inexistência de nulidade no julgamento do servidor pela Magistrada. CPC/73, art. 138. Indenização por litigância de má-fé. Necessidade de prova do prejuízo. Ausência, no caso. Agravo parcialmente provido, determinada a exclusão da indenização.

VOTO

Tempestivo agravo de instrumento interposto da decisão reproduzida a f. 208/211, pela qual foi rejeitada exceção de suspeição, aplicado ao excipiente pena por litigância de má-fé e indenização, nos termos do art. 18 do CPC/73.

Aduz o agravante que por figurarem como exceptos tanto o Diretor de Serviços quanto a Magistrada, esta não poderia julgar o incidente, pois impedida de atuar por ser parte e por ter indiscutível interesse no resultado da exceção, pois a ela também foram atribuídas práticas de abuso. Em sede de antecipação de tutela, pede seja suspenda a determinação para oficiar à Polícia Civil, a fim de instaurar inquérito policial. Objetiva provimento para absolvê-lo da pena de litigância de má-fé, tanto da multa quanto da indenização, declarando-se a nulidade de todos os atos praticados pela Juíza.

Processado apenas no efeito devolutivo (f. 242), decorreu *in albis* o prazo para contraminuta (f. 246).

É o relatório.

1. Esclareceu a decisão agravada que estava a analisar a exceção ofertada em desfavor do servidor Nestor Gabriel da Silva e, em seguida, seriam prestadas informações ao E. Tribunal de Justiça acerca da arguição de exceção em face dela, Magistrada (f. 208).

Fundada a suspeição na inimizade, o inconformismo em relação a atos de processos distintos, não comportam conhecimento, posto que a decisão vergastada nada apreciou a respeito.

Acesso ao Sumário

No que concerne ao julgamento da exceção, a Magistrada apenas apreciou aquela ofertada contra seu funcionário, já que dela era a competência e prestou informações ao Tribunal para apreciação daquela ofertada em face dela, não havendo qualquer irregularidade neste procedimento. Aliás, a competência era mesmo dela, conforme preceitua o artigo 138 do Código de Processo Civil de 1973.

A existência, ou não, de suspeição por parte da Magistrada será apreciada pelo Tribunal, sendo inviável abordar o tema no âmbito deste recurso.

Não se cogita, pois, de nulidade, já que os fundamentos que levaram à rejeição da exceção não foram impugnados.

2. É descabida a indenização por litigância de má-fé sem que exista prova do prejuízo à parte contrária.

O artigo 18 da lei processual civil assegura ao magistrado a possibilidade de condenar o litigante de má-fé no pagamento dos prejuízos que a parte contrária tenha sofrido, mais os honorários advocatícios e todas as despesas que efetuou (*caput*).

Todavia, em se tratando de indenização, cabe demonstrar o dano, aplicável esta última tão somente em razão da conduta dolosa. Conduta processual da parte, não abrangendo os casos de má-fé extraprocessual (JTJ 144/37).

Ou seja, para condenação na indenização é necessária a demonstração do prejuízo, o que não ocorreu, de forma que não se encontravam presentes os requisitos legais para sua fixação.

Neste sentido, o entendimento do C. Superior Tribunal de Justiça:

> O processo, em sua atual fase de desenvolvimento, é reforçado por valores éticos, com especial atenção ao papel desempenhado pelas partes, cabendo-lhes, além da participação para construção do provimento da causa, cooperar para a efetivação, a observância e o respeito à veracidade, à integralidade e à integridade do que se decidiu, conforme diretrizes do Estado Democrático de Direito... O processo, sob a ótica de qualquer de seus escopos, não pode tolerar o abuso do direito ou qualquer outra forma de atuação que dê azo à litigância de má-fé[1].
>
> No que concerne à indenização devida à parte prejudicada pelo comportamento processual malicioso, indenização prevista no artigo 18, caput, segunda parte e § 2º, do Código de Processo Civil, cumpre assinalar que essa sanção, considerada a sua natureza reparatória, não pode ser cominada sem a respectiva comprovação do prejuízo, de modo que deve essa verba ser eliminada da condenação[2].
>
> PROCESSO CIVIL - LITIGANTE DE MÁ-FÉ - INDENIZAÇÃO -

Acesso ao Sumário

1 REsp 1324760/SP, Min. Sebastião Reis Júnior, Rel. p/acórdão Min. Rogério Schietti Cruz, DJe 18.2.2015

2 REsp 1133262/ES, Min. Sidnei Beneti, DJe 7.2.2012.

PROVA DO PREJUÍZO - NECESSIDADE - ARTIGO 18 DO CPC – A condenação do litigante de má-fé a indenizar a parte contrária pressupõe demonstração de prejuízo resultante da conduta ilícita[3].

Ainda, precedentes desta E. Corte:

Litigância de má-fé - Condenação do autor ao pagamento de multa de 1% sobre o valor da causa - Possibilidade - Evidenciada a atuação temerária do autor, pretendendo alterar a verdade dos fatos, ao omitir a existência de relação jurídica efetivamente existente entre as partes, com a finalidade de obter vantagem indevida - Violação dos deveres de boa-fé e lealdade das partes, previstos no art. 14 do CPC - Caracterização do "improbus litigatur" - Inteligência do art. 17, II, do CPC - Sentença mantida - Recurso negado - Indenização - Litigância de má-fé - A condenação da indenização por litigância de má-fé do art. 18 do CPC, pressupõe dolo e demonstração do prejuízo causado à parte contrária - Prejuízo não demonstrado - Recurso provido[4].

Configuração da hipótese prevista no artigo 17, II, do CPC. Manutenção da condenação da autora ao pagamento de multa equivalente a 1% do valor da causa, nos termos do artigo 18, caput, do CPC, pois nesse aspecto não se perquire acerca de danos. Afastamento da condenação ao pagamento de indenização de 10% sobre o valor da causa, prevista no artigo 18, § 2º, do CPC. Falta de comprovação do efetivo prejuízo. Manutenção, outrossim, dos benefícios da assistência judiciária gratuita. Recurso parcialmente provido[5].

3. A multa pela litigância de má-fé foi aplicada em decisão bem fundamentada, adstrita às hipóteses taxativas enumeradas no art. 17 do CPC/73, não impugnada especificamente pelo agravante.

Finalmente, reputo necessário reproduzir os argumentos expendidos pelo Des. Mendes Pereira, em decisão monocrática proferida nos autos do Agravo de Instrumento nº 2156899-70.2015.8.26.0000 entre as mesmas partes, concernente à suspensão da ordem de se oficiar à Polícia Civil:

Por outro lado, se nota que as afirmações do causídico excipiente são muito sérias.

Assim, da mesma forma que detém ele direito de requerer providências penais contra aqueles que entende que cometeram crimes contra si, quem está sendo acusado de cometer crimes de fraude processual e supressão de documentos também pode requerer a instauração de procedimento para que quem o acuse apresente as provas que detém a respeito. Na vida e em juízo, cada ação enseja uma reação, já estando mais do que na hora das partes fixarem sua atenção e direcionarem seus esforços para suas atividades, porque juiz, funcionários e advogados não são inimigos. Ao contrário, sem a existência

Acesso ao Sumário

3 REsp 220.054/SP, Min. Humberto Gomes de Barros, DJ 18.9.2000.

4 Ap. nº 0034860-41.2011.8.26.0002, Des. Francisco Giaquinto, j. 3.12.2013.

5 Ap. nº 0002562-22.2013.8.26.0100 – Des. Viviani Nicolau; j. 13.8.2015.

de um, a do outro sequer se justificaria.

No subsequente agravo regimental, ponderou o nobre Desembargador:

Aqui não cabe decisão sobre quem é culpado ou responsável pelos fatos. De nada adianta alimentar a discórdia. Todos continuarão trabalhando no mesmo Fórum.

Juízes, Advogados e Servidores existem para resolver os problemas das pessoas. Não para criá-los ou alimentá-los em prejuízo da imagem do Judiciário, do seu tempo, do serviço, dos jurisdicionados e da própria saúde.

4. Ante o exposto, dou parcial provimento ao recurso, tão-somente para excluir a indenização de 20% por litigância de má-fé, mantida, no mais, a decisão agravada, por seus próprios fundamentos.

Comunique-se o Juízo *a quo*.

Apelações

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0008248-73.2011.8.26.0323, da Comarca de Lorena, em que são apelantes MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO e DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO, são apelados FAZENDA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO, AES TIETÊ SA e CETESB COMPANHIA AMBIENTAL DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 1ª Câmara Reservada ao Meio Ambiente do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento parcial ao recurso do Ministério Público e negaram provimento ao recurso da Defensoria Pública do Estado. V.U. Sustentaram oralmente o Defensor Público Dr. Aluísio Iunes Monti Ruggeri Re, o Procurador de Justiça, Dr. José Carlos de Freitas e o Dr. Werner Grau Neto", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 9.332)**

O julgamento teve a participação dos Excelentíssimos Desembargadores MARCELO BERTHE (Presidente), TORRES DE CARVALHO e OSWALDO LUIZ PALU.

São Paulo, 9 de junho de 2016.

MARCELO BERTHE, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: RECURSO DE APELAÇÃO EM AÇÃO CIVIL PÚBLICA. MEIO AMBIENTE. ADMINISTRATIVO. NULIDADE DE ATO ADMINISTRATIVO DE APROVAÇÃO DE EIA/RIMA CONSISTENTE NO EMPREENDIMENTO USINA TERMELÉTRICA – TERMO SÃO PAULO, NO MUNICÍPIO DE CANAS. 1. PRELIMINAR. LEGITIMIDADE. A Fazenda Pública do Estado é parte legítima para figurar no polo passivo da ação, visto que o Conselho Estadual do Meio Ambiente – CONSEMA integra a Administração Pública Direta do Estado de São Paulo e, também, é responsável pela aprovação do EIA/RIMA. Ilegitimidade afastada. 2. ATO ADMINISTRATIVO. O Estudo de Impacto Ambiental – EIA/RIMA foi aprovado pelo Conselho Estadual do Meio Ambiente – CONSEMA, ante a viabilidade ambiental do empreendimento. Foram acostados aos autos documentos demonstrando a manifestação favorável dos órgãos gestores e licenciadores à construção da Usina Termelétrica – Termo São Paulo, bem como as ressalvas que foram feitas pela necessidade de aplicação de medidas mitigatórias de compensação e monitoramento ambiental. Licença Ambiental Prévia que aprovou a localização e a concepção do empreendimento e condicionou a Licença de Instalação ao cumprimento de diversas exigências. Demonstração que o EIA/RIMA observou o regular tratamento dos resíduos sólidos, dos efluentes líquidos e da geração de ruídos, bem como analisou o meio biótico, a vegetação e o meio sócio econômico. Ministério Público que não logrou afastar o constante nos laudos, pareceres e manifestações que embasaram o EIA/RIMA e a Licença Prévia. 3. Sentença mantida. Recurso do Ministério Público parcialmente provido e recurso da Defensoria Pública do Estado desprovido

Acesso ao Sumário

VOTO

Tratam os autos de recursos de apelação extraídos de Ação Civil Pública (nº 0008248-73.2011.8.26.0323), interpostos contra a r. sentença de fls.

3022/3032, proferida pela **MM. Juíza da 1ª Vara Cível da Comarca de Lorena**, que julgou improcedente o pedido de nulidade de licença prévia concedida em empreendimento consistente em Usina Termelétrica movida a gás natural no Município de Canas – Termo São Paulo. Outrossim, julgou o feito extinto, sem a resolução do mérito, pelo reconhecimento da ilegitimidade passiva da Fazenda Pública do Estado. Sem custas ou honorários advocatícios.

O Ministério Público interpôs recurso sustentando, em síntese, preliminar de legitimidade passiva da Fazenda Pública do Estado, pois se faz necessária manifestação do CONSEMA (órgão integrante da Administração Pública direta da Fazenda Estadual). No mérito, menciona que houve cerceamento de participação popular nas audiências públicas e que o EIA/RIMA contém falhas que impedem a análise segura sobre a viabilidade ambiental do projeto, especificamente à apuração real dos efeitos das emissões de gases na atmosfera da região em que será instalada a Usina Termelétrica no Município de Canas – Termo São Paulo. Ressalta que não há comprovação da necessidade de urgência de implantação de usina termelétrica a gás e que podem ocorrer impactos no sistema hídrico (fls. 3036/3077).

Em seguida, a Defensoria Pública do Estado interpôs recurso, sustentando, em síntese que devem ser realizadas mais audiências públicas na região ante o incontestável impacto regional do empreendimento. Menciona que o RIMA é genérico e pode ser utilizado para qualquer obra e que não prevê estimativa ou controle de produção de ozônio (fls. 3080/3102).

Foram apresentadas contrarrazões (fls. 3104/3121; 3122/3170; 3173/3199).

O Ministério Público de 2ª instância ofereceu parecer pugnando pelo provimento dos recursos (fls. 3206/3235).

É o relatório.

O recurso do Ministério Público merece provimento parcial e o recurso da Defensoria Pública do Estado não merece provimento.

Cuida-se de Ação Civil Pública que aponta irregularidades na expedição do EIA/RIMA e na Licença Prévia, em relação ao empreendimento Usina Termelétrica – "Termo São Paulo", no Município de Canas, no Vale do Paraíba.

A pretensão do Ministério Público e da Defensoria Pública do Estado é a declaração de nulidade da Licença Ambiental Prévia, por supostas irregularidades no EIA/RIMA, para o empreendimento e a apresentação de um novo estudo que atenda a todas as exigências necessárias, bem como que sejam realizadas novas audiências públicas.

Com efeito, em que pese a questão tratada nos autos envolver interesse relevante, implica em interferência do Poder Judiciário em questão que envolve matéria exclusivamente técnica e da competência da Secretaria Estadual do

Meio Ambiente – Poder Executivo.

Assim, caberá ao Poder Judiciário tão somente controlar o ato administrativo, sob o aspecto da legalidade, respeitando-se os limites da discricionariedade da Administração Pública e sem que a interferência configure afronta à harmonia dos três poderes.

Inicialmente, em relação à ilegitimidade da Fazenda Pública do Estado, merece provimento o recurso do Ministério Público.

Não há que se falar em ilegitimidade passiva, visto que o Conselho Estadual do Meio Ambiente – CONSEMA é órgão integrante da Administração Pública Direta e responsável, também, pela aprovação do EIA/RIMA.

Desta maneira, a Fazenda Pública do Estado deve ser considerada parte legítima para figurar no polo passivo da ação.

Superada a preliminar, passa-se a análise do mérito.

Compulsando os autos, constata-se que houve a apresentação de EIA/RIMA, realizado pela empresa Mineral Engenharia e Meio Ambiente Ltda., que teve por objetivo analisar a viabilidade e sustentabilidade ambiental do empreendimento e identificar e avaliar as condições ambientais e sociais da área do empreendimento (fls. 06/122).

Os estudos apresentados foram realizados por diversos profissionais de várias áreas de formação como engenheiro, biólogo, advogado, geógrafo, meteorologista, etc. (fls. 121/122).

O EIA/RIMA apresentou alternativas tecnológicas, locacionais, medidas associadas a resíduos sólidos e geração de ruídos, bem como ressalvou a necessidade de tratamento adequado para a geração de efluentes líquidos. Houve, ainda, análise do meio biótico, da vegetação e do meio socioeconômico.

Ressalte-se, que ainda em relação à viabilidade do empreendimento, o EIA/RIMA destacou a necessidade de aplicação de medidas mitigatórias e compensatórias condicionantes do licenciamento ambiental (fl.79).

Foram, inclusive, realizados estudos de dispersão atmosférica, qualidade do ar, e sua interferência com a saúde pública (fl. 112).

É certo que a Prefeitura Municipal de Canas, por manifestação técnica, quando da apresentação do EIA/RIMA, declarou que não possuía corpo técnico capacitado para o exame do estudo apresentado (fl. 1664). Todavia, remeteu a análise do licenciamento aos órgãos estaduais competentes (fl. 692).

Desta feita, a CETESB diante do EIA/RIMA que lhe foi apresentado, emitiu parecer técnico favorável ao empreendimento, destacando, dentre outras, que as concentrações estimadas dos poluentes atmosféricos não impactarão fortemente as áreas urbanizadas e as unidades de conservação, bem como que os impactos ambientais poderão ser mitigados ou compensados com a implantação

Acesso ao Sumário

dos programas ambientais propostos (fl. 727).

O parecer técnico foi submetido à apreciação e deliberação do Conselho Estadual do Meio Ambiente – CONSEMA para a concessão da licença ambiental prévia (fl. 680/727).

O Conselho Estadual do Meio Ambiente – CONSEMA realizou reunião ordinária do plenário, acerca do Parecer Técnico da CETESB, e aprovou o EIA/RIMA da Usina Termelétrica – Termo São Paulo – destacando a viabilidade ambiental do empreendimento (fls. 1196/1206 e fl. 1530).

Ressalvou, entretanto, a necessidade e obrigação do empreendedor (AES – Tietê) de cumprir as exigências e as recomendações acerca das medidas mitigadoras e de compensação (fl. 1204 e fl. 1530).

Destacando, ainda, a viabilidade do empreendimento.

Em relação aos impactos no sistema hídrico, consta, nos autos, que a Agência Nacional de Águas (ANA) emitiu outorga preventiva de uso de recursos hídricos a AES Tietê para captação de água e diluição de efluentes tratados no rio Paraíba do Sul (fls. 982/984).

O Setor de Preservação do Patrimônio Arqueológico – IPHAN/SP, também, opinou favoravelmente à Licença Ambiental Prévia, ressalvando a necessidade de elaboração e implantação de um Programa Intensivo de Prospecções Arqueológicas (fl. 1626).

A CETESB, por sua vez, em definição do Termo de Referência e atendendo solicitação do Setor de Avaliação de Empreendimentos Lineares e do TAO – Divisão de Avaliação de Obras Públicas ofereceu novos Pareceres Técnicos (fls. 1597/1619, fls. 1633/1645 e fls. 1650/1652).

No que tange ao local pretendido para a implantação da Usina Termelétrica – Termo São Paulo, a Prefeitura Municipal de Canas manifestou-se favoravelmente (fl. 1662).

O Comitê das Bacias Hidrográficas do Rio Paraíba do Sul, também, tomou ciência do EIA/RIMA e efetuou recomendações específicas aos órgãos gestores e licenciadores quanto ao uso dos recursos hídricos, mas não se opôs a instalação do empreendimento (fl. 2513).

No mais, foram realizadas audiências públicas para apresentação do EIA/RIMA (fls. 741/760, 1479/1492, 2297/2298 e 2518/2526), bem houve publicação nos meios de comunicação.

Aliás, em relação à audiência pública realizada no Município de Canas, a Câmara Municipal de Canas, manifestou-se favoravelmente à instalação do empreendimento, observando que a audiência pública realizada no município observou regularmente as regras com a devida transparência e imparcialidade na oitiva das opiniões (fl. 2290/2291).

As audiências públicas foram veiculadas nos meios de comunicação e o EIA/RIMA foi disponibilizado no site do da Secretaria do Meio Ambiente do Estado de São Paulo (fls. 2547/2556).

Por sua vez, a Secretaria de Estado de Energia, por meio do Ofício SEE/GS nº 276/11, também, manifestou-se favoravelmente à implantação do empreendimento (fls. 2515/2516).

Neste passo, todas as manifestações, apesar de favoráveis, não deixaram de esclarecer a necessidade de observância das disposições ambientais estabelecidas na legislação pertinente e impuseram condicionantes para a emissão de Licença de Instalação que autorizará o empreendimento.

O Ministério Público e a Defensoria Pública apontam diversos aspectos que não foram analisados no EIA/RIMA e que, segundo seus entendimentos, são suficientes para afastar a sua legalidade.

Todavia, ressalte-se que a Licença Prévia não autoriza intervenção no terreno, pois para isso é necessária à concessão de Licença de Instalação, que somente pode ser emitida após a apresentação de detalhado Projeto de Engenharia e das medidas mitigatórias e dos Programas de Controle Ambiental.

Assim, a implantação do empreendimento depende de muitas outras aprovações e providências de ordem legal.

A própria CETESB, por meio de informação técnica, (fls. 1532/1556) rebateu, com clareza, todas as críticas apresentadas pela Procuradoria Geral do Estado, inclusive, ressaltando as exigências feitas por ocasião da emissão da Licença de Operação e durante a fase de instalação do empreendimento e que serão de responsabilidade da concessionária.

A própria Licença Ambiental Prévia consigna que houve aprovação da localização e da concepção do empreendimento, atestando a sua viabilidade ambiental, mas não a sua implantação, pois a Licença de Instalação está condicionada ao cumprimento de diversas exigências (fl. 2816).

Não se trata, portanto, de estudo genérico da questão para a emissão de Licença Prévia. A análise pormenorizada dos autos demonstra que houve um estudo detalhado dos impactos ambientais para a realização do empreendimento.

Por outro lado, a apresentação por parte do Ministério Público de laudo particular e de manifestação do Centro de Apoio Operacional à Execução (CAEX) (fls. 1208/1259) não foram suficientes para afastar o constante em todos os laudos técnicos, pareceres e manifestações que embasaram a emissão do EIA/RIMA, e, por conseguinte, da Licença Prévia (fls. 2816/2825).

Assim, não foi possível, pela análise dos documentos acostados aos autos, afirmar que o EIA/RIMA apresentado para a realização do empreendimento Usina Termelétrica – Termo São Paulo no Município de Canas está eivado de ilegalidade.

Acesso ao Sumário

Desta maneira, a r. sentença comporta reparos, para tão somente ser reconhecida a legitimidade da Fazenda Pública do Estado, devendo, no mérito, ser mantida por seus jurídicos fundamentos.

Pelo exposto, **dá-se provimento parcial** ao recurso do Ministério Público e **nega-se provimento** ao recurso da Defensoria Pública do Estado.

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).

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0002556-10.2014.8.26.0543, da Comarca de Santa Isabel, em que é apelante GERACY AMBROZINA MACCAGNAN DE CAMARGO, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 1ª Câmara Reservada ao Meio Ambiente do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Prosseguindo o julgamento, o 5º juiz apresentou voto divergente, acolhendo parcialmente a preliminar. Aderiram ao voto do 5º juiz, o 3º e o 4º juízes. Declarará voto o 5º juiz. No mérito, por votação unânime, deram parcial provimento ao recurso.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 28.432)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores MARCELO BERTHE (Presidente), MOREIRA VIEGAS, TORRES DE CARVALHO e OSWALDO LUIZ PALU.

São Paulo, 9 de junho de 2016.

RUY ALBERTO LEME CAVALHEIRO, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: DIREITO AMBIENTAL. EMBARGOS. A inépcia da inicial não se configura por mero erro de digitação. Rejeitada a preliminar. Inaplicável o Novo Código Florestal ao Termo de Ajustamento de Conduta firmado sob a égide da Lei nº 4.771/65, em respeito ao ato jurídico perfeito. Princípio da irretroatividade da lei. Precedentes do STJ. Possibilidade tão somente de adequação prática, com permissão de inscrição

da reserva legal no CAR. Afastados os honorários arbitrados em favor do MP. Rejeitada a preliminar, dá-se parcial provimento ao apelo.

VOTO

Trata-se de apelação interposta por Geracy Ambrozina Maccagnan de Camargo contra a sentença de fls. 192/194 que julgou improcedentes os embargos à execução opostos pela ora recorrente em face do Ministério Público do Estado de São Paulo.

No recurso a fls. 198/206, a apelante sustenta a aplicabilidade do Novo Código Florestal ao Termo de Ajustamento de Conduta, invocando o disposto no artigo 462 do Código de Processo Civil.

Afirma que o Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo tem reconhecido a constitucionalidade do novo diploma legal e a aplicabilidade imediata.

Alega que, uma vez que já fora elaborado novo laudo, deve ser considerado para aplicar o Novo Código Florestal, ressaltando que a conclusão da nova perícia foi no sentido de inexistência de degradação ambiental.

O Ministério Público apresentou as contrarrazões de apelo (fls. 213/214). Em seu parecer, o douto Procurador de Justiça opinou pela extinção do processo ante a inépcia da inicial e, no mérito, pelo parcial provimento do recurso apenas para excluir a verba honorária (fls. 224/231).

A recorrente juntou documentos novos (fls. 236/250).

É O RELATÓRIO.

Em relação aos documentos juntados a fls. 236/250, assevero que deverá a recorrente submetê-los ao juízo em primeiro grau.

Isso porque, pela regra do artigo 515 do Código de Processo Civil, há a devolução a este Tribunal da matéria impugnada, sendo possível apreciar todas as questões suscitadas e discutidas no processo. Os fatos novos não devem ser apreciados neste momento. Logo, deixo de apreciar a petição, sob pena de incorrer em supressão de instância.

No mais, passo ao exame do apelo, nos moldes do artigo supramencionado.

A preliminar de inépcia da inicial arguida pela Procuradoria Geral de Justiça não merece acolhimento.

É certo que a inicial não é um primor, notadamente no que concerne ao pedido para "julgar totalmente improcedente a presente ação". Contudo, toda a argumentação lá posta encaminha no sentido oposto, para que haja a procedência da ação.

Portanto, evidente que se tratou de mero erro de digitação, erro material, que não pode macular a inicial a ponto de torná-la imprestável.

Acesso ao Sumário

Aliás, a ausência de impugnação da inicial pelo MP em primeira instância e a prolação de sentença de mérito denotam que, embora de forma não expressa, a exordial foi considerada apta.

Ainda que a Procuradoria Geral de Justiça tenha se manifestado pela impossibilidade de interpretação extensiva da inicial, é certo que não houve a interposição de apelo pelo *Parquet*, tornando-se consolidado o entendimento de que a exordial é apta.

No mérito, a discussão gira em torno da possibilidade de aplicação do atual Código Florestal em casos de Termo de Ajustamento de Conduta celebrado com base na Lei nº 4.771/65.

Tenho adotado o entendimento de que, nos processos nos quais haja direito material a ser constituído, é cabível a adequação à Lei nº 12.651/2012, nos moldes do artigo 462 do Código de Processo Civil. Isso porque não há trânsito em julgado.

Entretanto, o caso em tela é diferente da situação acima posta. O Termo de Ajustamento de Conduta foi celebrado sob a égide da Lei nº 4.771/65 e se aperfeiçoou com sua homologação, constituindo, a partir de então, ato jurídico perfeito.

Portanto, incabível a aplicação do novo Código Florestal ao caso. Aplicar o novo diploma legal sob alegação de significativas mudanças quanto à reserva legal e áreas de preservação permanente, cuja benesse servirá tão somente ao interesse do particular, não parece razoável.

Isso porque, como se sabe, não se pode afrontar o princípio constitucional da irretroatividade da lei nova para atingir atos jurídicos perfeitos. Esse é um dos pilares do Estado Democrático de Direito.

É certo que algumas circunstâncias devem ser analisadas, notadamente do ponto de vista prático, visto que, com as alterações na legislação, algumas exigências encontram dificuldade no cumprimento, como por exemplo, a averbação da reserva legal na matrícula do imóvel.

Acesso ao Sumário

O parágrafo 4º, do artigo 18 do novo diploma legal, dispõe o quanto segue: "O registro da Reserva Legal no CAR desobriga a averbação no Cartório de Registro de Imóveis".

Portanto, vale dizer que, neste ponto, merece parcial provimento o apelo para permitir que a reserva legal seja inscrita no CAR ou no cartório de registro de imóveis, sendo dispensada neste último caso somente se houver a devida inscrição no CAR.

Vale ressaltar, contudo, que a possibilidade de adequações práticas, principalmente no âmbito administrativo, não autoriza a revisão do Termo de Ajustamento de Conduta ou a retroatividade da lei.

Saliento que, nessa mesma linha de raciocínio, o Superior Tribunal de Justiça negou a aplicação da Lei 12.651/2012 a fatos ocorridos sob a égide da Lei 4.771/1965 (Código Florestal revogado), sob o argumento da intangibilidade do ato jurídico perfeito e irretroatividade da lei nova. Segue transcrição de parte da decisão:

> "... incidirá sobre a matéria, por conseguinte, o princípio do tempus regit actum, que governará os atos administrativo-ambientais perfeitos, confinada a aplicação do novo regime jurídico, ordinariamente e no atacado, ao futuro, para a frente; tanto mais se o ius superveniens, ao favorecer o interesse individual do particular, acabar por enfraquecer o regime jurídico de tutela do interesse público, dos bens coletivos e das gerações vindouras". (REsp 1.240.122- PR, 2ª Turma, STJ, Rel. Ministro Herman Benjamin, j. 02.10.2012).
>
> Ainda:
>
> ... Indefiro o pedido de aplicação imediata da Lei 12.651/12, notadamente o disposto no art. 15 do citado regramento. Recentemente, esta Turma, por relatoria do Ministro Herman Benjamin, firmou o entendimento de que "o novo Código Florestal não pode retroagir para atingir o ato jurídico perfeito, direitos ambientais adquiridos e a coisa julgada, tampouco para reduzir de tal modo e sem as necessárias compensações ambientais o patamar de proteção de ecossistemas frágeis ou espécies ameaçadas de extinção, a ponto de transgredir o limite constitucional intocável e intransponível da 'incumbência' do Estado de garantir a preservação e restauração dos processos ecológicos essenciais (art. 225, § 1º, I)." (AgRg no AREsp 327687/SP, 2ª Turma, STJ, Rel. Ministro Humberto Martins, j. 15/08/2013, DJe 26/08/2013).

Quanto aos honorários impostos em primeira instância, também são afastados, até porque arbitrados em favor do Ministério Público que, por sua função institucional, não recebe honorários.

Assim, a parcial procedência restringe-se à permissão de inscrição da reserva legal no CAR, nos exatos moldes postos no V. Acórdão, bem como para afastar os honorários.

Considera-se prequestionada toda matéria relativa aos recursos especial e extraordinário.

Ante o exposto, REJEITO A PRELIMINAR e DOU PARCIAL PROVIMENTO ao apelo.

Acesso ao Sumário

DECLARAÇÃO DE VOTO

(Voto nº 18915-A)

Ementa: APELAÇÃO. Novo Código florestal. Aplicação à coisa julgada e ou acordos anteriormente fundados no Código revogado. Possibilidade aos efeitos futuros de atos passados (=retroatividade mínima), com as ressalvas que faço.

1. Como se sabe, dá-se a retroatividade máxima (também chamada restitutória, porque em geral restitui as partes ao 'status quo ante', quando a lei nova ataca a coisa julgada e os fatos consumados (transação, pagamento, prescrição).

A retroatividade é média quando a lei nova atinge os efeitos pendentes de ato jurídico verificados antes dela, exemplo: uma lei que limitasse a taxa de juros e fosse aplicada aos vencidos e não pagos.

Enfim a retroatividade é mínima (também chamada temperada ou mitigada), quando a lei nova atinge apenas os efeitos dos atos anteriores produzidos após a data em que ela entra em vigor.

2. Imutabilidade da coisa julgada. Não há, no Direito Público, em caráter absoluto, o dogma da imutabilidade da coisa julgada, elaborada, certamente, em países europeus com vista às lides judiciárias comuns (Direito Privado) e adotada acriticamente aqui, esquecendo que em tais países, via de regra, vige o contencioso administrativo e toda a matéria de direito Público não é julgada pelo Poder Judiciário, mas por juízes administrativos, com fundamento em leis completamente diversas.

3. No caso o valor maior é o meio ambiente, que a Constituição entendeu deva ser preservado -- de modo eloquente e inaudito -- para as presentes e futuras gerações; por tal razão, entendo que tanto a coisa julgada como os acordos voluntariamente elaborados -- termos de ajustamento de conduta -- antes da vigência do novo Código Florestal valem e são exequíveis, não podendo ser anulados. Tal se dá

ainda quanto aos efeitos futuros desses atos passados (cláusulas ainda não cumpridas ou não cumpridas integralmente).

A nova lei somente pode incidir para o interessado, condenado a obrigação ambiental por decisão com transito em julgado ou se firmou TAC com fundamento na legislação revogada (Código de 1965) se e quando houver a assinatura do termo de compromisso previsto no art. 59, §5.º da Lei n.º 12.651, de 25 de maio de 2012. E somente para fatos futuros.

O Código florestal é claro: "Art. 59. (...) § 4º No período entre a publicação desta Lei e a implantação do PRA em cada Estado e no Distrito Federal, bem como após a adesão do interessado ao PRA e enquanto estiver sendo cumprido o termo de compromisso, o proprietário ou possuidor não poderá ser autuado por infrações cometidas antes de 22 de julho de 2008, relativas à supressão irregular de vegetação em Áreas de Preservação Permanente, de Reserva Legal e de uso restrito.

§ 5º A partir da assinatura do termo de compromisso, serão suspensas as sanções decorrentes das infrações mencionadas no § 4o deste artigo e, cumpridas as obrigações estabelecidas no PRA ou no termo de compromisso para a regularização ambiental das exigências desta Lei, nos prazos e condições neles estabelecidos, as multas referidas neste artigo serão consideradas como convertidas em serviços de preservação, melhoria e recuperação da qualidade do meio ambiente, regularizando o uso de áreas rurais consolidadas conforme definido no PRA."

Caso haja assinatura e descumprimento do termo de compromisso, tudo o que foi aqui decidido (TAC) fica mantido e aplica-se o disposto no art. 9.º, § 2.º do Decreto n.º 8.235, de 5 de maio de 2014: 'Art. 9º (...) § 2º Caso seja descumprido o termo de compromisso: I - será retomado o curso do processo administrativo, sem prejuízo da aplicação da multa e das sanções previstas no termo de compromisso; e II - serão adotadas as providências necessárias para o prosseguimento do processo criminal.'

Acesso ao Sumário

4. <u>Preliminar rejeitada (este voto acompanha os ii. 3.º e 4.º juízes, em menor extensão); recurso parcialmente provido.</u>

I. RELATÓRIO

Cuida-se de recurso de apelação interposto por **GERACY AMBROZINA MACCAGNAN DE CAMARGO** em autos de embargos à execução julgados improcedentes (fls. 194 e ss.). Em realidade, a apelante opôs ao **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO** tais embargos, pretendendo a aplicação do **Novo Código Florestal (Lei n.º 12.651, de 25 de maio de 2012)** à acordo de vontades celebrado com o Ministério Público, nos autos do Inquérito Civil n.º 22/2009-MA, datado de 26 de fevereiro de 2010, ao depois homologado pelo **Conselho Superior do Ministério Público**. Descumprindo parte das cláusulas voluntariamente assumidas, a execução foi proposta pelo 'Parquet' (fls. 44 e ss., em cópia), tendo sido julgada por sentença, como se disse, improcedente. Processado o recurso, manifestou-se a d. Procuradoria de Justiça. O eminente desembargador relator afastou a preliminar de inépcia, e dava parcial provimento ao recurso, no que foi seguindo pelo e. desembargador 2.º juiz. O e. desembargador 3.º juiz divergiu sobre a preliminar de não aplicação do novo código florestal no caso, e no mérito acompanhava o relator, no que foi seguido pelo eminente desembargador 4.º juiz. **É o relatório.**

FUNDAMENTO E VOTO

1. Pelo meu voto, acompanho os ilustres desembargadores 3.º e 4.º juízes (em menor extensão) para reconhecer a possibilidade de aplicação do novo Código Florestal ao caso, com as ressalvas que faço; no mérito, acompanho o ilustre relator.

1.1. Em primeiro lugar, também afasto a alegação de inépcia alegada pelo d. Procuradoria de Justiça, creditado à mero equivoco de redação o que se supôs vicio processual.

2. Quando à matéria principal, ou seja, a aplicação ou não do **Novo Código Florestal (Lei n.º 12.651, de 25 de maio de 2012)** ao caso, um termo de ajustamento de conduta, entendo ser a aplicação cabível **para atos futuros**, se o interessada-apelante obtiver do órgão ambiental competente a autorização para a aplicação da lei nova à sua situação individual. Caso não obtida a autorização, por falha nos requisitos legais ou outra causa qualquer, vige integralmente o que foi acordado no ordenamento anterior (TAC) ou a coisa julgada baseada em lei anterior.

3. E assim porque, entre nós, a Constituição, no artigo 5.º, XXXVI, não proíbe a retroatividade da lei (salvo a lei penal que prejudique), mas apenas coloca salvo da retroação as situações previstas nos três institutos que menciona

Acesso ao Sumário

(no sentido do texto: **JOSÉ AFONSO DA SILVA**, 'Comentário Contextual à Constituição', p. 134, Malheiros). Mas a retroatividade da lei não tem um conceito simples. Ao contrário, é tema complexo. Vem à lume os ensinamentos de **GILMAR FERREIRA MENDES** e outros ('Curso de Direito Constitucional', p. 448, Saraiva), sobre os níveis ou graus de retroatividade existentes:

> "No conhecido voto proferido na ADI n. 493 destaca Moreira Alves a lição de Mattos Peixoto sobre os três graus de retroatividade – **máxima, média e mínima**: "Dá-se a retroatividade máxima (também chamada restitutória, porque em geral restitui as partes ao 'status quo ante'), quando a lei nova ataca a coisa julgada e os fatos consumados (transação, pagamento, prescrição). Tal é a decretal de Alexandre III que, em ódio à usura, mandou os credores restituírem os juros recebidos. A mesma categoria pertence a célebre lei francesa de 2 de novembro de 1793 (12 brumário do ano II), na parte em que anulou e mandou refazer as partilhas já julgadas, para os filhos naturais serem admitidos à herança dos pais, desde 14 de julho de 1789. A carta de 10 de novembro de 1937, artigo 95, parágrafo único, previa a aplicação da retroatividade máxima, porquanto dava ao Parlamento a atribuição de rever decisões judiciais, sem excetuar as passadas em julgado, que declarassem inconstitucional uma lei.
>
> A retroatividade é média quando a lei nova **atinge os efeitos pendentes** de ato jurídico verificado antes dela, exemplo: uma lei que limitasse a taxa de juros e fosse aplicada aos vencidos e não pagos.
>
> Enfim a retroatividade é mínima (também chamada temperada ou mitigada), quando a lei nova atinge **apenas os efeitos dos atos anteriores produzidos após a data em que ela entra em vigor**. Tal é, no direito romano, a lei de Justiniano (C. 4, 32, 'de usuris', 26, 2 e 27 pr.), que, corroborando disposições legislativas anteriores, reduziu a taxa dos juros vencidos após a data da sua obrigatoriedade. Outro exemplo: o Decreto-Lei n. 22.626, de 7 de abril de 1933, que reduziu a taxa de juros e se aplicou, 'a partir da sua data, aos contratos existentes, inclusive aos ajuizados (art. 3°)'."

4. Prosseguem os ilustres autores (**'Curso de Direito Constitucional'**, p. 467, Saraiva), acenando com a posição do Supremo Tribunal Federal sobre a matéria da retroatividade:

> 'Um rápido inventário da jurisprudência demonstra que a controvérsia sobre direito adquirido na sua tríplice acepção (direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada) tem amplo significado na atividade do Supremo Tribunal Federal nas mais diversas searas. Assim, tem-se afirmado a existência de direito adquirido no âmbito das relações instituídas entre servidor público e Administração, como, 'v. g.':
>
> a) (...) a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal reconhece aos aposentados "direito adquirido aos proventos conforme a lei regente ao tempo da reunião dos requisitos da inatividade, ainda quando só requerida após a lei menos favorável";

Acesso ao Sumário

b) Conversão de licença-prêmio não gozada em tempo de serviço. Direito adquirido antes da vigência da emenda constitucional 20/98. Conversão de licença-prêmio em tempo de serviço: direito adquirido na forma da lei vigente ao tempo da reunião dos requisitos necessários para a conversão";

c) Igualmente pacífico é o reconhecimento quanto ao direito à irredutibilidade de vencimentos como manifestação de um direito adquirido qualificado. Afirma-se que "dada a garantia de irredutibilidade, da alteração do regime legal de cálculo ou reajuste de vencimentos ou vantagens funcionais jamais poderá ocorrer a diminuição do quanto já percebido conforme o regime anterior, não obstante a ausência de direito adquirido à sua preservação";

d) Não fere direito adquirido decisão que, no curso de processamento de pedido de licença de construção em projeto de loteamento, estabelece novas regras de ocupação do solo.'

5. Ocorre aqui um dos tipos de retroatividade **(=retroatividade mínima**), pois, se o Termo Ajustamento de Conduta de fls. 49 foi firmado em 26 de fevereiro de 2010, enquanto vigia o anterior Código Florestal, tudo o que foi efetivamente cumprido é valido e não pode mais ser alterado.

Discute-se, entretanto, o cumprimento do referido 'TAC' hoje, ou seja, seus efeitos ainda ditam o comportamento atual, em 2016, eis que não totalmente adimplido. E agora existe nova legislação, no particular bem mais benéfica aos titulares de áreas com interesse ambiental, o **Novo Código Florestal (Lei n.º 12.651, de 25 de maio de 2012).** Claramente, efeitos futuros de atos passados.

6. Há que se indagar qual a razão de se aplicar a novel legislação relativa do meio ambiente **(Novo Código Florestal (Lei n.º 12.651, de 25 de maio de 2012),** se a segurança jurídica impele para o lado oposto.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Constitucional prestigia a **segurança jurídica**, que poderia entender-se violada com a reavaliação de centenas ou milhares de TACs e de decisões com transito em julgado, para readequá-las aos disceptantes dispositivos do novo Código Florestal. Mas a mesma jurisprudência é clara ao estabelecer **a impossibilidade de se invocar o direito adquirido** (que abrange a coisa julgada e o ato jurídico perfeito) para as chamadas **situações estatutárias, ou seja, o legislador pode alterar institutos e ou estatutos jurídicos**, não podendo a garantia de situações individuais serem opostas à tanto.

Para as situações individuais, e este é o entendimento mais recente, não pode o legislador fazer **tábula rasa** das relações jurídicas consolidadas no tempo, mesmo no contexto de anulação de atos administrativos ou, até, judiciais. Mesmo no direito privado o C. STF decidiu obstar a aplicação da Lei n.º 9.656/98, que disciplinava os **planos de saúde**, **aos efeitos futuros de planos**

Acesso ao Sumário

de saúde antigos (=retroatividade mínima), entendendo que somente os novos contratos a ela sujeitar-se-iam. No mesmo sentido no direito administrativo, ou seja, aqui se discute a validade imediata ou não de **limitações administrativas.**

7. No caso, o **valor** maior é o **meio ambiente**, que a Constituição entendeu ser preservado -- de modo eloquente e inaudito -- para as presentes e **futuras** gerações; por tal razão, entendo que tanto a coisa julgada como os acordos voluntariamente elaborados -- termos de ajustamento de conduta -- antes da vigência do novo Código Florestal valem e são exequíveis, não podendo ser anulados. Tal se dá ainda quanto aos efeitos futuros desses atos passados (cláusulas ainda não cumpridas ou não cumpridas integralmente).

A nova lei somente pode incidir para a interessada (no caso), que firmou **termo de ajustamento de conduta** com fundamento na legislação revogada (Código Florestal de 1965) se e quando houver a assinatura do termo de compromisso previsto no art. 59, §5.º da Lei n.º 12.651, de 25 de maio de 2012. E somente para fatos futuros. O Código florestal é claro:

> "Art. 59. (...)
>
> § 4º No período entre a publicação desta Lei e a implantação do PRA em cada Estado e no Distrito Federal, bem como após a adesão do interessado ao PRA e enquanto estiver sendo cumprido o termo de compromisso, o proprietário ou possuidor não poderá ser autuado por infrações cometidas antes de 22 de julho de 2008, relativas à supressão irregular de vegetação em Áreas de Preservação Permanente, de Reserva Legal e de uso restrito.
>
> § 5º **A partir da assinatura do termo de compromisso**, serão suspensas as sanções decorrentes das infrações mencionadas no § 4º deste artigo e, cumpridas as obrigações estabelecidas no PRA ou no termo de compromisso para a regularização ambiental das exigências desta Lei, nos prazos e condições neles estabelecidos, as multas referidas neste artigo serão consideradas como convertidas em serviços de preservação, melhoria e recuperação da qualidade do meio ambiente, regularizando o uso de áreas rurais consolidadas conforme definido no PRA."

Caso haja assinatura e descumprimento do termo de compromisso, tudo o que foi aqui decidido (TAC) fica mantido e aplica-se o disposto no art. 9.º, §2.º do Decreto n.º 8.235, de 5 de maio de 2014:

> 'Art. 9º (...)
>
> § 2º Caso seja descumprido o termo de compromisso:
>
> I - será retomado o curso do processo administrativo, sem prejuízo da aplicação da multa e das sanções previstas no termo de compromisso; e
>
> II - serão adotadas as providências necessárias para o prosseguimento do processo criminal.'

Acesso ao Sumário

8. Anular milhares de termos de ajustamento de conduta (TACs) ou de decisões com trânsito em julgado não atende à segurança jurídica e ao valor constitucional da preservação ambiental para as futuras gerações; **não se pode preservar para o futuro anulando o passado**. Entretanto, a jurisdição não pode impedir o legislador de alterar institutos ou estatutos jurídicos, como fez. Então, a aplicação da lei nova, **Lei n.º 12.651, de 25 de maio de 2012**, dá-se, apenas, aos efeitos futuros, após sua publicação, se o interessado assim comprovar estar em consonância com ela. Caso contrário, vale o que ficou, anteriormente, decidido. E sempre vai soar estranho que alguém firmar **voluntariamente** um termo de compromisso e, em seguida, ir a juízo pretendendo descumpri-lo. **'Venire contra factum proprium non potest'**.

9. Com tais considerações e ressalvas, pelo meu voto, pedindo licença aos eminentes desembargadores relator e 2.º juiz, também admito a aplicação do Novo Código Florestal **(Lei n.º 12.651, de 25 de maio de 2012)** ao caso, em menor extensão, ou seja, **para os efeitos futuros**; no mérito, acompanho o eminente relator.

OSWALDO LUIZ PALU, Desembargador, 5.º Juiz

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1031965-92.2015.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que é apelante FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO, é apelado JANIO MIGUEL PEREIRA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 2ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Negaram provimento aos recursos. V.U., de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 18.009)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores CLAUDIO AUGUSTO PEDRASSI (Presidente) e CARLOS VIOLANTE.

São Paulo, 15 de junho de 2016.

LUCIANA BRESCIANI, Relatora

Acesso ao Sumário

Ementa: Mandado de Segurança – Concurso Público para cargo de Agente de Organização Escolar – Candidato eliminado por ter sido considerado inapto na perícia médica – Obesidade mórbida e comorbidades que, por si só, não atestam a inaptidão para o cargo – Impetrante exerceu o mesmo cargo,

como temporário, sem usufruir licenças médicas – Ato administrativo que destoa dos postulados da razoabilidade e proporcionalidade – Recursos desprovidos.

VOTO

Trata-se de mandado de segurança impetrado por Janio Miguel Pereira contra ato do Secretário da Educação do Estado de São Paulo e do Diretor do Departamento de Perícias Médicas do Estado de São Paulo objetivando a concessão de liminar para suspender o ato que considerou o impetrante inapto na fase de exame médico do concurso público para o cargo de Agente de Organização Escolar, viabilizando sua posse no cargo.

A segurança foi concedida (fls. 124/128).

Recorreu o Estado de São Paulo postulando a reforma do julgado (fls. 133/143).

O recurso foi regularmente processado e contrariado (fls. 146/148).

A D. Procuradoria Geral de Justiça deixou de apreciar o mérito (fls. 155).

Intimadas, as partes não manifestaram oposição ao julgamento virtual (fls. 159).

É o relatório.

Cuida-se de mandado de segurança impetrado por Janio Miguel Pereira contra ato do Secretário da Educação do Estado de São Paulo e do Diretor do Departamento de Perícias Médicas do Estado de São Paulo objetivando a concessão de liminar para suspender o ato que considerou o impetrante inapto na fase de exame médico do concurso público para o cargo de Agente de Organização Escolar, viabilizando sua posse no cargo.

A segurança foi concedida *para o fim de anular o ato que declarou o impetrante inapto e determinar à parte impetrada que o empossе no cargo de Agente de Organização Escolar, desde que preenchidos todos os demais requisitos constantes do edital (tais como a apresentação da necessária documentação)*. (fls. 128).

Contra essa sentença, recorreu o Estado de São Paulo. Sem razão, contudo.

O impetrante foi aprovado no concurso público para o cargo de Agente de Organização Escolar, mas considerado inapto na perícia médica.

O parecer final do Departamento de Perícias Médicas do Estado considerou que (fls. 49):

Após avaliação médico-pericial realizada por designação da Diretoria da DPME, o candidato supra citado foi considerado NÃO APTO para ingresso no serviço público, por não deter condições de saúde que possibilitem o exercício

Acesso ao Sumário

pleno das atribuições do cargo pretendido.

É discutida, nos presentes autos de mandado de segurança, a legalidade de ato administrativo que inabilitou candidato de concurso público, em razão de ser portador de obesidade mórbida e comorbidades (fls. 48).

É certo e reiteradamente reconhecido que respeitados os princípios da motivação, da razoabilidade e da proporcionalidade, os critérios da Administração, afetos ao mérito do ato administrativo, não podem ser discutidos pelo Judiciário, cabendo o exame sobre o prisma da legalidade, e "*por legalidade, entende-se a conformidade do ato com a norma que o rege; por legitimidade, entende-se a conformidade do ato com a moral administrativa e com o interesse coletivo (princípios da moralidade e da finalidade), indissociáveis de toda atividade pública*". (TJSP, *in* RDA 27/214).

Contudo, cabe ressaltar que a discricionariedade concedida ao agente público representa o reconhecimento de que a Administração está em melhor posição para identificar qual a providência mais adequada à satisfação de um interesse público.

Na lição da doutrina:

(...) Assim, a discricionariedade existe, por definição, única e tão-somente para proporcionar em cada caso a escolha da providência ótima, isto é, daquela que realize superiormente o interesse público almejado pela lei aplicanda. Não se trata, portanto, de uma liberdade para a Administração decidir a seu talante, mas para decidir-se de modo que torne possível o alcance perfeito do desiderato normativo. Logo, para verificar-se o ato administrativo se conteve dentro do campo em que realmente havia discrição, isto é, no interior da esfera de opções legítimas, é preciso atentar para o caso concreto. (...) Assim, é óbvio que o Poder Judiciário, a instâncias da parte, deverá invalidar atos que incorram nos vícios apontados, pois nestes casos não há realmente discrição, mas vinculação, ou a discrição não se estende até onde se pretendeu que exista, já que repita-se discricionariedade é margem de liberdade que efetivamente exista perante o caso concreto. (MELLO, Celso Antônio Bandeira. Curso de Direito Administrativo, Malheiros, 28ª. São Paulo, 2011, página 436).

Acesso ao Sumário

É sob o prisma da *providência ótima* que será analisado o ato consistente na reprovação do candidato no concurso público, ou seja, necessário averiguar se o interesse público é atendido pela opção da Administração Pública em impedir que o impetrante tome posse no cargo de agente de organização escolar em razão de "ter obesidade mórbida e comorbidades".

Sempre pertinente a lição do mestre Hely Lopes Meirelles que afirma que o princípio da razoabilidade *pode ser chamado de princípio da proibição do excesso, que, em última análise, objetiva aferir a compatibilidade entre os meios e os fins, de modo a evitar restrições desnecessárias ou abusivas por parte*

da Administração Pública, com lesão aos direitos fundamentais. Prossegue o doutrinador afirmando que se *determina nos processos administrativos a observância do critério de "adequação entre os meios e fins", cerne da razoabilidade, e veda "imposições de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquelas estritamente necessárias ao atendimento do interesse público", traduzindo aí o núcleo da noção de proporcionalidade* (*in* Direito Administrativo Brasileiro, 25ª Edição, Malheiros Editores, p. 86/87).

Na doutrina de Robert Alexy (in Teoria dos Direitos Fundamentais – tradução Virgílio Afonso da Silva, São Paulo: Malheiros. p. 85-144), "*princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, mandamentos de otimização, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas*".

E continua: "*Se dois princípios colidem – o que ocorre, por exemplo, quando algo é proibido de acordo com um princípio e, de acordo com outro, permitido –, um dos princípios terá que ceder. Isso não significa, contudo, nem que o princípio cedente deva ser declarado inválido, nem que nele deverá ser introduzida uma cláusula de exceção. Na verdade, o que ocorre é que um dos princípios tem precedência em face do outro sob determinadas condições*".

É certo que o edital estabelece regras do concurso e, nesta medida, vincula os participantes do processo seletivo, no entanto, foge à razoabilidade supor que, sem outros elementos, a obesidade mórbida e comorbidades, possam ter tamanhos reflexos, a ponto de considerar o candidato inapto para o serviço.

Como bem destacou o MM Juiz sentenciante: *Trata-se de condições que, se adequadamente tratadas, não têm grau de nocividade grande, em princípio, podendo ser controladas, mas que podem ser mais graves dependendo do quadro específico apresentado. Nesse sentido, há somente a possibilidade hipotética do quadro do impetrante se agravar. Os exames podem ter vislumbrado alterações, mas seria necessária uma fundamentação adequada para que se considerasse o impetrante inapto ao exercício do cargo para o qual foi aprovado, explicitando-se as exatas razões pelas quais suas condições o tornam incapaz de exercer as funções exigidas pelo cargo.*

Vale destacar que o impetrante trabalhou como temporário entre março de 2014 e março de 2015, para o mesmo cargo para o qual prestou o concurso, não tendo tido qualquer problema no desenvolvimento de suas funções (fls. 51/57). Desnecessária, pois, a realização de prova pericial, afastando-se o argumento do Estado quanto à inadequação da via eleita, eis que o direito líquido e certo do impetrante foi devidamente comprovado.

Acesso ao Sumário

Não há que se falar em inabilitação do impetrante *não em razão de seu porte físico, mas sim, das CONSEQUÊNCIAS advindas dessa condição* (fls. 139). Tal assertiva demonstra, na verdade, a reprovação pela probabilidade de problemas de saúde futuro e certeza de que a patologia não poderia ser tratada.

Neste sentido:

APELAÇÃO CÍVEL – Mandado de segurança – Concurso para Professor da Educação Básica II – Candidata desclassificada porque possui IMC 50,7 (obesidade grau III) – Sentença concessiva da segurança – Apesar da obesidade a impetrante goza de boa saúde e já exercia o cargo de Professora da Educação Básica I – Aplicação dos princípios constitucionais da igualdade e da dignidade da pessoa humana – Preliminares afastadas – Sentença mantida – Recursos desprovidos. (Apelação 0008140-75.2014.8.26.0505; Relator(a): Eduardo Gouvêa; Comarca: Ribeirão Pires; Órgão julgador: 7ª Câmara de Direito Público; Data do julgamento: 15/02/2016; Data de registro: 16/02/2016).

Mandado de segurança – Concurso Público – Professor de Educação Básica II – Reprovação em exame médico – Obesidade mórbida – Descabimento – Inaptidão para o exercício da função não justificada pela perícia – Mesma função, a que se candidata a impetrante, exercida em anos anteriores, em caráter temporário – Concessão da ordem mantida Recursos desprovidos. (Apelação 1022422-02.2014.8.26.0053; Relator(a): Renato Delbianco; Comarca: São Paulo; Órgão julgador: 2ª Câmara de Direito Público; Data do julgamento: 15/12/2015; Data de registro: 18/12/2015)

Destarte, de rigor a manutenção da r. sentença.

Por todo o exposto, nego provimento aos recursos.

Para fins de prequestionamento se tem por inexistente violação a qualquer dispositivo constitucional ou infraconstitucional invocado e pertinente à matéria em debate.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0045201-70.2011.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que é apelante RITA DE CÁSSIA SOUZA DE BRITO, 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: Julgaram prejudicado o recurso. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 20.486)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores MARIA LAURA TAVARES (Presidente sem voto), FRANCISCO BIANCO e NOGUEIRA DIEFENTHALER.

São Paulo, 17 de junho de 2016.

FERMINO MAGNANI FILHO, Relator

Ementa: RESPONSABILIDADE EXTRACONTRATUAL DO ESTADO – Morte de menor em confronto com a Polícia Militar – Preliminar de prescrição quinquenal suscitada pela Fazenda do Estado, porém rejeitada pela magistrada com base no artigo 200 do Código Civil – Independência entre as esferas penal, civil e administrativa – Inteligência do disposto no art. 37, § 6º, da Constituição Federal, mais os arts. 5º e 169, do Código Civil de 1916, e arts. 3º e 198, do Código Civil de 2002 – Prescrição quinquenal configurada – Ação extinta com base no art. 487, inciso II, do Código de Processo Civil de 2015 – Apelação da autora prejudicada.

VOTO

Vistos.

Apelação tempestiva interposta pela autora contra r. sentença do digno Juízo da 7ª Vara da Fazenda Pública da Comarca da Capital (fls 298/303), que julgou improcedente ação ajuizada em face da Fazenda Paulista. Demanda cujo objeto consistia na reparação de danos materiais e morais decorrente de morte de menor em confronto com a polícia.

Recurso fundado, em síntese, nestas teses: a) responsabilidade objetiva estatal sem necessidade de comprovação de dolo ou culpa; b) não há excludente de nexo causal; c) a r. sentença baseia-se em circunstâncias alheias aos fatos pleiteados; d) ausência de provas fazendárias do alegado (fls 306/315).

Apelo respondido com preliminar de prescrição (fls 349/358).

É o relatório.

1- Ação indenizatória ajuizada por Rita de Cassia Souza de Brito em face da Fazenda Paulista, pleiteando a reparação dos danos materiais e morais sofridos em razão de morte de seu filho Erick Fernando Souza de Lima com 16 anos em ação policial.

Diz ela que no fatídico dia o falecido, simulando estar armado, roubou veículo e ao sair de um baile foi perseguido por viatura vindo a morrer em

Acesso ao Sumário

decorrência de disparo efetuado por policial militar sem que fosse constatada resistência por parte do menor.

Pedido julgado improcedente.

2- De início, acolho a preliminar de prescrição quinquenal aventada pela Fazenda Paulista.

A r. decisão que rejeitou sua preliminar de prescrição quinquenal (fls 298/303). Rejeição fundada no artigo 200 do Código Civil[1], por entender o douto magistrado que se operou condição suspensiva na pendência do desfecho da matéria criminal.

Apego-me ao precedente editado pelo Eg. Superior Tribunal de Justiça nos autos dos Embargos de Divergência em Recurso Especial nº 1.081.885/RR, relator o Ministro Hamilton Carvalhido (1ª Sessão, j. 13/12/2010), assim sumariado: *1- É de cinco anos o prazo para a pretensão de reparação civil do Estado. 2- Precedente da Primeira Seção (AgrRgREsp nº 1.149.621/PR, relator Ministro Benedito Gonçalves, in DJe 18/5/2010). 3- Embargos de divergência rejeitados.*

Ponderou então o douto Ministro Hamilton Carvalhido, após análise histórica da evolução legislativa – desde o Código Civil de 1916 ao advento da Medida Provisória nº 2.180-35, de 24/08/2001, que introduziu o artigo 1º-C à Lei nº 9.494/1997 – *que o prazo prescricional qüinqüenal é uma tendência nas disposições legislativas estatuídas em direito público e que encontra guarida na doutrina e jurisprudência pátrias*. E de fato, inscreveu-se no novo artigo 1º-C, da Lei 9.494/97, que *prescreverá em cinco anos o direito de obter indenização dos danos causados por agentes de pessoas jurídicas de direito público e de pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos.*

Note-se: o fato ocorreu no dia 24 de setembro de 2006. Esta ação foi distribuída somente em 29 de novembro de 2011 (fls 2), portanto decorridos mais de 5 anos do fato.

3- São distintos os pilares justificadores da responsabilização nas esferas civil, penal e administrativa. Nas precisas palavras de José dos Santos Carvalho Filho, *o fato gerador da responsabilidade varia de acordo com a natureza da norma jurídica que o contempla. Essa variação é que propicia tipos diversos de responsabilidade ou, em outras palavras, a diversidade da norma correspondente à diversidade dos tipos de responsabilidade. Assim, se a norma tem natureza penal, a consumação do fato gerador provoca a responsabilidade penal; se a norma é de direito civil, teremos a responsabilidade civil; e, finalmente, se o fato estiver previsto em norma administrativa, dar-se-á responsabilidade administrativa* (Manual de Direito Administrativo, 23ª edição, páginas 591/592,

Acesso ao Sumário

1 Artigo 200 do novo Código Civil - *Quando a ação se originar de fato que deva ser apurado no juízo criminal, não correrá prescrição antes da respectiva sentença definitiva.*

Lumen Júris, 2010).

Por certo, um mesmo acontecimento tem o condão de surtir efeitos vários em determinada seara jurídica, constituindo-se fato indiferente para outro ramo do Direito. Ademais, o Código de Processo Penal é expresso ao dispor nos seus artigos 66 e 67, inciso I, que, não obstante eventual sentença absolutória no juízo criminal, a ação civil poderá ser proposta quando não tiver sido categoricamente reconhecida a inexistência material do fato.

Em matéria de reponsabilidade civil objetiva do Estado, regida pelo artigo 37, § 6º, da Constituição Federal, tomemos como regra geral que basta para o ajuizamento a prova do fato, a demonstração do prejuízo sofrido pela vítima, e o nexo causal entre o fato e o prejuízo. Transfere-se ao ente público o ônus da prova de eventual causa excludente de responsabilidade, como a culpa exclusiva ou concorrente de quem se diz vítima. Ou seja, temas absolutamente indiferentes ao desfecho do debate na seara criminal, fosse qual fosse a sorte do agente estatal implicado no atropelamento.

Este o posicionamento do Eg. Superior Tribunal de Justiça, especialmente no trecho que destaquei:

RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO – DANO MORAL E MATERIAL – ATROPELAMENTO DE MENOR CAUSADO POR VIATURA DA GUARDA MUNICIPAL – CABIMENTO – INDEPENDÊNCIA DAS ESFERAS PENAL E CIVIL – QUANTUM DEBEATUR – VALOR EXCESSIVO – REDUÇÃO – POSSIBILIDADE – PRECEDENTES. 1- A responsabilidade civil do Estado é objetiva, mormente quando se tratar de risco criado por ato comissivo de seus agentes. 2- A comprovação de dano e autoria basta para fazer incidir as regras dos arts. 37, § 6º, da Constituição, e 927, parágrafo único, do CC. 3- Ainda que o agente estatal tenha sido absolvido na esfera criminal, mesmo sob fundamento de ausência de culpa, entende-se haver total independência com respeito ao juízo cível, salvo as hipóteses previstas em lei. Precedentes do STJ. 4- Em caso de atropelamento de cidadão por viatura do Estado, que ocasione lesões corporais, deve-se arbitrar o quantum indenizatório com maior parcimônia do que geralmente cogitado para situações mais graves (morte da vítima ou sua redução a estado vegetativo). Precedentes do STJ. 5- Recurso Especial parcialmente provido tão-somente para reduzir o quantum indenizatório por danos morais de R$ 300.000,00 (trezentos mil reais) para R$ 100.000,00 (cem mil reais), mantendo-se os demais dispositivos do aresto objurgado (REsp nº 114.0387/SP, relator Ministro Herman Benjamin, j. 13/04/2010).

No caso dos autos, não havia relação de prejudicialidade entre essas esferas, a cível e a criminal, motivo pelo qual não se cogita, em absoluto, da incidência do artigo 200 do novo Código Civil. Não havia motivo lógico, qual condição de procedibilidade, que condicionasse o ajuizamento da ação

Acesso ao Sumário

indenizatória ao sentenciamento da ação penal movida contra o policial atropelante. Por isso o fluxo do termo prescricional, sem nenhuma condição suspensiva nem interruptiva.

Ante o exposto, por meu voto, acolho a preliminar de prescrição e extingo a ação nos termos no art. 487, inciso II, do Código de Processo Civil de 2015, prejudicado o recurso de apelação da autora.

Ficam as partes e respectivos procuradores cientificados que eventuais recursos interpostos contra esta decisão poderão ser submetidos a julgamento virtual. Eventual oposição deverá ser formalizada no momento de sua interposição ou resposta (Resolução TJSP nº 549/2011). O silêncio será interpretado como anuência ao julgamento virtual.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1026122-49.2015.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que é apelante IGREJA UNIVERSAL DO REINO DE DEUS, é apelado PREFEITURA DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 2ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Negaram provimento ao recurso. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 10.203)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores CLAUDIO AUGUSTO PEDRASSI (Presidente sem voto), LUCIANA BRESCIANI e CARLOS VIOLANTE.

São Paulo, 17 de junho de 2016.

RENATO DELBIANCO, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: Ação anulatória – Auto de infração lavrado por ocupação de imóvel com uso não residencial sem o devido auto de licença de funcionamento – Pretensão da autora em anular a multa aplicada pelo auto de infração, nos termos do disposto no *caput* do art. 23 da Lei Municipal n.º 13.558/03 – Inadmissibilidade – Situação dos autos que enquadra-se na exceção estabelecida no art. 23, § 1.º, inciso III, da Lei Municipal 13.558/03, com redação determinada pela Lei Municipal n.º 13.876/04 – Presunção de

legitimidade e veracidade do auto de infração não ilidida – Improcedência da ação mantida – Precedentes – Recurso desprovido.

VOTO

Trata-se de recurso de apelação interposto nos autos da ação objetivando a anulação da multa aplicada pelo Auto de Infração n.º 11-345.501-1, que foi julgada **improcedente** pela r. sentença de fls. 136/141.

Apelou a autora (fls. 147/152) alegando, em síntese, que a Lei Municipal 11.501/94 permite que a administração pública fiscalize e puna os infratores de emissão de ruídos além do permitido, porém em nenhum momento a apelada formalizou o processo de reclamação acostado aos autos, e mesmo que o tivesse feito, não deu a possibilidade de ampla defesa e contraditório na suposta reclamação de perturbação aos vizinhos, na esfera administrativa, destacando ainda, que o documento apresentado é unilateral e carece de força probatória, não sendo uma excludente de apreciação da renovação do alvará de funcionamento. Sustenta que a Lei Municipal é clara ao determinar que os imóveis cujos processos de regularização ainda estão pendentes de análise pela Prefeitura, não podem sofrer qualquer tipo de sanção, esclarecendo que são passíveis de fiscalização, porém, não se pode aplicar a sanção por ausência de alvará se o mesmo se encontra em processo de renovação. Afirma que existem 2 procedimentos administrativos que ainda não foram analisados, um referente à anistia e outro referente à renovação do alvará, o que faz com que a multa imposta ofenda o princípio da estrita legalidade a qual estão adstritos os agentes públicos.

O recurso recebeu resposta (fls. 156/166).

Não houve oposição ao julgamento virtual (fls. 170).

É relatório.

Cuida-se de ação anulatória de multa aplicada pelo auto de infração n.º 11-345.501-1 (fls. 26 e 70), referente à ocupação de imóvel com uso não residencial sem o devido auto de licença de funcionamento, com fundamento nos arts. 208, 211, 221 e 233 da Lei Municipal n.º 13.885/04, *in verbis*:

Art. 208. Nenhum imóvel poderá ser ocupado ou utilizado para instalação e funcionamento de usos não Residenciais - nR, sem prévia emissão, pela Prefeitura, da licença correspondente, sem o qual será considerado em situação irregular.

(...)

Art. 211. Os usos não residenciais - nR serão considerados em situação irregular, frente à legislação disciplinadora do uso e ocupação do solo, quando ocuparem ou utilizarem imóveis sem a licença de que trata o

Acesso ao Sumário

artigo 208.

(...)

Art. 221. Constatado o não atendimento de quaisquer das disposições desta lei será expedido Auto de Intimação para a regularização da situação bem como, concomitantemente, Auto de Infração e Auto de Multa.

(...)

Art. 233. Os valores das multas por infração ao disposto nesta lei serão calculados conforme a tabela do Quadro nº 09 anexo, ressalvadas aquelas estabelecidas em legislação específica.

Argumenta a autora, em resumo, que a multa que lhe foi imposta merece ser anulada, nos termos do que estabelece o *caput* do art. 23 da Lei 13.558/03, uma vez que ainda tramitam 2 procedimentos administrativos versando sobre a regularização do imóvel.

Razão não assiste à apelante.

O art. 23 da Lei Municipal n.º 13.558/03, com redação determinada pela Lei Municipal n.º 13.876/04, assim estabelece:

"Art. 23. As edificações de que trata esta lei, enquanto seus processos de regularização estiverem em andamento, não serão passíveis de sanção em decorrência de infrações regularizáveis nos termos ora fixados ou por falta do Auto de Licença de Localização e Funcionamento ou de Alvará de Funcionamento.

§ 1º Ficam excluídas do disposto no "caput" deste artigo as seguintes situações constatadas pela fiscalização:

I – as edificações que não atendam às condições mínimas de estabilidade e salubridade;

II – o exercício de atividade que não atenda aos níveis de ruídos permitidos, à poluição ambiental e aos horários de funcionamento, conforme a legislação pertinente;

III – o exercício de atividade, qualquer que seja, que esteja causando transtorno ou incômodo aos vizinhos e à população em geral;

IV – o uso não-conforme na zona de uso.

§ 2º Para as edificações que necessitem do Alvará de Funcionamento de Local de Reunião - AFLR ou do Auto de Verificação de Segurança serão aplicadas as disposições previstas no art. 7º desta lei."

Com efeito, de acordo com os documentos acostados às fls. 68, 116/117 e 129/130, verifica-se que existem reclamações feitas por contribuintes acerca do barulho excessivo gerando incômodo para a vizinhança.

Diante destas informações, conclui-se que o regramento disposto no *caput* do art. 23 da Lei Municipal 13.558/03, não socorre a apelante, porquanto após

Acesso ao Sumário

a alteração do referido artigo, pela Lei Municipal n.º 13.876/04, este passou a estabelecer que a disposição do *caput* não se aplica ao exercício de atividade qualquer que seja, que esteja causando transtorno ou incômodo aos vizinhos e à população em geral (inciso III).

Sem a licença ou alvará de funcionamento nenhuma atividade com estas características pode ser exercida no Município.

Certo que muitas empresas não a possuem, ou enfrentam dificuldades para obtê-la. Mas não se pode permitir o funcionamento de empresas e a prática de atividades sem a licença necessária.

A falta de licença impõe a atuação da Administração que exercendo o seu poder de polícia tem o dever de impedir a continuidade de atividade que não se mostra abarcada pela permissão legal.

Assim, o que se extrai da prova dos autos, é que a licença de funcionamento se mostra inexistente, agindo corretamente a Administração Municipal ao autuar a autora, ora apelante.

Nesse sentido:

> Ação Anulatória. Falta de licença de funcionamento. Autuação. Alegação da impossibilidade de aplicação de multa administrativa enquanto pendente pedido de regularização (anistia) com base na Lei Municipal n. 13.558/03. Inadmissibilidade. Hipótese em que o próprio diploma local invocado não obstava a Administração de exercer seu poder de polícia. Recurso improvido. (Apelação Cível nº 0391588-06.2009.8.26.0000, 11ª Câmara de Direito Público, Rel. Des. Aroldo Viotti, j. em 25.03.2014).
>
> ANULATÓRIA E CAUTELAR - Ato Administrativo - Edificação irregular - Pretensão de anular o processo administrativo instaurado, sob o argumento de terem os autores direito à anistia prevista no art. 23, "caput", da Lei Municipal n" 13.558/03 - Inadmissibilidade - Situação enquadrada nas exceções previstas no § 1º da citada lei - Legalidade da instauração do processo administrativo e da autuação imposta - Sentença de procedência alterada - Recurso provido. (Apelação Cível nº 0017816-94.2004.8.26.0053, 2ª Câmara de Direito Público, Rel. Des. Samuel Júnior, j. em 23.11.2010).

Em vista de tais ponderações, não restou ilidida a presunção de legalidade e veracidade do ato administrativo no que tange à aplicação da multa, sendo, consequentemente, improcedente o pedido, de modo que a r. sentença deve ser mantida por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Consideram-se prequestionada toda matéria infraconstitucional aventada, observado que é desnecessária a citação numérica dos dispositivos legais, bastando que a questão posta tenha sido analisada.

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

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1003219-04.2014.8.26.0587, da Comarca de São Sebastião, em que é apelante DEPARTAMENTO DE ESTRADAS DE RODAGEM – DER, são apelados OSMAR JOÃO SOALHEIRO – ESPOLIO, OSMAR JOÃO SOALHEIRO JUNIOR (HERDEIRO), PAULO ROBERTO SOALHERIO e MARIA APARECIDA FONSECA LEITE SOALHEIRO.

ACORDAM, em 10ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Recurso voluntário e reexame necessário parcialmente providos. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 12.996)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PAULO GALIZIA (Presidente), ANTONIO CARLOS VILLEN e ANTONIO CELSO AGUILAR CORTEZ.

São Paulo, 6 de junho de 2016.

PAULO GALIZIA, Relator

Ementa: OCUPAÇÃO TEMPORÁRIA. DER. INDENIZAÇÃO. Construção da rodovia "Nova Tamoios – Trecho Contornos". Sentença que julgou procedente a ação para deferir a ocupação provisória do imóvel pela autora pelo período de 36 meses, adotando o valor da indenização apurado no laudo definitivo de R$384.070,91 e fixou os juros compensatórios em 12% desde a data da imissão sem especificar a base de cálculo, acrescidos de juros moratórios de 6% ao ano, devidos a partir do trânsito em julgado. Reforma. Necessidade. Valor da indenização apurado pelo perito judicial reduzido. Valor do metro quadrado que não pode ser presumidamente maior por ocasião da apresentação do laudo definitivo por força da simples correção monetária. Pequenos erros de cálculo no laudo definitivo. Ocorrência. Pagamento de juros compensatórios que configura autêntico Bis In Idem. Inadmissão. Perda da antecipada posse já indenizada desde a imissão mediante o pagamento do aluguel. Juros moratórios devidos a partir de 1º de janeiro do

Acesso ao Sumário

exercício seguinte àquele em que o pagamento deveria ser feito, apenas na hipótese de não pagamento do precatório dentro do prazo constitucional. Honorários advocatícios. Base de cálculo correta. Redução do percentual. Necessidade. Sentença modificada quanto ao valor da indenização, juros compensatórios e quanto aos honorários advocatícios.

Recurso voluntário e reexame necessário parcialmente providos.

VOTO

Cuida-se de recurso de apelação interposto contra a r. sentença de fls. 353/355, que julgou procedente a ação, deferindo a ocupação temporária do imóvel descrito na petição inicial e detalhadamente identificado no laudo pericial, mediante o pagamento da quantia apontada no referido laudo definitivo de R$384.070,91. Foi determinada a correção monetária da referida quantia a contar da data do laudo, devendo a diferença entre a quantia depositada e a fixada na r. sentença ser corrigida monetariamente até a data do efetivo e integral pagamento. Os juros compensatórios foram fixados em 1% ao mês, desde a data do efetivo e integral pagamento, e os juros moratórios em 0,5% desde a data do trânsito em julgado.

Irresignado, apela o DER. Narra que ofertou inicialmente a quantia de R$142.428,24 a título de indenização pela ocupação temporária por 36 de meses do imóvel dos apelados. No entanto, o laudo preliminar do perito nomeado pelo juízo atribuiu à área o valor de R$312.441,84, o qual foi impugnado pelo autor por meio de laudo elaborado por engenheiro credenciado junto ao DER. Aduz que a sentença contém erro material devendo prevalecer a avaliação elaborada pelo órgão técnico do DER ou o laudo do seu assistente técnico. Afirma que o perito do juízo aponta o absurdo valor de R$2.560.472 para a área avaliada sem qualquer demonstrativo ou referência (fls.220) e que também não consta do laudo adotado, o valor do metro quadrado, mencionando-se apenas que tal valor foi obtido de relatório técnico da comissão de peritos da Comarca de São Sebastião. Por fim, sublinha que se trata da locação de terreno sem nenhuma edificação. Por tais motivos, decidiu solicitar a elaboração, por engenheiro credenciado, de laudo pericial próprio mais minucioso do que aquele que instruiu a inicial, o qual, apontou inconsistências no laudo avaliatório apresentado pelo perito do juízo. Em segundo lugar, aduz que o valor constante no laudo definitivo se encontra acima daqueles atribuídos a áreas das demais cidades da região. Assevera que em virtude do artigo 15-A do Decreto-Lei nº. 3.365/41, com redação dada pela MP nº. 2.183/56/2001, é vedada a incidência cumulada de juros compensatórios

Acesso ao Sumário

e moratórios, eis que se encontra revogada a Súmula nº. 102 STJ. Sustenta que ao fazer incidir os juros moratórios sobre os juros compensatórios, praticou-se o anatocismo, o que é vedado pelo ordenamento jurídico, jurisprudência e doutrina pátrias. Pleiteia a aplicação dos indicies da Lei Federal nº. 11.960/2009 ao caso em tela, de modo a aplicar-se a Taxa Referencial – TR para fins de atualização monetária e o percentual de juros de 0,5% ao mês para fins de remuneração do capital e compensação da mora. Argumenta que o termo inicial dos juros moratórios inicia-se a partir do dia 1º de janeiro do exercício seguinte àquele em que o pagamento deveria ser feito, conforme o artigo 15-B do Decreto-Lei nº. 3.365/41. Requer que seja dado provimento ao recurso, para reformar a r. sentença e reduzir o valor da indenização para o importe de R$142.428,24, além de modificar os demais tópicos abordados no presente recurso. (fls.331/347)

Recurso tempestivo e processado (fls.348).

Contrarrazões (fls.351/355)

Sentença sujeita a reexame necessário, nos termos do art. 28, § 1º, do Decreto-Lei nº 3.365/41.

É O RELATÓRIO.

Trata-se de ação de ocupação temporária com pedido de liminar ajuizada pelo Departamento de Estradas de Rodagem – DER contra o espólio de Osmar João Soalheiro e outros, com fundamento no Decreto-estadual nº. 60.387/14 que declarou como de utilidade pública para fins de desapropriação, ocupação temporária ou instituição de servidão, diversos imóveis e respectivas benfeitorias necessárias à implantação do trecho rodoviário denominado "Nova Tamoios – Contornos", localizados no município de São Sebastião.

Para a construção do referido empreendimento rodoviário identificou-se a necessidade da ocupação temporária pela autora do terreno pertencente aos ora apelados, qual seja o imóvel localizado na Rua Santo Antônio, sem número, com área total de 4.939,66m², objeto da matrícula nº. 27.086 do Registro de Imóveis da Comarca de São Sebastião – SP, pelo período de 36 meses a contar da imissão na posse, sem alterações prejudiciais à propriedade do particular e mediante o pagamento de indenização, nos termos do artigo 36 do Decreto-Lei nº. 3.365/41.

A autora inicialmente ofertou e depositou a quantia R$142.428,24 (fls.89/90) apurada em avaliação administrativa elaborada pelo corpo técnico da DERSA S.A. (fls.09/47)

O perito nomeado pelo juízo apresentou laudo prévio do imóvel (fls.106/127), no qual foi apurado que a ocupação temporária abrange parcela de 4.939,66m² de uma área total escriturada maior de 91.923,50 m², remanescendo 86.983,84 m², constituída de terreno sem benfeitorias ou melhoramentos públicos tais como: ligação de água, energia elétrica, calçamento, rede de transportes,

Acesso ao Sumário

rede telefônica e iluminação pública. Informa que o valor básico unitário do terreno foi obtido do "relatório final da comissão de peritos" nomeada pela Portaria Conjunta dos juízes das varas cíveis da Comarca de São Sebastião, considerando a Norma Técnica ABNT 14.653. Alega que a apuração do valor locatício de eventual edificação com fins comerciais como, por exemplo, um estacionamento de veículos, para o terreno avaliado levou em consideração a aplicação do método da rentabilidade, apurando-se mediante pesquisa com corretores imobiliários conhecedores da realidade do mercado local a taxa média de renda da região. O Valor Final da locação foi obtido multiplicando-se o valor de mercado do terreno pela taxa de renda aplicável ao terreno de 5% e dividido por 12 meses, chegando-se ao valor de R$8.678,94 por mês de aluguel que multiplicado pelo período de 36 meses de ocupação resulta num Valor Total de Locação de R$312.441,84 a ser pago a título de indenização pela perda provisória da posse, valor válido para janeiro de 2015 (fls.106/127).

As partes foram instadas a se manifestar (fls. 129). Os réus, de plano, concordaram com o valor calculado pelo perito judicial e requereram a homologação do laudo (fls. 133/134). Por sua vez, o DER apresentou parecer próprio elaborado por assistente técnico (fls. 142/161), divergindo do laudo provisório e apontando como verdadeiramente justa a oferta inicial no valor de R$142.428,24.

Após a apresentação de esclarecimentos pelo perito judicial (fls.173/176), a autora requereu a imissão provisória na posse da área em questão (fls.182/183) e depositou o valor complementar de R$ 170.013,60, aos 13/04/2015 (fls. 184), sendo imitida provisoriamente na posse em 05.05.2015(fls. 193/194).

O perito judicial apresentou laudo definitivo avaliando o valor total da indenização pela ocupação em R$ 384.070,91, em junho de 2015 (fls. 201/224).

O DER novamente divergiu da conclusão do perito judicial, avaliando que o laudo do "expert" nomeado pelo juízo possui diversas inconsistências técnicas, pois adotou critérios, parâmetros e valores incompatíveis com as características de zona, uso para o imóvel avaliado, bem como por ter o perito calculado o valor do terreno em R$2.560,472,76, sem qualquer demonstração, assim como pelo fato de ter calculado o valor de aluguel de R$8.678,94 mas ter utilizado para o cálculo final o valor de R$10.668,63.

Ao final, apontou como justa indenização no valor atualizado de R$ 153.922,20, para junho de 2015 (fls. 280/298).

No entanto, o valor total da indenização calculado em R$384.070,91, comporta modificação.

Não se desconhece que laudo pericial definitivo menciona os parâmetros técnicos utilizados, assim como expõe a metodologia empregada no cálculo dos rendimentos potenciais da área com eventual locação. Porém, como bem

Acesso ao Sumário

asseverou a apelante, o laudo padece de algumas inconsistências e a principal delas corresponde à forma como o perito do juízo calculou o valor de mercado do terreno ocupado em R$2.560.472,26 para fins de estimativa do valor potencial de aluguel da área.

De fato, não estão claramente indicados os cálculos matemáticos por meio dos quais o técnico chegou ao mencionado valor de mercado do terreno. Conquanto o perito tenha estabelecido o valor do metro quadrado da área em R$474,08m² (valor unitário básico) com base em relatório da comissão de peritos nomeados pelos magistrados das varas cíveis da Comarca de São Sebastião, tem-se que a multiplicação de tal valor (R$474,08por m²) pela área do terreno ocupado (R$4.939,66m²) corresponde ao montante de R$ 2.341.794,012 e não de R$2.560.472,26.

Ocorre que, conforme se lê à fls.213, o perito do juízo, presumidamente, chegou ao valor final de R$2.560.472,26 mediante a prévia atualização monetária do valor unitário básico de R$474,08m² referente ao mês de outubro de 2013 para R$516,35m² válidos para o mês de junho de 2015, data da elaboração do laudo final.

De fato, há uma inconsistência em relação ao valor de venda imóvel que, por sua vez, impacta diretamente o cálculo do valor do aluguel (fls.217).

O montante calculado de R$2.560.472,26 não merece ser aceito como justo eis que, ao que tudo indica, foi obtido mediante a inapropriada atualização monetária do valor unitário básico. É que a correção monetária correspondente ao período que entre o laudo provisório e o definitivo, deveria incidir sobre o valor total da indenização e não, como visto, sobre o valor do metro quadrado da área.

Sabidamente, a variação no valor no metro quadrado de imóveis não obedece rigorosamente à variação de índices de correção monetária, mas sim, a fatores e conjunturas próprias do mercado imobiliário de cada região. O valor do metro quadrado de determinado imóvel pode, em razão de circunstâncias de mercado, sofrer expressiva desvalorização em determinado espaço de tempo.

Acesso ao Sumário

Assim, a majoração no valor unitário básico verificada entre o laudo provisório e o definitivo somente se justificaria mediante a comprovação cabal da ocorrência de expressiva valorização imobiliária no período, o que, no caso, não correu.

O valor do metro quadrado constante do laudo definitivo (R$474,08m²) foi aquele previsto para o Bairro São Francisco, onde se localiza o imóvel ocupado, constante do relatório da denominada "Comissão de Peritos constituída pela Portaria conjunta dos Juízos das Varas Cíveis da Comarca de São Sebastião" estabelecido por aquele Juízo para uniformizar os critérios de valoração das áreas expropriadas especificamente para a construção do trecho "Contorno Sul"

da Rodovia dos Tamoios.

Tal parâmetro foi considerado válido e proporcional para o cálculo das indenizações para obras da Rodovia dos Tamoios "Trecho Contornos", conforme esta Câmara decidiu por ocasião do julgamento, em 15.06.2015, da Apelação Cível nº. 1000113-34.2014.8.26.0587 relatado pelo Desembargador Torres de Carvalho.

Assim, temos que o valor do terreno corresponde à multiplicação do valor do metro quadrado pela área do terreno ocupado: R$474,08m² x R$4.939,66m² = R$ 2.341.794,012.

O valor da locação mensal potencial do terreno deve ser calculado conforme a equação descrita à fls. 322, porém, incluindo-se o novo valor de R$ 2.341.794,012, obtendo o valor de R$ 9.757,47 a título de aluguel mensal potencial da área.

Por fim, o valor da indenização deverá ser calculado pela multiplicação do valor do aluguel mensal pelo período de 36 meses da ocupação, totalizando a indenização final de R$351.269,10(fls.323), cabendo a incidência sobre tal valor como um todo da correção monetária relativa ao lapso temporal transcorrido entre os laudos provisório e definitivo.

Observo, ainda, que o laudo definitivo contém outro erro aritmético, pois, apesar de ter sido apurado em equação matemática um valor de locação mensal do terreno no patamar de R$8.678,94 mensais, o perito utilizou-se do valor de aluguel de R$10.663,63 mensais no cálculo final da indenização. Nesse caso, o erro material foi admitido e corrigido pelo próprio *expert* em esclarecimento posterior (fls. 322), visto que o valor matematicamente correto para a referida conta é de R$10.668,63.

Conforme entendimento sumulado do Superior Tribunal de Justiça, "... a incidência dos juros moratórios sobre os compensatórios, nas ações expropriatórias, não constitui anatocismo vedado em lei" (Súmula 102).

Porém, equivocou-se o magistrado ao fixar o pagamento de juros compensatórios.

O caso em exame, não aborda a desapropriação por utilidade pública, mas ocupação temporária, procedimento este que não implica na perda da propriedade, apenas da posse direta do terreno pelo período em que as obras da rodovia estiverem sendo executadas.

Os juros compensatórios objetivam precisamente indenizar a perda antecipada da posse (imissão) ocorrida antes da incorporação definitiva do imóvel expropriado ao patrimônio do Poder Público.

No entanto, o valor total da indenização a ser recebida pelos herdeiros contempla justamente o período em que ficarão privados da posse, mediante o pagamento de aluguéis calculados desde a data da imissão.

Acesso ao Sumário

Na hipótese, o pagamento de juros compensatórios resultaria em autêntico *bis in idem*, o que não se pode admitir.

Porém, os juros moratórios são devidos e incidem na alíquota de 6% ao ano, somente se o precatório expedido não for pago no prazo constitucional, sendo devidos a partir de 1º de janeiro do exercício seguinte àquele em que o pagamento deveria ser feito, nos termos do art. 100 da Constituição. Nesse sentido:

> "ADMINISTRATIVO. DESAPROPRIAÇÃO. JUROS MORATÓRIOS E COMPENSATÓRIOS. INCIDÊNCIA. PERÍODO. TAXA. REGIME ATUAL. DECRETO-LEI 3.365/41, ART. 15-B. ART. 100, § 12 DA CF (REDAÇÃO DA EC 62/09). SÚMULA VINCULANTE 17/STF. SÚMULA 408/STJ. 1. Conforme prescreve o art. 15-B do Decreto-lei 3.365/41, introduzido pela Medida Provisória 1.997-34, de 13.01.2000, o termo inicial dos juros moratórios em desapropriações é o dia '1º de janeiro do exercício seguinte àquele em que o pagamento deveria ser feito, nos termos do art. 100 da Constituição'. É o que está assentado na jurisprudência da 1ª Seção do STJ, em orientação compatível com a firmada pelo STF, inclusive por súmula vinculante (Enunciado 17).
>
> 2. Ao julgar o REsp 1.111.829/SP, DJe de 25/05/2009, sob o regime do art. 543-C do CPC, a 1ª Seção do STJ considerou que os juros compensatórios, em desapropriação, são devidos no percentual de 12% ao ano, nos termos da Súmula 618/STF, exceto no período compreendido entre 11.06.1997 (início da vigência da Medida Provisória 1.577, que reduziu essa taxa para 6% ao ano), até 13.09.2001 (data em que foi publicada decisão liminar do STF na ADIn 2.332/DF, suspendendo a eficácia da expressão 'de até seis por cento ao ano', do caput do art. 15-A do Decreto-lei 3.365/41, introduzido pela mesma MP). Considerada a especial eficácia vinculativa desse julgado (CPC, art. 543-C, § 7º), impõe-se sua aplicação, nos mesmos termos, aos casos análogos. A matéria está, ademais, sumulada pelo STJ (Súmula 408). 3. Segundo jurisprudência assentada por ambas as Turmas da 1ª Seção, 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. Sendo assim, não ocorre, no atual quadro normativo, hipótese de cumulação de juros moratórios e juros compensatórios, eis que se tratam de encargos que incidem em períodos diferentes: os juros compensatórios têm incidência até a data da expedição de precatório, enquanto que os moratórios somente incidirão se o precatório expedido não for pago no prazo constitucional. 4. Recurso especial parcialmente provido. Recurso sujeito ao regime do art. 543-C do CPC.". (REsp nº 1.118.103-SP, julgado em 24.02.2010, publicado no DJ em 08.03.2010,

Acesso ao Sumário

Rel. Min. Teori Albino Zavascki)

Em relação aos honorários advocatícios verifica-se que não se encontram sequer fixados na r. sentença, de modo que, passo a fixá-los em 1% sobre a diferença entre a oferta apresentada na petição inicial e o valor da indenização arbitrado no presente julgado.

A correção monetária deve ser calculada com base na Tabela Prática para Cálculo de Débitos Judiciais deste Tribunal, a partir da data do laudo e até a data do efetivo pagamento.

Em tais condições, reforma-se a r. sentença para reduzir a indenização para o montante de R$351.269,10, bem como para alterar os juros moratórios e compensatórios na forma descrita anteriormente.

Nestes termos, pelo meu voto, dou parcial provimento ao recurso da DER e ao reexame necessário.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 3003669-95.2013.8.26.0279, da Comarca de Itararé, em que são apelantes PREFEITURA MUNICIPAL DE ITARARÉ e SANTA CASA DE MISERICÓRDIA DE ITARARÉ, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 7ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Rejeitada a preliminar, negaram provimento, nos termos que constarão do acórdão. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 29.768)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores COIMBRA SCHMIDT (Presidente) e MAGALHÃES COELHO.

São Paulo, 20 de junho de 2016.

MOACIR PERES, Relator

Ementa: AÇÃO CIVIL PÚBLICA – LICITAÇÃO – INTERVENÇÃO MUNICIPAL – Ato interventivo que previu o controle municipal da Santa Casa de Misericórdia de Itararé – Dever de licitar previsto no art. 1º, parágrafo único, da Lei 8.666/93 – Ato administrativo que não se confunde com os convênios e parcerias que possuem regramento específico – Multa diária mantida – Preliminar afastada. Recursos improvidos.

Acesso ao Sumário

VOTO

O Município de Itararé, inconformado com a r. sentença que julgou procedente a ação (fls. 394/399), apresentou recurso de apelação.

Alega que os serviços públicos de saúde necessitam de ações imediatas, motivo pelo qual ser inviável o procedimento licitatório. Aduz que a necessidade imediata de licitação torna o cumprimento da decisão impossível, em face dos prazos mínimos que devem ser observados. Afirma que o imediato cumprimento da decisão acarretará a suspensão ou interrupção dos serviços de saúde à população. Diz que a multa diária traz prejuízos aos cofres públicos. Discorre sobre o procedimento de licitação e as despesas públicas referentes à execução. Sustenta que não há recursos orçamentários. Argui que a decisão compromete as finanças públicas. Argumenta que a Santa Casa de Misericórdia de Itararé é pessoa jurídica de natureza privada, sem fins lucrativos, sob forma de associação. Argumenta ser inaplicável a lei de licitações aos contratos celebrados pela Santa Casa de Misericórdia custeados por receitas privadas ou particulares. Alega ter ocorrido cerceamento de defesa, em face do requerimento de produção de provas. Assere ofensa às regras de Direito Financeiro estabelecidas na Lei nº 4.320/064 e às previstas na Lei de Responsabilidade Fiscal. Cita doutrina e jurisprudência favoráveis à sua tese. Daí pretender a reforma da r. sentença (fls. 411/438).

A Santa Casa de Misericórdia de Itararé também apelou. Alega que o dever de licitar não se aplica à pessoa jurídica de direito privado. Aduz que a situação de intervenção é momentânea. Conclui tratar-se de regime híbrido. Esclarece que parte das contratações e pagamentos de fornecedores é financiada por recursos privados. Discorre sobre a organização jurídica da Santa Casa de Misericórdia e sobre a intervenção Municipal. Conclui que, embora legítima a intervenção, não houve perda da personalidade jurídica. Invoca o artigo 11 do Decreto nº 6.170/07. Salienta que, diante da especificidade da situação, a própria apelante deve estabelecer os critérios para a gestão dos recursos públicos. No mais, repete as demais teses alegadas pela municipalidade quanto aos prazos mínimos exigidos para a realização do procedimento de licitação e a ocorrência de cerceamento de defesa. Cita doutrina e jurisprudência. Daí, requerer a modificação do julgado (fls. 502/529).

Com as contrarrazões (fls. 537/546), subiram os autos.

A douta Procuradoria Geral da Justiça opinou pelo improvimento dos recursos (fls. 551/555).

É o relatório.

O Ministério Público do Estado de São Paulo ajuizou a ação civil pública em face da Santa Casa de Misericórdia e da Prefeitura de Itararé com a finalidade

de obter a condenação dos requeridos "na obrigação de fazer consistente em promover regular procedimento licitatório visando a contratação de quaisquer materiais, equipamentos ou serviços necessários à manutenção do nosocômio", enquanto perdurar a intervenção municipal (fls. 11).

A controvérsia dos autos diz respeito ao dever de licitar por parte de entidades de natureza privada, sob intervenção do poder público, bem como na impossibilidade imediata de cumprimento das disposições da lei de licitação.

Afasta-se a preliminar de cerceamento de defesa. A produção de provas testemunhal e pericial, requerida pelo apelante, tornou-se prescindível em face do conjunto probatório dos autos.

O mero argumento de cerceamento de defesa por obstáculo à dilação probatória, genericamente alegado, sem demonstração concreta do prejuízo, não é pertinente e suficiente para anular a sentença.

Como é cediço, compete ao MM. Juiz de Direito da causa velar pela rápida solução do litígio, decidindo sobre a necessidade da produção de prova (arts. 139, II e 370 do Código de Processo Civil de 2015). Versando a ação sobre matéria de direito, conforme se demonstrará a seguir, está autorizado o julgamento antecipado da lide.

Segundo o Decreto nº 34/09 (fls. 136/140), a intervenção na Santa Casa de Misericórdia deu-se em face de renúncia coletiva, em caráter irrevogável e irretratável, de toda a Diretoria e de todo o Conselho Fiscal da Santa Casa de Misericórdia de Itararé, em 31.03.2009. A entidade é a única prestadora de assistência médico-hospitalar da região, responsável pelo atendimento dos usuários do SUS. Dispõe o referido decreto: "diante da renúncia coletiva, ficou [a Santa Casa] acéfala de comando e representação quanto as obrigações e competências definidas em estatuto, onde, certamente, gerará inúmeros transtornos de ordem operacional e resultará na insegurança dos pacientes e dos profissionais que ali trabalham". O poder público municipal ficou incumbido de administrar, organizar e gerenciar o hospital que continua sob intervenção em decorrência de prorrogações do ato interventivo.

Nesse contexto, conveniente esclarecer que o ato interventivo previu o controle do Município sobre a entidade privada, vez que esta colocou em risco iminente a prestação dos serviços de saúde.

Releva notar, neste passo, que a subvenção da entidade privada pelo Poder Público não constitui ato arbitrário, mas mecanismo de recuperação da prestação de serviço público relevante que não estava sendo prestado adequadamente.

Não se trata de celebração de acordos para melhor eficácia do sistema, como ocorre nos casos de convênios ou parcerias com organizações da sociedade civil de interesse público (OSCIPS), cujos regramentos são específicos.

A natureza jurídica entre acordos/convênios e a intervenção é distinta.

Acesso ao Sumário

Enquanto no primeiro caso há uma parceria entre as partes e necessidade de comprovação de aptidão pela entidade privada, sem fins lucrativos, de promover o serviço de saúde, no último caso há uma extensão na área de atuação e de reponsabilidade do Município, em face da incapacidade da entidade privada prestar o serviço relevante, submetendo-a às regras e princípios inerentes ao regime jurídico de direito público.

Como bem anotado por Marçal Justen Filho, "a aplicação do regime de licitação e contratação administrativas não foi vinculada à 'estrutura jurídica' formal da entidade, mas à existência de controle estatal (...). Assim, e para evitar controvérsias acerca da 'natureza jurídica', a Lei reportou-se ao 'controle' direto ou indireto exercitado pela pessoa política. O vocábulo 'controle' deve ser interpretado em acepção mais ampla daquela consagrada no art. 116 da Lei nº 6.404/1976. No caso, o controle independe da titularidade de direitos de sócio ou da maioria do capital. Para incidir o regime previsto na Lei, basta a situação de poder dirigir as atividades da entidade, ainda que de modo indireto, e de orientar seu funcionamento" (Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 15ª ed. Dialética, 2012, p. 36).

Com efeito, ainda que a Santa Casa de Misericórdia de Itararé seja pessoa jurídica de direito privado, sem fins lucrativos, na forma de associação, os bens e serviços são objeto de requisição pelo Poder Público Municipal, com base no art. 5º, XXV, da Constituição Federal e no artigo 15, XIII, da Lei Federal nº 8.080/90, e por encontrar-se sob controle municipal, deve observância aos preceitos e regras da Lei Federal 8.666/93, enquanto perdurar a intervenção.

O dever de licitar, no caso de decreto de intervenção, decorre de literal disposição do art. 1º , parágrafo único, da Lei 8.666/93, segundo o qual "subordinam-se ao regime desta Lei, além dos órgãos da administração direta, os fundos especiais, as autarquias, as fundações públicas, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e demais entidades controladas, direta ou indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios", em cumprimento ao artigo 37, XXI da Constituição Federal.

Acesso ao Sumário

Deve ser observado que, por ser o único hospital da região, existe a necessidade permanente de o Município utilizar o espaço físico e equipamentos necessários para atender de forma adequada a demanda da população e, enquanto perdurar o controle municipal sobre a entidade, não exigir o cumprimento dos deveres constitucionais equivaleria à prestação permanente de serviço público nos moldes realizados por particulares.

Ademais, não se mostra razoável o entendimento de que as entidades privadas, sob intervenção municipal, possam esquivar-se da regra de licitação, quando, até mesmo, nos caso de convênios com o Poder Público, as entidades privadas submetem-se as regras constitucionais e, no mínimo, realizam cotação

prévia antes de celebrar contratos.

Também não assiste razão à Municipalidade quanto à alegada ofensa às regras de Direito Financeiro estabelecidas na Lei nº 4.320/064 e às previstas na Lei de Responsabilidade Fiscal. Ora, as despesas com as ações de saúde no âmbito da Santa Casa de Misericórdia de Itararé serão realizadas, haja ou não prévia licitação, e correm à conta das previsões orçamentárias relativas à saúde, que são, inclusive, despesas constitucionalmente vinculadas. Não pode o administrador público deixar de realizar despesas com a saúde sob alegação de que não há previsão específica para casa situação concreta. Se assim fosse, as ações de saúde seriam inexequíveis. Pelo mesmo motivo não se pode afirmar que o gestor que realizar despesa pública nessas circunstâncias incorrerá inevitavelmente em ato de improbidade administrativa.

Sendo assim, não há se falar em incompatibilidade entre a imposição da obrigação de licitar e a necessidade de previsão orçamentária ou de obediência às etapas das despesas públicas, pois, haja ou não prévia licitação, a despesa será realizada da mesma forma. A licitação é momento antecedente à despesa, e em nada influi quanto ao seu aperfeiçoamento.

Sobre a questão referente à intervenção Municipal, já assentou este Egrégio Tribunal de Justiça:

"AÇÃO CIVIL PÚBLICA – Irmandade Santa Casa de Misericórdia de Birigui – Entidade de utilidade pública – Pessoa jurídica de direito privado prestadora de serviço público – Entidade sob intervenção e administração do Poder Público municipal – Hospital vinculado ao Sistema Único de Saúde-Gestão de verbas públicas – Inteligência do Artigo 37 da Constituição Federal – Necessária observância da Lei de Licitações e Contratos – Sentença de procedência – Condenação em honorários – Provimento parcial do recurso." (Ap. Cível nº 990.10.044009-8, 3ª Câmara de Direito Público, Rel. Des. Magalhães Coelho, j. 25.05.2010).

De outra parte, não há se falar em obrigação impossível de ser cumprida, sem a suspensão ou interrupção dos serviços de saúde à população. A própria lei de licitação prevê casos em que será inexigível e dispensável a imposição do dever de licitar, a fim de preservar o interesse público.

Ademais, o conjunto probatório dos autos demonstra uma forte resistência dos réus em cumprir a obrigação, haja vista as diversas tentativas do autor em firmar termo de ajustamento de conduta, sem qualquer interesse.

Por fim, a multa cominatória, prevista no Código de Processo Civil, tem natureza coercitiva e não compensatória (arts. 644 e 645). O objetivo da medida é induzir ao cumprimento da obrigação. Daí, a necessidade de a multa ser fixada em valor que desestimule o inadimplemento, mas não deve jamais se constituir em instrumento de enriquecimento sem causa.

Acesso ao Sumário

A lei não exclui as pessoas jurídicas de direito público dessa imposição, sendo permitida ao juízo a fixação de multa cominatória ao devedor, ainda que seja contra a Fazenda Pública.

Sobre a questão, já assentou o Egrégio Superior Tribunal de Justiça: "É entendimento pacífico das Turmas integrantes da Terceira Seção desta Corte Superior ser possível ao Juízo da execução, ex officio ou a requerimento da parte, fixar multa cominatória (astreintes) contra a Fazenda Pública, em caso de inadimplemento de obrigação de fazer, resultante de benefícios previdenciários. Agravo regimental desprovido" (Ag. Reg. Nº 440686/RS, Quinta Turma, rel. Min. Felix Fischer, j. a 16.12.2002).

No mesmo sentido, decidiu este Colendo Tribunal de Justiça: "A multa cominatória (astreinte), prevista como sanção na lei de regência tem por objetivo obrigar o vencido a cumprir a obrigação, afastando a sua recalcitrância – Evidentemente, a lei não excluiu a Fazenda Pública dessa obrigação, pois segundo a sua dicção qualquer pessoa submete-se a essa imposição – Não se pode olvidar que os privilégios que se concedem a determinados entes, quando figurem no polo ativo ou passivo da ação judicial, devem ter previsão legal expressa, pois tratamento processual desigual, ademais de ofender o princípio da isonomia, não se presume" (Agr. Instr. Nº 243.592-5/1, Terceira Câmara de Direito Público, Rel. Des. Rui Stoco, j. a 28.08.01).

Ante o exposto, afasta-se a preliminar e nega-se provimento aos recursos, mantida a r. sentença.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1007907-93.2013.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que é apelante PREFEITURA DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO, é apelada MARIA DA PENHA MARINOVIC DORO.

ACORDAM, em 3ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 30.781)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ANTONIO CARLOS MALHEIROS (Presidente) e CAMARGO PEREIRA.

São Paulo, 21 de junho de 2016.

MARREY UINT, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: Apelação Cível – Servidora pública readaptada – Concurso público – Cargo de Supervisor Escolar – Autora considerada inapta no exame médico admissional – Ofensa à dignidade da pessoa humana – Ato administrativo que se mostra desproporcional e desarrazoado – Laudo pericial do IMESC concluiu que ela possui condições para o exercício da função – Sentença mantida.

Recurso da Municipalidade não provido.

VOTO

Trata-se de ação de obrigação de fazer ajuizada por Maria da Penha Marinovic Doro, servidora pública municipal readaptada, em face da Municipalidade de São Paulo, objetivando a decretação da invalidade do exame pré-admissional que a considerou inapta a tomar posse no cargo de Supervisor Escolar da carreira do magistério municipal.

Sustenta a Autora que prestou concurso público para o cargo em questão, foi aprovada em todas as fases do certame, porém foi desclassificada no exame médico, considerada inapta em razão de ser portadora de epilepsia.

Alega ocorrência de lesão ao seu direito de ser empossada, e que foi vítima de preconceito, eis que sua doença seria compatível com as funções do cargo de supervisor escolar.

Requer a procedência do pedido, para declará-la apta ao exercício do cargo em questão, bem como as diferenças de vencimentos devidos desde o tempo em que deveria ter tomado posse.

A r. sentença de fls. 231/233, proferida pelo mm. Juiz Anderson Susuki, julgou procedente o pedido, nos termos do art. 269, inciso I, do Código de Processo Civil, concedendo a antecipação de tutela, para condenar a Municipalidade a dar posse à Autora no cargo de Supervisor Escolar, retroagindo sua nomeação desde quando deveria ter sido considerada aprovada.

Em razão da sucumbência, condenou a Ré a arcar com o pagamento das custas e despesas processuais, bem como dos honorários advocatícios, arbitrados em 10% sobre o valor da condenação.

Recorre o Município de São Paulo pugnando pela reforma do julgado. Para tanto, alega a impossibilidade do Poder Judiciário revisar o mérito dos atos administrativos e a legalidade da reprovação em exame médico. Aduz que a Servidora não possui condições de saúde para tomar posse no cargo de Supervisor Escolar, pois, como portadora de epilepsia.

O recurso foi recebido no efeito devolutivo (fls. 259).

Acesso ao Sumário

Contrarrazões às fls. 273/279.

Após a distribuição do processo para esta Relatoria, o ilustre Magistrado "a quo" solicitou a devolução dos autos, em razão da ausência de apreciação das petições de fls. 293/295 e 297/303.

O Juízo de 1º Grau deixou de analisar as petições, entendendo que, por meio de simples petição, a Municipalidade pretende a reforma da sentença, não sendo o meio cabível (fls. 337).

Os autos foram remetidos ao E. Tribunal de Justiça (fls. 339).

É o relatório.

Incensurável a sentença monocrática.

Apontou a Autora ter se inscrito como candidata no concurso público para o cargo de Supervisor Escolar, tendo sido aprovada e classificada conforme publicação feita em diário oficial.

Alegou que, ao final de todo o procedimento, foi nomeada e, ao realizar o exame médico admissional foi considerada inapta para o ingresso no serviço público, pelo Departamento de Saúde do Servidor – DESS, inviabilizando a posse e o exercício no cargo.

Evidentemente, não se pode ter o ato administrativo expedido pela Municipalidade como discricionário, uma vez que não se cuida na hipótese de se proceder a escolhas igualmente legítimas.

Cuida-se, em verdade, de ato vinculado, uma vez que só pode ser considerado inapto aquele que apresentar patologia incapacitante.

Não se encontra, portanto, na esfera de subjetividade discricionária da administração pública considerar ou não o participante em concurso público como apto ou inapto para o exercício do cargo público.

Somente aquele que apresentar patologia incapacitante é que será considerado inapto. O edital estabelece como requisito de admissão a submissão a exame médico. No entanto, a perícia constatou possuir a Autora condição física compatível com o cargo; a reprovação em exame médico viola os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

De fato, a perícia médica realizada pelo IMESC comprova a plena capacidade de trabalho da Autora.

Como bem anotado pelo nobre Magistrado de 1º Grau (fls. 232): *Nesse vértice, observa-se que foi realizado laudo pericial pelo IMESC, como acostado às fls. 199/207, no qual restou comprovado que a autora "... não apresenta incapacidade para o desempenho de atividades administrativas de Supervisor Escolar."*

Os atos administrativos gozam de presunção de legalidade e legitimidade, mas se trata de presunção *juris tantum*; e, no caso, foi devidamente ilidida pela

Autora, através da perícia realizada.

A despeito de a Apelante sustentar que mesmo sendo concedida a readaptação, a Autora demonstrou não gozar de condições de saúde para o exercício funcional, o fato é que, ao responder negativamente a alguns dos quesitos da Municipalidade formulados às fls. 173/174, especialmente os de item 8 e 9, concluiu-se que a moléstia da qual é portadora, não impedia a Autora de exercer regularmente a função e o de item 6 indicou que o adequado tratamento medicamentoso torna compatível o exercício pleno da atividade.

O laudo pericial foi conclusivo ao responder positivamente ao item nº 3 formulado pela Apelante, que questionou: "Tem a autora capacidade laborativa para exercer, de modo ininterrupto, a função pretendida?".

Logo, não poderia ter sido, como foi, considerada inapta.

Andou bem, portanto, a sentença monocrática ao proceder ao controle do ato administrativo e determinar a nomeação e posse da Autora.

Também não merece guarida a tese da Municipalidade de que a Autora não preenche os requisitos estabelecidos pela Lei nº 14.660/2007 para obter a posse no cargo de Supervisor Escolar da Carreira do Magistério Municipal.

Com efeito, consta no Edital do concurso público nº 2003.0.159.286-8 de fls.138/140 que são requisitos para investidura no cargo de Supervisor Escolar - Anexo I Tabela de Cargos: "Experiência mínima de 06 (seis) anos no Magistério, dos quais 03 (três anos) no exercício de cargo ou função, previstos nos itens II a VIII, do artigo 5º, da Lei nº 11.229/92".

Assim, não há que se falar na aplicação da Lei nº 14.660/07.

Diante do exposto, nega-se provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1024340-07.2015.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que é apelante CONDOMÍNIO EDIFÍCIO SANTA JÚLIA, é apelado PREFEITURA DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO – SUB PREFEITURA SÉ.

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 22.398)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores CRISTINA COTROFE (Presidente), ANTONIO CELSO FARIA e RONALDO ANDRADE.

São Paulo, 4 de julho de 2016.

CRISTINA COTROFE, Relatora

Ementa: APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO ANULATÓRIA – Pedido de renovação do Auto de Verificação de Segurança – Não cumprimento das exigências municipais – Aplicação de Multa – Legalidade de sua imposição – Inteligência da Lei Municipal nº 9.433/82. Recurso desprovido.

VOTO

Trata-se de apelação interposta pelo Condomínio Edifício Santa Júlia contra a respeitável sentença de fls. 364/366 que, nos autos da ação ordinária ajuizada em face da Prefeitura Municipal de São Paulo, julgou o improcedente o pedido.

Sustenta o apelante, em síntese, que foi indevidamente autuado pela Municipalidade, nos termos do Auto de Multa nº 344.917-8, lavrada em 20 de março de 2015, no valor de R$77.760,00 (setenta e sete mil e setecentos e sessenta reais), pelo não atendimento das "Intimações para Execução de Obras e Serviços" (I.E.O.S.) nº 262/2010 e nº 046/2013. Afirma que, por intermédio do Processo Administrativo nº 2009-0.317.710-9, pleiteou a renovação do Auto de Verificação de Segurança (AVS), que não foi deferido após vistoria realizada pelo Corpo dos Bombeiros. Aduz que as irregularidades constatadas encontram-se nas unidades autônomas e não integrantes da edificação (estabelecimentos comerciais localizados no térreo) e não fazem parte do "Condomínio Edifício Santa Júlia", razão pela qual seus proprietários devem ser notificados para integrar o processo administrativo. Ressalta, também, que o item 19 da I.O.E.S. nº 262/10 (atestado de funcionamento dos equipamentos de combate a incêndio emitido por engenheiro de segurança do trabalho) foi devidamente cumprido, com ART emitida pelo Engenheiro Sérgio Ramalho, bem como em 29 de outubro de 2010, a arquiteta Laura Lúcia Araújo da Silva Ramalho atestou o integral cumprimento desta I.O.E.S, e da nº 46/2013, em 26 de junho de 2013.

Recurso recebido e regularmente processado, foi apresentada contrarrazões a fls. 381/384.

É o relatório.

O recurso não comporta provimento.

Extrai-se dos autos que o apelante, em 2009, requereu junto à Municipalidade de São Paulo a renovação do Auto de Verificação de Segurança de sua edificação e, após laudo técnico elaborado pela apelada, foi intimado, em setembro de 2010, a executar as obras e serviços relacionados no I.E.O.S. nº 262/10, no prazo de 300 dias, sob pena de não expedição do documento

Acesso ao Sumário

municipal comprobatório do atendimento das normas de segurança, bem como aplicação de multa no valor constante na Lei nº 9.433/82 (fls. 170).

Decorridos aproximadamente 04 (quatro) anos, o Condomínio não cumpriu integralmente as determinações exigidas, resultando na aplicação da questionada multa indicada na inicial.

E, no presente caso, não há que se falar em responsabilidade das unidades autônomas pela não satisfação das exigências municipais.

A recorrente aponta que, conforme consta da Ata da Assembleia Geral Ordinária, realizada no dia 22 de setembro de 2014 (fls. 8/11), o Condomínio realizou parcialmente as exigências do Corpo de Bombeiro e CONTRU, entre elas, "a substituição de portas corta fogo avariadas, compra de novas portas corta fogo para locais que não eram cobertos pelas mesmas, adequação do corrimão de 17 andares, que era fracionado, e passou a ser contínuo, instalação e revisão do sistema de detecção e alarme de incêndio", e ressalta que "no momento da vistoria realizada pelo Corpo de Bombeiros, foi constatado que no restaurante os equipamentos estavam obstruídos (as rotas de fuga, saídas e acesso aos equipamentos de combate a incêndio), assim como nas lojas", razão pela qual entende que a responsabilidade por eventuais violações às posturas municipais e adaptações necessárias também devem ser atribuídas aos proprietários das Lojas e Restaurante, localizados no térreo do prédio.

No entanto, não há como defender a alegação da apelante, pois, o Condomínio não pode eximir-se da responsabilidade pela execução das obras que afetam diretamente a infraestrutura da edificação, notadamente àquelas que a colocam em risco, como seria uma situação de incêndio, principalmente se constatadas nas unidades autônomas.

Qualquer irregularidade, como as verificadas pelo Corpo de Bombeiros, ainda que presentes nessas unidades, repercutem diretamente nas áreas comuns do edifício, estas inegavelmente de responsabilidade do Condomínio.

Tanto é assim que, numa leitura conjugada do artigo 12, §4º, da Lei nº 4.591/64[1], que dispõe sobre o condomínio em edificações, bem como o artigo 1.346, do Código Civil, extrai-se que o Condomínio é obrigado a contratar o seguro de incêndio de todo o prédio, inclusive das unidades autônomas, sob pena de ser responsabilizado pelos danos decorrentes de incêndio no interior dessas unidades.

Nesse sentido já se manifestou esta Corte:

"LOCAÇÃO DE IMÓVEIS - RESSARCIMENTO DE DANOS - DENUNCIAÇÃO DA LIDE EM FACE DE QUEM TEM A

1 § 4º As obras que interessarem à estrutura integral da edificação ou conjunto de edificações, ou ao serviço comum, serão feitas com o concurso pecuniário de todos os proprietários ou titulares de direito à aquisição de unidades, mediante orçamento prévio aprovado em assembléia-geral, podendo incumbir-se de sua execução o síndico, ou outra pessoa, com aprovação da assembleia.

Acesso ao Sumário

RESPONSABILIDADE PELA REPARAÇÃO - ADMISSIBILIDADE - PRELIMINAR ACOLHIDA - RECURSO PROVIDO. A lei que abre exceção a regras gerais ou restringe direitos, é aplicável nos casos em que especifica. Obrigando o condomínio a proceder o seguro de incêndio em todo o prédio, abrangendo unidades autônomas, sua omissão acarreta a responsabilidade pelo dano provocado pelo incêndio (art. 13 da Lei 4.591/64).”[2]

Por outro lado, também não há nenhuma indicação em toda documentação juntada nos autos que a apelante tenha satisfeito as exigências municipais para a obtenção do AVS.

Observa-se que o procedimento arrastou-se por aproximadamente 5 anos, com inúmeros pedidos de prorrogação do prazo fatal para o cumprimento, inclusive com a instituição de IEOS complementar (nº46/2013) e contratação de empresa para prestação de serviços e fornecimento de mão-de-obra para conclusão dentro do cronograma, porém, sem sucesso, que resultou na aplicação da multa, nos termos da Informação nº 140/SEGU-G/2015 , de fls. 343.

Deste modo, é de rigor a manutenção da sentença, uma vez que não constatada qualquer irregularidade no procedimento fiscalizatório da apelante, com a devida imposição da multa em razão da não comprovação da execução de obras e serviços IOES nº 262/2010 e 46/2013.

Ante o exposto, pelo meu voto, nega-se provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0019926-51.2013.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que é apelante RODOVIAS INTEGRADAS DO OESTE S/A - SPVIAS, é apelado FAZENDA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO.

Acesso ao Sumário

ACORDAM, em 11ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: “Extinção do processo, sem resolução de mérito, por falta de interesse processual, prejudicado o exame das apelações. v.u. Sustentou oralmente, pelo Apelante Rodovias Integradas do Oeste S/A - SPVIAS, o Dr. Celso Cintra Mori (OAB/SP 23.639). Pela Apelada Fazenda Pública do Estado de São Paulo e ARTESP (Agência Reguladora de Serviços Delegados de Transporte do Estado de São Paulo), sustentou oralmente a Dra. Maria Clara Osuna Dias Falavigna (OAB/SP 96.362).”, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 35.914)**

2 TJSP, Apelação nº 9163481-89.2000.8.26.0000, 10ª Câmara – 2º Tribunal de Alçada Civil, j. 11/08/2004.

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores AROLDO VIOTTI (Presidente sem voto), LUIS GANZERLA e OSCILD DE LIMA JÚNIOR.

São Paulo, 7 de junho de 2016.

RICARDO DIP, Relator

Ementa: CONTRATO DE CONCESSÃO RODOVIÁRIA. TERMOS ADITIVOS E MODIFICATIVOS. PROCESSO ADMINISTRATIVO. FALTA DE INTERESSE DE AGIR.

– A instauração de processos administrativos com o fim de averigua r conjectura das irregularidades em aditivos contratuais firmados pelo Poder público e definir medidas, quando o caso, a ser adotadas para regularizar o ajuste, é ato de exercício do poder-dever de autocontrole, do qual não se permite à Administração dispensar, não se tratando de mera faculdade, mas sim de estrita observância da legalidade.

–A desnecessidade da tutela jurisdicional pleiteada tornou-se patente com o aforamento, pelas ora requeridas, de ação anulatória do Termo Aditivo e Modificativo em tela, evidenciando que os processos administrativos atacados por meio do presente feito tiveram caráter investigativo e preparatório, não se pretendendo anular-se, na esfera administrativa, o discutido pacto.

Extinção do processo, sem resolução de mérito, por falta de interesse processual, prejudicado o exame das apelações.

VOTO

RELATÓRIO:

1. Rodovias Integradas do Oeste S/A – Spvias ajuizou a vertente ação declaratória contra a Fazenda do Estado de São Paulo e a Agência Reguladora de Serviços Públicos Delegados de Transporte do Estado de São Paulo – Artesp.

Noticia a autora que, desde 10 de fevereiro de 2000, está em vigência o contrato de concessão rodoviária n. 010/ CR/2000 celebrado entre as partes,

Acesso ao Sumário

pacto este emendado em 8 e 21 de dezembro de 2006 segundo os Termos Aditivos e Modificativos ns. 13 e 14, o primeiro, reconhecendo o desequilíbrio econômico-financeiro do ajuste, o segundo, estendendo o prazo contratual por mais 92 meses, com o escopo de recompor o equilíbrio da relação negocial objeto.

Prossegue afirmando que, em 30 de outubro de 2011, a segunda requerida (Artesp) instaurou processo administrativo para averiguação preliminar de eventuais irregularidades dos mencionados aditivos, iniciando, em 10 de fevereiro de 2012, o processo administrativo de invalidação deles – processo Artesp n. 12.222/2011.

O presente feito destina-se à obtenção de tutela jurisdicional declaratória que reconheça a impossibilidade de as requeridas anularem, na esfera administrativa e de forma unilateral, os termos aditivos e modificativos do referido contrato, em particular o de n. 14/2006, bem como as cláusulas e metodologias contratuais relativas à equação econômico-financeira do ajuste. A autora também pleiteia a declaração da decadência do direito de as demandadas anularem, por meio de processo administrativo, os Termos Aditivos e Modificativos ns. 13 e 14/2006, declarando-se a nulidade das Portarias Artesp ns. 6/2012, 28/2012 e 29/2012 e dos processos administrativos por meio delas instaurados.

Subsidiariamente, busca o reconhecimento da existência de coisa julgada administrativa, consistente em desfecho definitivo de julgamento do Tribunal de Contas do Estado, que considerou regulares o contrato em pauta e seus termos aditivos.

2. A r. sentença julgou improcedente o feito (fls.1.790-5), resultado pelo qual opinara o Ministério Público (fls. 1.776-83), acolhendo o M. Juízo da Comarca os embargos de declaração opostos pela suplicante a fim de reconhecer como termo *a quo* do prazo decadencial para exercício da autotutela, pelas requeridas, a data de assinatura dos Termos Aditivos e Modificativos ns. 13 e 14/2006 (fl. 1.805).

3. Do decidido, apelaram ambas as partes.

A autora, reiterando os argumentos desfiados na inicial, insiste na juridicidade de sua pretensão, alegando a ocorrência de reconhecimento jurídico do pedido ante o término do processo administrativo n. 12.222/2011, em 25 de março de 2014 , e a propositura pelas requeridas, na sequência, de ação anulatória do Termo Aditivo e Modificativo n. 14 (fls. 1.816-40).

As demandadas arguem a nulidade da r. sentença por vício de extrapetição, sustentando que a declaração do termo inicial da decadência para o exercício da autotutela extrapola o pleito formulado na inceptiva, não sendo observado o contraditório para a prolação do *decisum* dos embargos aclaratórios (fls. 1.876-84)

Os recursos foram respondidos (fls. 1.892-908 e 1.914-22).

Propiciou-se vista dos autos à Procuradoria Geral de Justiça.

As partes manifestaram-se sobre pressupostos processuais, prescrição e decadência, em observância à norma inscrita no art. 10 do Código de Processo Civil (fls. 1.945, 1.953 e 1.955-60)

É o relatório em acréscimo ao da sentença, conclusos os autos recursais em 6 de maio de 2016 (fl. 1.964).

VOTO:

4. Extrai-se dos documentos juntados aos autos que, à época da propositura da vertente ação, estava em curso o processo administrativo Artes p n. 12.222/2011, não se tendo ali proferido, entretanto, decisão administrativa anulatória dos aditivos em tela.

5. A instauração do processo administrativo com o fim de sindicar conjecturadas irregularidades nos aditivos contratuais firmados pela Administração pública, e, na sequência, a abertura de novo processo para definir, no âmbito da mesma Administração, as medidas a adotar-se para a regularização do ajuste, **não** tiveram efeito, a partir do domínio administrativo, para repercutir na relação negocial objeto.

A instauração desses processos administrativos deu-se no território de exercício do poder-dever de autotutela (*sensu latiore*), do qual não se pode dispensar a Administração.

Trata-se aí do **autocontrole administrativo** - na espécie de um similar do "contencioso contratual"- que tem por escopo aferir a vinculação à legalidade.

Há atos e processos de controle com efeitos só imanentes e, outros, transcendentes. Entre aqueles se contam os atos internos da Administração pública (p.ex., as circulares, as recomendações, os pareceres) e os processos destituídos de eficácia contra terceiros. Assim, atos e processos administrativos de efeitos imanentes apenas têm ressonância interna à Administração. Daí que não possam atacar-se por terceiros, exatamente aos quais falta o interesse de agir **em ato** (pode havê-lo, é verdade, potencialmente, mas o interesse apenas em potência não autoriza combater o ato ou o processo de caráter administrativo, seja na esfera da Administração, seja na via jurisdicional).

Ora, no momento da propositura do vertente feito judicial não havia efeito transcendente dos discutidos processos administrativos que, lesionando em ato possíveis direitos da autora, pudessem ensejar-lhe o recurso ao Judiciário, ausente, pois, seu interesse de agir.

6. A desnecessidade da tutela jurisdicional, na espécie, tornou-se mesmo notória com o aforamento da **demanda anulatória** do disputado Termo Aditivo e Modificativo n.14, evidenciando-se que os processos administrativos

Acesso ao Sumário

atacados por meio do presente feito – **hoje já encerrados** – tiveram somente por fim verificar a regularidade dos aditivos em tela e, eventualmente, fornecer elementos para sua discussão na via judicial, não se pondo em ato a anulação administrativa dos pactos.

Ao contrário do esposado pela autora em suas razões recursórias, a propositura da ação anulatória não implica reconhecimento do pedido formulado neste processo, mas exatamente reforça a ausência de interesse processual da concessionária demandante .

7. A só possibilidade de o Poder público, no exercício da autotutela, anular ato administrativo não exclui a competência do Poder judiciário (*v.g.*, ações diretamente anulatórias, ação popular, ação civil pública, mandado de segurança, *habeas data*, mandado de injunção, cautelares, etc.).

O fato de as suplicadas recorrerem à via judicial para desconstituir o termo aditivo não importa em reconhecimento da impossibilidade de fazê-lo por meio de processo administrativo, mas denota tão somente que a Administração busca conferir maior estabilidade e legitimidade a essa anulação, *maxime* diante da resistência da concessionária, tal a manifestada nos autos dos processos administrativos.

Nada obstante, quando eleita a via judicial para anular um ato ou contrato administrativo, é nela - e dela -, em princípio (e salvo uma atualização incidental de efeitos transcendentes na esfera administrativa), que se devem defender os contratantes, despiciendo, por falta de interesse, remeter ataque ao âmbito preparatório que, na Administração pública, mereceu a demanda judicial.

POSTO ISSO, pelo meu voto, extingue-se o processo, sem resolução de mérito, por falta de interesse de agir, nos termos do inciso VI do art. 485, do Código de Processo Civil, prejudicada a análise dos recursos interpostos por Rodovias Integradas do Oeste S/A – Spvias, Fazenda do Estado de São Paulo e Agência Reguladora de Serviços Públicos Delegados de Transporte do Estado de São Paulo – Artesp (autos de origem n. 0019926-51.2013 da 11ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de São Paulo).

A autora deverá arcar com as verbas sucumbenciais, assinados os honorários advocatícios em 10% do valor da causa, com atualização monetária.

É como voto.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0004739-15.2014.8.26.0361, da Comarca de Mogi das Cruzes, em que é apelante

PREFEITURA MUNICIPAL DE MOGI DAS CRUZES, é apelada R.F.F. (JUSTIÇA GRATUITA).

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 9ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Negaram provimento ao recurso. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 22.581)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores REBOUÇAS DE CARVALHO (Presidente) e CARLOS EDUARDO PACHI.

São Paulo, 30 de junho de 2016.

MOREIRA DE CARVALHO, Relator

Ementa: "AÇÃO DE REGRESSO – Município que fora condenado em ações indenizatórias ajuizadas por vítimas de princípio de incêndio em teatro municipal, em apresentação de alunos de escola municipal que portavam velas acesas – Prova dos autos que não indica que o agente público teria agido com dolo ou culpa, pressupostos necessários para a responsabilização de forma subjetiva, nos termos do art. 37, § 6º, da Constituição Federal – Inexistência do dever de ressarcir o ente público – Sentença de improcedência mantida – Recurso desprovido."

VOTO

AÇÃO DE REGRESSO ajuizada pelo MUNICÍPIO DE MOGI DAS CRUZES em face de R.F.F.

Alega que em 15/12/1998, no Teatro Municipal Pascoal Carlos Magno, foi realizada a festa de formatura da EMEI L.D.N., ocasião em que os alunos do Jardim II, cuja ré era professora, apresentariam um presépio vivo. Ocorre que, antes de entrarem no palco, um dos alunos esbarrou a vela acessa que segurava, na fantasia de outro aluno, ocasionando um princípio de incêndio, o que gerou pânico e fez com que várias crianças sofressem queimaduras. Em razão disso, o ente público foi condenado em diversas ações judiciais ajuizadas pelas vítimas do ocorrido, razão pela qual, ingressou com a presente demanda, buscando o ressarcimento à ré, na qualidade de agente pública, tendo em vista estar demonstrado que agiu com dolo eventual ou culpa.

A sentença de fls. 506/510 julgou improcedente a ação, condenando o autor ao pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios, fixados em R$ 1.500,00.

Acesso ao Sumário

Apela o ente público (fls. 514/523). Sustenta a comprovação de que a apelada agiu com dolo eventual ou, alternativamente, com culpa, eis que não deveria admitir que as crianças realizassem a apresentação com velas acesas.

Foram apresentadas contrarrazões ao recurso (fls. 528/534).

Vieram os autos para julgamento.

RELATEI.

O Município apelante busca com a presente demanda o ressarcimento decorrente das condenações sofridas em ações judiciais ajuizadas pelas vítimas do evento danoso ocorrido em 15/12/1998, qual seja, princípio de incêndio em apresentação de alunos de escola municipal realizada no teatro municipal da cidade de Mogi das Cruzes.

Naquelas ações, a responsabilidade do ente público foi apurada de forma objetiva, sem a análise da culpa. Já nesta demanda, para a responsabilização da apelada, então professora dos alunos do Jardim II, envolvidos no ocorrido e vítimas do evento danoso, incide a responsabilidade subjetiva, nos termos da parte final do § 6º, do art. 37, da Constituição Federal, havendo necessidade de demonstração do dano, do nexo causal entre este e a conduta, bem como, que tenha ocorrido o dolo ou culpa do agente público.

A análise do dano e o nexo causal já fora apreciada e decidida nas ações que reconheceram a responsabilidade do ente público. Ademais, nos presentes autos há cópias do boletim de ocorrência e dos exames de corpo de delito, dando conta dos ferimentos sofridos pelas vítimas do princípio de incêndio, que acabou por gerar pânico nas crianças que iriam apresentar o presépio vivo, bem como, nos pais que assistiam da plateia.

No entanto, o conjunto probatório constante nos autos, especialmente a prova oral produzida em Juízo, não indica a existência de culpa da apelada, na qualidade de agente pública, pelo evento danoso.

A testemunha E.R.C.M.P., que a época dos fatos era professora da escola, afirmou que "*quem decidiu fazer a apresentação do presépio vivo foi a diretora da escola. Era um costume da escola. (...) As velas nem sempre eram utilizadas nos anos anteriores. Às vezes sim, às vezes não.(...) Coagida a professora R. não foi, mas era um pedido da diretora a que se obrigavam fazer, por ser do Jardim II. Se a R. se recusasse a fazer a apresentação com velas, não haveria outro professor para substituí-la, porque lá a tradição é que seja feita a apresentação pelo Jardim II*." (fls. 483/484).

Acesso ao Sumário

Já a testemunha R.C.M.S., também professora à época dos fatos, alegou que "*os professores não tinham instrução nenhuma para agir em caso de incêndio, não sendo apresentados a eventual equipe de brigada de incêndio. Também não havia funcionários do teatro para esse tipo de orientação. Não viu extintores no local*." (fls. 485/486).

Por sua vez, a testemunha C.S.O., mãe de um dos alunos envolvidos, afirmou que "*a professora pediu para levar uma garrafinha pet, porque eles iam usar uma lanterninha. No dia seguinte a diretora disse que não, que a apresentação seria com vela. (...) Não tinha no THEATRO, bombeiro, brigadista ou zelador. (...) Não tinham extintores no local porque procuraram e não acharam. Tinha tido de manhã um presépio, que deu tudo certo*" (fls. 487).

O testemunho de M.V.G.T. foi no mesmo sentido (fls. 488).

Não há nos autos qualquer elemento que indique que a ordem de utilização das velas acesas pelos alunos do Jardim II tenha vindo da professora, ora apelada. Ao contrário, a prova oral indica que a apresentação com o presépio vivo, inclusive com a utilização de velas, era uma tradição na escola municipal, há alguns anos e inclusive já teria ocorrido no mesmo dia, com outra turma, pela manhã, onde a apelada não era a professora responsável.

Verifica-se, clara obediência hierárquica da apelada, com relação às ordens de superiores. Restou claro que o Município já tinha conhecimento da utilização das velas naquele evento anual e nada fez.

Ademais, também constata-se que o ente público não tomou as precauções necessárias, tais como, presença de brigadistas ou extintores no local, cuidados básicos para evitar ou minorar as consequências do ocorrido.

Assim, ausente a comprovação de dolo ou culpa do agente público, inexiste o dever de ressarcimento ao Município

Desta forma, correta está a r. sentença, que deve ser mantida por seus próprios fundamentos.

Ocorrendo isto, **NEGO PROVIMENTO AO RECURSO**, nos termos supra mencionados.

ACÓRDÃO

Acesso ao Sumário

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1005913-26.2014.8.26.0625, da Comarca de Taubaté, em que é apelante VERÔNICA DE SOUZA SILVA, é apelado DELEGADO DO CIRETRAN - TAUBATÉ/SP.

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, nos termos que constarão do acórdão. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 25.589)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores JOSÉ LUIZ GERMANO (Presidente) e OSVALDO DE OLIVEIRA.

São Paulo, 2 de junho de 2016.

EDSON FERREIRA, Relator

Ementa: MANDADO DE SEGURANÇA. Segunda via do Documento Único de Transferência – DUT. Veículo alienado a terceiro. Documento recusado porque subscrito por procuradora. Necessidade da segunda via para efetivar a transferência. Recusa que se deduz da contratação de despachante e do ingresso da impetrante em juízo, não comprometendo os requisitos de liquidez e certeza do direito à obtenção do documento. Recurso provido para conceder a ordem de segurança.

VOTO

A sentença, proferida em 26 de janeiro de 2015, pelo eminente magistrado, Doutor Paulo Roberto da Silva, denegou ordem de segurança, postulada para obtenção de segunda via do Documento Único de Transferência, de veículo alienado pela impetrante a terceiro, documento recusado porque subscrito por procuradora (fls. 62).

Apela a impetrante pela concessão da ordem.

Recurso respondido.

A douta Procuradoria Geral de Justiça optou por não se pronunciar.

É o relatório.

A impetrante alienou o veículo Ford Fiesta GL 2000, placas DBK 7833, em 16-07-2010, para Sebastião Vicente Cantarino, da cidade de Barra Mansa, Rio de Janeiro, por meio de procuradora (fls. 12/13).

Alega que houve erro no preenchimento do documento de transferência, que foi assinado por sua procuradora, Rosilane Moreira dos Santos, porque o Estado do Rio de Janeiro não permite a assinatura de autorização de transferência por procuração.

Ainda, que contratou despachante para solucionar o problema, mas o pedido foi recusado verbalmente pela autoridade coatora, em abril de 2014, sob a alegação de existência de gravame no Rio de Janeiro, motivo pelo qual a transferência foi recusada, de modo que requer a emissão de segunda via do certificado de registro de veículo.

Infere-se a negativa do documento pelo ingresso da impetrante em juízo, o que não compromete os requisitos de liquidez e certeza do direito alegado, na obtenção do documento, e a sua defesa por meio de mandado de segurança.

Neste sentido, o seguinte precedente do Superior Tribunal de Justiça:

Acesso ao Sumário

(...) A jurisprudência do STJ é firme no sentido de que, via de regra, a apreciação da existência ou não de direito líquido e certo amparado por Mandado de Segurança, não tem sido admitida em Recurso Especial, pois exige reexame de matéria fático-probatória, o que é vedado ao STJ nos termos da Súmula 7. 2. Ainda que assim não fosse, vale destacar que o Tribunal a quo entendeu, a partir da análise dos fatos constantes dos autos, pela presença de direito líquido e certo apto a ser tutelado em sede de mandado de segurança. 3. Isso porque, em se tratando de fato negativo (ou seja, circunstância que ainda não tinha ocorrido) a exigência da produção probatória consistiria, no caso em concreto, num formalismo excessivo e levaria à produção do que a doutrina e a jurisprudência denominam de "prova diabólica", exigência que não é tolerada na ordem jurídica brasileira. Precedente: AgRg no AgRg no REsp 1187970/SC, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 05/08/2010, DJe 16/08/2010. 4. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no AREsp 262.594/RJ, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 18/12/2012, DJe 05/02/2013).

O documento de autorização para transferência do veículo e o instrumento de procuração evidenciam que o veículo, de fato, foi vendido para Sebastião Vicente Cantarino (fls. 11/12).

Observa-se que consta do registro do Detran "gravame no Estado de RJ", trazendo indícios de que a transferência do veículo alienado a terceiro não foi efetivada (fls. 22).

Em pesquisa no site do Detran também se observa restrição administrativa referente à comunicação de venda do veículo identificado na petição inicial.

Nota de serviço para obtenção de novo certificado de registro de veículo corrobora a alegação da impetrante de que chegou a contratar despachante para solução da questão.

A questão é que não se aceita, para efeito da transferência do registro do veículo em caso de alienação, nenhum outro documento que não aquele emitido pelo órgão de trânsito, *Documento Único de Transferência (DUT),* que foi preenchido em favor do comprador, porém recusado pelo órgão de trânsito de Barra Mansa, Rio de Janeiro, porque subscrito por procuradora, de modo que a impetrante necessita de segunda via do DUT para que possa formalizar a transferência.

Portanto, para conceder a ordem de segurança, determinando que seja expedida em favor da impetrante segunda via do *Documento Único de Transferência (DUT),* mediante pagamento da taxa correspondente, **DÁ-SE** provimento ao recurso.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1011098-49.2013.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que é apelante MARIA INES FIRMINO, 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: "Deram parcial provimento ao recurso, v.u.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 24.012)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores RICARDO ANAFE (Presidente sem voto), SOUZA MEIRELLES e FLORA MARIA NESI TOSSI SILVA.

São Paulo, 8 de junho de 2016.

BORELLI THOMAZ, Relator

Ementa: Concurso público. Eliminação na fase de exame médico. Possibilidade de revisão pelo Judiciário. Tema sob contraditório constitucional. Conclusão médica analisada à vista de outras provas e do teor do edital. Recurso provido em parte.

VOTO

Ao relatório da r. sentença, aqui adotado, acrescenta-se ter sido improcedente ação proposta por MARIA INES FIRMINO contra a FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO para assegurar posse no cargo de Enfermeira, bem como receber indenização por danos morais e materiais, contra o que ela recorre.

Recurso bem processado

É o relatório.

Como considerei por ocasião do julgamento do Agravo de Instrumento nº 2057585-25.2013.8.26.0000, a autora, Auxiliar de Enfermagem, *prestou concurso público para provimento de cargo de Enfermeira, regulamentado pelo Edital 032/321/2009, da Secretaria de Estado da Saúde, e, aprovada na prova objetiva, foi submetida a exame admissional, mas foi considerada inapta para o desempenho das funções. Ajuizou, então, esta ação ordinária, com pedido de tutela antecipada, contra a Fazenda do Estado de São Paulo, para ter posse e investidura no cargo, declarado o preenchimento de todos os requisitos a tanto, vez que atestado pelos médicos que a acompanham não haver nada que a impeça de assumir o cargo. Pleiteia indenização por danos morais e materiais.*

Acesso ao Sumário

Improcedente, veio com o recurso sob análise.

Relevante fixar ser a autora funcionária do Estado de São Paulo, no exercício do cargo Auxiliar de Enfermagem, sem que tenha havido qualquer consideração desabonadora sobre exercê-lo sem problemas de qualquer sorte, seja por limitação física, seja por embaraço emocional, seja por algum comportamento desviado.

Com esse perfil, embora destoante do teor do laudo pericial, em que se concluiu ser inapta para as atividades laborativas multiprofissionais em decorrência de *obesidade mórbida, hipertensão arterial estágio 3 e depressão, estenose de válvula aórtica moderada, litíase vesicular e esteatose hepática grau II,* como se lê a fls. 180/181, pretende ingressar em cargo outro, de Enfermeira, para o qual aprovada na prova objetiva, mas reprovada quando do exame médico.

Houve prova testemunhal, abundante em referir a autora como boa profissional, sem limitação alguma em todas as atividades exigidas na função de Auxiliar de Enfermagem, as quais em nada ou em quase nada diferem das atividades de Enfermeira (fls. 252, 254, 256, 266).

O primeiro contraponto, no entanto, não está nessa dissintonia entre prova pericial e prova testemunhal, que será analisada adiante, mas está em que não se cuida de concurso de acesso, mas sim concurso de ingresso, malgrado a autora já seja servidora do Estado de São Paulo.

Em linhas generalíssimas, no concurso de acesso já se tem vínculo anterior com o ente público, a que, v.g., a Professora Maria Sylvia Zanella di Pietro nomina como provimento derivado, porque *depende de vínculo anterior do servidor com a Administração*[1], com nota de ser o provimento o ato pelo qual o servidor público é investido no exercício do cargo, emprego ou função[2].

Enquanto isso, o concurso de ingresso, regra imposta pelo art. 37, II da Constituição Federal, é *o processo normal de provimento da maioria dos cargos públicos na época moderna. Série complexa de procedimentos para apurar as aptidões pessoais apresentadas por um ou vários candidatos que se empenham na obtenção de uma ou mais vagas e que submetem voluntariamente seus trabalhos e atividades a julgamento de comissão examinadora*[3].

E aqui se cuida de ingresso, não de acesso, como está no edital trazido com a petição inicial.

Numa das fases, a autora foi aprovada; na outra, foi reprovada e é esta que se pôs em liça, e assim é permitido porque não estará o Judiciário em descabida ingerência na Administração, mas sim a decidir sobre alegada lesão de direito.

Acesso ao Sumário

1 Direito Administrativo, 20ª Edição ATLAS, 2006, pág. 559.

2 Curso de Direito Administrativo, FORENSE, 1967, pág. 315.

3 Op. cit., pág. cit.

Nem se deslembre estar em xeque resultado de exame médico com fundamento em que, apesar do resultado negativo, a autora exerce atividades idênticas às previstas no edital, ao mesmo empregador, o Estado de São Paulo.

Então, a circunstância de se cuidar de concurso de ingresso perde um pouco do rigor porque não se tem notícia de estar a autora afastada das funções do seu atual cargo, seja por licença, seja por readaptação.

Afinal, o estado físico/clínico encontrado quando do exame admissional não apareceu naquele instante e já vinha de há muito, sempre sem impedir o exercício pleno do exigido ao profissional Auxiliar de Enfermagem.

Disso deu conta a prova testemunhal, sem titubeios nem meneios.

No entanto, para o ingresso, houve pontuação também para experiência anterior em situações como a da autora, circunstância prevista no item XII-, 5 e 5.2 do edital, e não constou afastamento ou readaptação dela, como já observei.

Volto à questão de confrontar resultado médico, mas aqui se o pôs em contraditório constitucional e não se o contradiz, apenas amolda-se o quanto de prova veio para os autos e, mais, faz-se análise à luz do revelho prolóquio de ser o Juiz o **perito peritorum**, por não estar adstrito a laudos periciais ou técnicos de qualquer forma.

Há as referências testemunhais em prol do bom desempenho da autora em atividades em quase nada diferentes das que terá como Enfermeira e, de supina importância, não há restrição alguma do Estado de São Paulo, empregador da autora, nas suas atividades e atribuições como Auxiliar de Enfermagem.

Essa última observação talvez seja a pedra de toque, pois se a autora-apelante, mesmo ante quadro de *obesidade mórbida, hipertensão arterial estágio 3 e depressão, estenose de válvula aórtica moderada, litíase vesicular e esteatose hepática grau II*, não está afastada, não está licenciada, não está readaptada, não pode ser alijada do certame por circunstâncias que não a impedem de ser Auxiliar de Enfermagem.

Por isso, vale ir ao documento de fls. 135, datado de 05 de março de 2014, quando já ocorrida a fase do concurso em que ela foi aprovada:

> Declaramos junto ao Tribunal de Justiça (11ª Vara da Fazenda Pública - Foro Central) que a Sra. Maria Inês Firmino, RG. 9.452.832-9, C.P.F. 854.250.958-72, PIS/PASEP 180.711.551-74, Auxiliar de Enfermagem, Efetivo, do Centro de Atenção Integrada em Saúde Mental "Philippe Pinel". Admitida nos termos do art. 6º, Inciso I, comb. Com art. 1º, Inciso I, ambos da Lei 500114, Servente, exercício em 13/08/76. Por Publicação de 03102195, a partir de 03102195, foi dispensada nos termos do artigo 36, Inciso I, da Lei 500/74. Admitida nos termos do art. 1º, Inciso I, da Lei 500/74, comb. Com o art. 1º, da LC 733193, Auxiliar de Enfermagem, exercício de 03/07/95 à 02/07/96. Nomeada nos termos do art. 20, Inciso

Acesso ao Sumário

II, da LC 180/78, Auxiliar de Enfermagem, exercício em 29/08/97, **até a presente data, nada consta em nossos assentos que a desabone**[4].

E há mais, pois na pág. 198 há Atestado de Saúde Ocupacional, emitido à vista da Norma Regulamentadora NR-7 e Portaria 3.214/78 e 24/94 do Ministério de Trabalho, considerando-a **apta** após ter sido clinicamente examinada.

Reedito não estar interferindo em exame médico, nem pondo em dúvida o trabalho dos profissionais que o fizeram, pois não se o modifica, apenas se o analisa à luz do mais que permeia a vida funcional da autora-apelante e o conteúdo do edital do concurso a que ela se submeteu.

Busca-se razoabilidade, tema interessante ao administrador público, à Administração Pública, mas também aos administrados.

É do Professor FREDERICO MARQUES, *in* O Estado de São Paulo, 12/8/56, que ao Juiz incumbe atuar sem fugir da estrita obediência à lei, o que é daqueles óbvios ululantes, mas, prossegue o Professor, "entre duas interpretações plenamente justificáveis, o aplicador não irá opinar por uma em detrimento da outra, porque prefira a interpretação literal, ou porque adote o pensamento do legislador, ou porque siga a uma diretriz de ordem sistemática. A preferência por um ou por outros desses caminhos deve ser ditada, em cada caso particular, por essa lógica do razoável que permite, sem desrespeito à lei, aplicar o Direito com sabedoria, justiça e eficiência. Entre as interpretações possíveis, deve ser escolhida a mais razoável. Na aplicação do Direito, não há a uniformidade lógica do raciocínio matemático, e sim da flexibilidade do entendimento razoável do preceito".

Cuida-se da assunção, pelo ainda e sempre festejado Professor, da Lógica do Razoável de que nos fala e ensina RECASENS SICHES, aqui adotada para se pôr em boa medida a disputa entre as partes.

Lembrar, ainda, que no julgamento cabe ao juiz adequar uma ou mais normas jurídicas a um ou mais fatos particulares, observando a situação de incidência, interpretando e, posteriormente, aplicando o direito.

Diante disso surge a questão do silogismo e da subsunção.

Para GERALDO ATALIBA, a subsunção é o fenômeno de um fato configurar rigorosamente a previsão hipotética da lei. Diz-se que um fato se subsume à hipótese legal quando corresponde completa e rigorosamente à descrição que dele faz a lei[5].

Com referência ao silogismo, tem-se este como um raciocínio lógico composto de três proposições lógicas dispostas de tal maneira que a terceira, denominada conclusão, é uma decorrência necessária das duas precedentes,

4 Grifei e negritei.

5 GERALDO ATALIBA, Hipótese de Incidência Tributária. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 1992. pág. 62.

Acesso ao Sumário

chamadas premissas.

Daí certa corrente formalística do direito entender ser o ato da aplicação do direito semelhante à estrutura de um silogismo, ou seja, o método seguido pelo juiz ao sentenciar nada mais é do que o processo do silogismo, em que a norma jurídica geral e abstrata seria a premissa maior, enquanto o fato ou caso específico e concreto a premissa menor, e a sentença a conclusão.

Nesse sentido, SERPA LOPES entende que o método pelo qual o juiz torna efetiva a aplicação do direito é o lógico, pelo processo do silogismo. A esse respeito são unânimes os juristas. Utilizando-se dessa operação lógica, o juiz procede à subsunção da norma jurídica exata aos fatos que lhe são presentes, conhecido previamente o sentido da primeira[6].

A utilização desse esquema lógico, em si mesmo considerado, é bastante simples e prático. No entanto, deve-se considerar que mesmo dentro da lógica a fragilidade desse método dedutivo é bastante ressaltada, sendo de pouca aplicabilidade, ou mesmo desaconselhável, para métodos científicos e pesquisa de modo geral.

A fragilidade ou problemática desse procedimento dedutivo de silogismo, segundo KARL ENGISH, reside justamente na correta constituição das premissas, especialmente da premissa menor, uma vez que nela se acha, sobretudo, a já mencionada subsunção[7].

Significa dizer, sob pena de redundância, que a correta constituição das premissas é fundamental para decisão justa, e, ainda que necessariamente ocorrendo premissa incorreta, incorreta seria a sentença.

Ocorre ainda que, muitas vezes, o mesmo fato pode acarretar a incidência de várias regras jurídicas, que devem ser aplicadas conjuntamente, o que por si já poderia levar à confusão mental do julgador, acarretando a elaboração de premissa incorreta. Nesse sentido, deve-se também considerar que não se aplicam normas jurídicas isoladas, mas sim uma regulação global.

Assim sendo, extrai-se que aplicação do direito não se reduz somente a questão de lógica formal, implicando série de atos complexos e axiológicos.

Acesso ao Sumário

Percebe-se, então, que antes de se chegar à fase de utilização do silogismo, necessita o julgador proceder a análise preliminar do fato a fim de que possa escolher a norma aplicável.

A escolha da solução aplicável por si só demanda análise cuidadosa do sistema jurídico, do qual o aplicador do direito deve ter visão ampla, além de buscar o apoio dos princípios gerais do direito, sem se falar na questão da

6 MIGUEL MARIA DE SERPA LOPES, Curso de Direito Civil. 7ª ed. São Paulo: Freitas Bastos, 1989, pág. 112.

7 KARL ENGISH, Introdução ao pensamento jurídico. 6ª Ed. Lisboa: Calouste Gulbendian, 1983, pág. 85.

hermenêutica e da interpretação, já mencionadas anteriormente.

Para VICENTE RÁO, o juiz deve em primeiro lugar considerar a situação de fato em sua individualidade completa, segundo o seu conteúdo de espírito e pensamento, e de conformidade com o sentido que recebe no ambiente social em que se verifica, despindo-a de qualquer definição jurídica[8].

Após essa análise prévia, indaga o juiz se o fato, anteriormente examinado em si, incide ou não na disciplina ou tutela do direito normativo e, incidindo, qual é, ou quais são, a(s) norma(s) que lhe diz(em) respeito, à partir do que se estará qualificando juridicamente o fato, uma vez que não mais o examina isoladamente, mas em confronto com o direito. Procedendo dessa forma, como refere VICENTE RÁO, o juiz realiza, em primeiro lugar, o que denomina de diagnóstico do fato e, em segundo lugar, o diagnóstico jurídico[9].

No dizer de MIGUEL REALE, aplicação do direito é antes questão complexa na qual fatores lógicos, axiológicos e fáticos se correlacionam, segundo exigência de unidade dialética, desenvolvida ante a experiência, à luz dos fatos e de sua prova, e, continua o jurista, donde podemos concluir que o ato de subordinação ou subsunção do fato à norma não é um ato reflexo e passivo, mas antes um ato de participação criadora do juiz, com a sua sensibilidade e tato, sua intuição e prudência, operando a norma como substrato condicionador de suas indagações teóricas e técnicas[10].

Com o acréscimo dessa fundamentação, para que não se argua heresia jurídica, não é necessário ir além neste julgamento para se concluir pelo direito que a autora tem, na forma acima exposta.

Em suma, preservado o entendimento original, entendo ser caso de parcial reforma da r. sentença, por não haver reflexos a forrar pretensão indenizatória por alegados danos morais, de todo inocorrentes, pois tanto o resultado médico ao longo do expediente administrativo quanto o laudo pericial de fls. 175/191 se limitaram a expor fatos e circunstâncias médicas à vista do exame a que a autora-apelante se submeteu.

Ante o exposto, limito a procedência do pleito à reinserção da autora-apelante no concurso a que se submeteu, procedendo a Administração ao mais necessário e exigido no edital 31/2012, autorizado pela Coordenadoria de Serviços de Saúde, da Secretaria de Estado da Saúde, para sua nomeação e posse no cargo de Enfermeiro.

Procedente em parte o pleito autoral, não há condenação em verba honorária, rateadas as despesas, com ressalva a isenções concedidas às partes.

8 VICENTE RÁO, O Direito e a Vida dos Direitos 3ª edição, v. 2, São Paulo Max Limonad, 1952, pág. 544.

9 VICENTE RÁO, op. cit., pág. cit.

10 REALE, MIGUEL. Lições preliminares de direito, p. 298.

Acesso ao Sumário

Dou parcial provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1007541-07.2014.8.26.0510, da Comarca de Rio Claro, em que é apelante ANGELA MARIA CARDOSO, é apelado PREFEITURA MUNICIPAL DE RIO CLARO/SP.

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 23.302)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores JOSÉ LUIZ GERMANO (Presidente sem voto), J. M. RIBEIRO DE PAULA e EDSON FERREIRA.

São Paulo, 22 de junho de 2016.

VENICIO SALLES, Relator

Ementa: Servidora municipal – Rio Claro – pedido de promoção horizontal e vertical, com reflexos nas demais verbas remuneratórias, mormente o anuênio e o adicional de insalubridade – admissibilidade – avaliação de desempenho não realizada pela Administração – omissão do Poder Público, em descumprimento à Lei Complementar Municipal nº 001/2001 – o benefício funcional das promoções horizontal e vertical se encontra amparado em expressa previsão orçamentária – inércia que autoriza a superação da avaliação, para que a lei funcional seja observada – sentença reformada – ação procedente.

Recurso provido.

Acesso ao Sumário

VOTO

Cuida-se de ação ordinária ajuizada por servidora pública municipal de Rio Claro com o objetivo de compelir a Municipalidade a efetuar as promoções horizontal e vertical determinadas pela Lei Complementar Municipal nº 001/2001, além do pagamento das parcelas vencidas e vincendas, com reflexo sobre as demais verbas remuneratórias, mormente o anuênio e o adicional de

insalubridade.

A r. sentença julgou a ação **improcedente.**

A autora apelou.

Vieram as contrarrazões.

É o relatório.

O recurso comporta acolhimento.

A autora é servidora **estatutária** desde 01/02/2008, quando "migrou" do regime celetista.

A Municipalidade de Rio Claro, por meio da Lei Complementar Municipal nº 001/2001, instituiu as **promoções horizontal e vertical** aos servidores municipais que cumprissem os requisitos legais, nos seguintes termos:

*"Artigo 64. **Promoção horizontal** é a passagem do servidor ocupante de cargo efetivo, do padrão atual para o imediatamente superior, dentro da mesma faixa salarial da tabela de vencimentos, constante do Anexo X, após o período aquisitivo 2 (dois) anos, observando-se o disposto:*

I - o interstício instituído;

II - não ter penalidades administrativas aplicadas no período;

III - não ter faltas injustificadas;

IV - não ter faltas justificadas em número superior a 5 (cinco), no período aquisitivo;

V - avaliação de desempenho.

(...)

*Artigo 66. **Promoção vertical** simples é a possibilidade de ascensão do servidor efetivo de concorrer em caráter restrito a outros níveis de seu mesmo cargo mediante destinação orçamentária a ser prevista a cada ano.*

Artigo 67. Para o acesso previsto no artigo anterior deverá ser observado:

I - interstício de 3 (três) anos de permanência para o acesso ao nível subsequente do cargo que ocupa;

II - não ter penalidades administrativas aplicadas no período;

III - não ter faltas injustificadas;

IV - não ter faltas justificadas em número superior a 5 (cinco), no período aquisitivo" (negritei).

Ocorre que, passados mais de quinze anos da promulgação da referida lei, **as promoções não se efetivaram.**

A Administração **não submeteu a autora à avaliação de desempenho**, um dos requisitos para *promoção horizontal*, nos termos da legislação de regência, inibindo a possibilidade desta de conquistar evolução funcional e percebimento de valores superiores.

Sustenta a Municipalidade que a Comissão de Avaliação foi criada pelo

Acesso ao Sumário

Decreto nº 8.750/2009 para realizar avaliações e efetuar a promoção de diversos servidores, mas, devido à quantidade de servidores, **não foi possível realizar todas as avaliações.**

A apelante afirma, então, que, como não cumpriu os requisitos para promoção, posto não ter sido avaliada, a autora não pode ser promovida.

Os argumentos da Municipalidade não convencem.

A omissão da ré em realizar a avaliação de desempenho da autora materializou típico **descumprimento de preceito legal imperativo**. O procedimento de avaliação de desempenho da funcionária não foi implementado por desídia administrativa.

A legislação que instituiu a promoção horizontal é de 2001 e a Comissão de Avaliação foi criada em 2009, mas até o momento da sentença, junho de 2015, a autora ainda não havia sido avaliada.

Diante da desídia Municipal, é de se afastar a exigibilidade da avaliação para efetivar a **promoção horizontal**, cumprindo à ré proceder a essa modalidade de promoção, desde que efetivados os demais requisitos da lei.

Quanto à **promoção vertical**, que não exige avaliação, o único impedimento seria, na alegação da Prefeitura, a falta de dotação orçamentária.

Contudo, em ambos os casos, promoções horizontal e vertical, a existência de **dotação orçamentária** está comprovada pela afirmação da própria Municipalidade de que está realizando promoções.

Mesmo porque, a própria Lei Complementar Municipal nº 001/2001 trata da **reserva de valor** em seu art. 104, *verbis:*

> "*Art. 104 – Para implementação do proposto no capítulo VIII, o Prefeito Municipal deverá, anualmente, destinar verba de até 1,5% da folha de pagamento".*

É certo que os atos de gestão, que comportam juízo discricionário de conveniência e oportunidade, permitem um campo de liberdade, dando validade às opções do Administrador. Contudo, a "política remuneratória" não se insere neste contexto discricionário.

Os vencimentos dos servidores, assim como os tributos, são fixados, reajustados e alterados em atenção a padrões vinculados, moldados precedentemente em LEI, de forma que a fixação do valor remuneratório e reajustes não compõem, evidentemente, critérios de conveniência e oportunidade.

O dispositivo legal é **autoaplicável**, bastando para o cumprimento dos requisitos legais **superar o requisito da avaliação** ante a desídia da ré.

Ademais, o silêncio da Municipalidade denuncia ou confere a certeza de que os requisitos objetivos previstos na legislação de 2001 foram atendidos pela autora de forma completa ou parcialmente.

Sequer a **Lei de Responsabilidade Fiscal** pode ser entendida como obstáculo à evolução funcional estampada na lei, ante a não demonstração da superação da limitação orçamentária.

Assim, é de se determinar que a ré promova as **promoções horizontal e vertical** requeridas pela autora, desde que preenchidos os requisitos legais ao longo dos anos, à exceção da avaliação de desempenho, que não ocorreu por omissão da Prefeitura, além do pagamento das parcelas **vencidas e vincendas**, com reflexo sobre todas as verbas remuneratórias, mormente o anuênio e o adicional de insalubridade.

No pagamento dos valores em atraso, observada a prescrição quinquenal, deve incidir juros de mora e correção monetária previstos na **Lei nº 11.960/2009.**

A Municipalidade é condenada, ainda, nas despesas processuais e em honorários advocatícios, fixados em 10% da condenação.

Pelos motivos expendidos, dá-se provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0017882-59.2013.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que são apelantes LUIZ CARLOS NICOLICH, DIMITRI DEIVID NICOLICH e JORGE LUIZ NICOLICH, são apelados FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO, MÁRIO ARISTIDES e EMÍLIO CARLOS ARISTIDES.

ACORDAM, em 9ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento parcial ao recurso, nos termos que constarão do acórdão. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 24.426)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores REBOUÇAS DE CARVALHO (Presidente) e DÉCIO NOTARANGELI.

São Paulo, 6 de julho de 2016.

CARLOS EDUARDO PACHI, Relator

Ementa: PRESCRIÇÃO – Com relação aos requeridos Mário e Emílio – Inocorrência – Incidência da regra do art. 200, do Código Civil – Suspensão da prescrição no curso do processo penal – Pleito indenizatório relacionado com o resultado atingido na esfera criminal (impronúncia), como fator relevante para se reconhecer a farsa tramada pelas vítimas de suposto

Acesso ao Sumário

delito, na tentativa de incriminar os denunciados ora autores.

RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO – Danos morais por prisão preventiva e posterior impronúncia em ação penal – Inocorrência – Impossibilidade de responsabilização do Estado – A responsabilidade civil do Magistrado somente se configura quando tenha ele agido por dolo ou fraude, hipótese não ocorrida *in casu* – Presença de excludente de responsabilidade objetiva, qual seja, exercício regular de direito por agente estatal – Inexistência de ilegalidade no inquérito policial, que respeitou trâmite regular, sem abuso de poder, dolo ou culpa imputável a membros da Polícia, Ministério Público ou Judiciário – Precedentes desta C. Câmara – Ausência de comprovação de que os requeridos Mário e Emílio tenham promovido falsa acusação em fase dos autores. Improcedência da demanda de rigor.

Recurso parcialmente provido.

VOTO

Vistos, etc.

Trata-se de apelação tempestivamente deduzida pelos Autores contra a r. sentença de fls. 1.626/1.630, cujo relatório é adotado, que julgou improcedente a demanda, condenando-os ao pagamento de custas e despesas processuais comprovadas, além de honorários advocatícios fixados em 5% do valor da causa para o patrono de cada um dos Réus.

Tecem comentários acerca de todo o processado nos autos da ação penal, proposta em face dos apelantes, no sentido de que forjada a ocorrência de crime contra eles imputadas, causada pelo segundo e terceiro requeridos com apoio de agentes da máquina estatal, sendo que o processo crime e a prisão são medidas de caráter excepcional, não cabíveis em fatos de tamanha discrepância, bem detectada pelo Procurador de Justiça, com desfecho de impronuncia no Juízo Criminal. Entendem fazer jus à indenização por dano moral, ante os fatos narrados voltados para demonstrar o sofrimento experimentado no cárcere e consequências pelo injusto indiciamento e processamento criminal. Aduzem que, com a prolação da impronúncia, e o consequente trânsito em julgado, é que surgiu para os apelantes o direito à indenização, tendo em vista o contexto amplo dos fatos. No mais, afirmam a ausência de prescrição pronunciada em favor dos requeridos Mário e Emílio, enquanto *sub judice* os fatos apontados

Acesso ao Sumário

criminalmente, com suporte no art. 200, do CC. Enfim, quanto à FESP, consideram a sua responsabilidade civil ante o todo ocorrido na esfera penal (fls. 1.633/1.655).

Apresentadas contrarrazões da FESP (fls. 1.673/1.689) e dos requeridos Mário e Emílio, com prejudiciais de mérito (fls. 1.697/1.713).

Processado o recurso, subiram os autos.

É o relatório.

De início, compete esclarecer que, consoante o art. 14, do Código de Processo Civil de 2015, o recurso interposto será examinado de acordo com a legislação processual civil anterior (Lei nº 5.869/73), pois a r. sentença foi proferida ainda na sua vigência.

Trata-se de ação de indenização por danos morais e materiais proposta pelos apelantes que, em linhas gerais, estão relacionadas com a instauração de processo criminal com base em falsas denúncias efetivas pelos requeridos Mário Aristides e Emílio Carlos Aristides, sob o fundamento de tentativa de homicídio contra os últimos, e que ao cumprirem prisão preventiva decretada, sofreram sevícias e violências até de cunho sexual por outros detentos, com desfecho final de decretação de impronúncia dos acusados perante a Justiça Criminal.

Respeitado o entendimento contrário, ao caso dos autos não cabe o reconhecimento da prescrição em face dos requeridos Mário e Emílio, pois enquanto não concluído definitivamente o processo criminal não corre o prazo prescricional, conforme previsão expressa do art. 200, do Código Civil:

> *"Art. 200. Quando a ação se originar de fato que deva ser apurado no juízo criminal, não correrá a prescrição antes da respectiva sentença definitiva."*

Aliás, a doutrina civilista é assente quanto ao fato de a previsão legal acima não fazer distinção quanto à solução final no processo criminal – se há condenação ou absolvição ou outra forma de encerramento –, nem mesmo se há limitação quanto ao sujeito responsável, sendo que a prescrição fica suspensa desde o recebimento da denúncia ou queixa até o trânsito em julgado da sentença penal:

"A responsabilidade civil independe da criminal, entretanto não se poderá "questionar mais sobre a existência do fato ou sobre quem seja o seu autor, quando estas questões se acharem decididas no juízo criminal" (art. 935 do CC).

No CPP, regramento semelhante encontra-se nos arts. 63 a 67.

O CP (art. 91, I) estabelece que a sentença penal condenatória transitada em julgado torna certa a obrigação de indenizar, constituindo título executivo judicial (arts. 63 do CPP e 475-N, II, do CPC).

Acesso ao Sumário

Em tais circunstâncias, não fica prejudicado por ato criminoso impedido de ajuizar ação reparatória do dano, entretanto, se houver sentença penal condenatória, poderá executá-la contra o mesmo réu e, para isso, a lei forra de prescrição a vítima, para obter indenização, enquanto não julgada a ação penal.

A dificuldade se encontra em saber: a) se absolvido o réu, extinta sua punibilidade ou arquivado o inquérito policial, o prazo prescricional se terá transcorrido; b) quando se iniciou o período de suspensão ou se se trata de impedimento do curso do prazo prescricional.

A lei não diz que o prazo não corre apenas se a sentença for condenatória, de modo que o que a lei confere como causa de suspensão é que o fato seja suscetível de apuração no juízo criminal, logo, se houver absolvição ou qualquer outro modo do encerramento de processo penal que não impeça a ação indenizatória, ainda assim o prazo prescricional estará suspenso.

Quanto ao termo inicial da suspensão não se deve entender como a data do ilícito. O texto não se refere a fato que constitui crime, mas a fato que deve ser apurado no juízo criminal, e a verificação dessa circunstância só se dá com o recebimento da denúncia ou da queixa. Nesse sentido estão os comentários de Fabrício Zamprogna Matiello: "A suspensão da prescrição se dá desde o dia em que tiver início a ação penal, através do recebimento da denúncia ou medida afim, até que transite em julgado a correspondente sentença" (Código Civil comentado. São Paulo, Ltr, 2003, p. 161).

Não obstante a ação penal só se dirija contra os autores do dano, o prazo prescricional ficará suspenso, também, para o ajuizamento da ação contra os responsáveis, já que na lei não se encontra limitação desse efeito (art. 932 do CC)." (Código Civil comentado: doutrina e jurisprudência: Lei n. 10.406, de 10.01.2002: contém o Código Civil de 1916 – coordenador Cezar Peluso – 7. ed. rev. E atual. – Barueri, SP: Manole, 2013, pág. 149).

Dessa forma, ao contrário do posicionamento do Juízo singular, durante todo o curso do processo penal a prescrição estava suspensa, a partir do recebimento da denúncia em 27.01.2006 (fls. 115), até o trânsito em julgado ocorrido em 27.02.2012 (fls. 1.141).

Acesso ao Sumário

E não poderia ser diferente, pois a fundamentação jurídica apontada na petição inicial guarda forte relação com o resultado atingido na esfera criminal (impronúncia), como fator relevante para se reconhecer a farsa tramada pelas vítimas de suposto delito (tentativa de homicídio), na tentativa de incriminar os denunciados/autores, somada a atuação dos agentes estatais no processo criminal.

Portanto, aos autores desta demanda, o prazo prescricional para a propositura da ação indenizatória tem início a partir do conhecimento da

investigação criminal contra eles formalizada (novembro de 2005 – fls. 83/95) até o recebimento da denúncia (27.01.2006), com continuação da contagem prescricional depois do trânsito em julgado da decisão criminal.

E, como o presente feito indenizatório foi protocolado em 03.05.2013, por conseguinte, não se ultrapassou o triênio prescricional do art. 206, § 3º, inc. V, do Código Civil, com relação aos requeridos Mário Aristides e Emílio Carlos Aristides, muito menos a prescrição quinquenal em face da Fazenda Pública (art. 1º, do Decreto nº 20.910/32).

Desse modo, afasta-se o decreto de prescrição reconhecido na r. sentença, embora a improcedência da demanda seja medida de rigor.

Verifica-se das cópias do processo criminal juntadas aos autos que os apelantes foram preventivamente presos, do dia 09.02.2006 (fls. 195/202), sendo expedidos e recebidos os alvarás de soltura em 07.03.2006 (fls. 265/267).

No que toca isoladamente à prisão preventiva cumprida pelos autores, o Ilustre Magistrado bem observou que tal fato não é causa de pedir para a condenação, e mesmo que fosse, seria atingido pela prescrição.

Adotam-se os fundamentos de decidir, a seguir expostos:

"...Observe-se que inviável decidir a respeito da indenização por danos morais e materiais com base nos abusos cometidos contra os autores na prisão, porque esse fato não foi descrito como causa de pedir mas apenas como fundamento para a indenização por danos morais. A causa de pedir, repita-se é o fato de ter sido instaurado indevidamente o processo, como indevidamente decretada a prisão. De qualquer forma, se os fatos descritos, que teriam ocorrido enquanto presos os autores, fossem a causa de pedir - como seria possível, a propósito - teria ocorrido prescrição.

Assim, remanesce o pedido de indenização pelos danos morais e materiais causados pelo fato do processo crime, com todas as conseqüências daí advindas. Este pedido deve ser apreciado, uma vez que apenas em 2012 os réus foram impronunciados e só com o trânsito em julgado dessa decisão poderiam eles pleitear a indenização por danos morais, com esse fundamento..." (fl. 1.627).

Por outro lado, ainda que fosse causa de pedir para a condenação ao pleito indenizatório, importante destacar que os autores não produziram prova eficiente, como exige a regra do art. 333, inc. I, do CPC, de que sofreram inúmeros abusos em razão de outros detentos.

Conforme já se julgou nesta Corte de Justiça:

"RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS - AUSÊNCIA DE PROVAS - Morte após mais de 3 anos da saída da prisão - Ausência de nexo de causalidade e consequente responsabilidade do Estado - Alegação de violências e sevícias sofridas durante a prisão - Ausência de provas.

Acesso ao Sumário

RECURSO NÃO PROVIDO.

...

Quanto à alegação de "violências e sevícias sofridas", não foi produzida qualquer prova pelos autores (art. 333, inciso I do CPC).

Anulada a segunda sentença pelo Egrégio Tribunal de Justiça, desceram os autos para que fosse dada continuidade à instrução do processo.

Os autores arrolaram duas testemunhas, com a ressalva "INDEPENDENTEMENTE DE INTIMAÇÃO" (fls. 272), as quais não compareceram na audiência de instrução, de modo que houve preclusão de tal prova.

Além disso, não foi requerido ou juntado qualquer outro documento hábil a caracterizar as sevícias supostamente sofridas no cárcere.

Em que pese a triste situação do sistema prisional brasileiro atual não basta a simples afirmação de que o detento sofreu violações para caracterizar a responsabilidade do Estado. O dano deve ser provado, o que não ocorreu na fase processual oportuna..." (AC nº 0011594-14.1999.8.26.0562, 2ª Câmara de Direito Público, Relator José Luiz Germano, J. 06.03.2012, VU).

De todo modo, foi correto o reconhecimento da prescrição da pretensão indenizatória em virtude da prisão preventiva, sendo que as demais questões se confundem com o mérito.

No mais, da análise de todo o processado no âmbito criminal, não se verifica qualquer irregularidade que justifique a condenação dos requeridos.

Por mais que os apelantes se esforcem em demonstrar que foram vítimas de uma trama forjada pelos requeridos Mário e Emílio, de injustamente incriminá-los de tentativa de homicídio, somada a inconsistências nas denúncias delitivas, conforme frisado a fls. 04/06, fato é que existiam elementos suficientes para a persecução penal.

Por certo que nos autos criminais havia a presença de materialidade delitiva, sobretudo diante da perícia realizada posteriormente sobre o veículo Fiat Uno a qual constatou a presença de danos aparentes causados por projétil de arma de fogo (fls. 508/509).

Além disso, inobstante os indícios de autoria estejam embasados no teor das afirmações de Mário e de seus parentes, há também o depoimento de vigia local que corroborou as alegações do evento ocorrido no dia 21 de abril de 2005, momento em que ouviu três disparos de arma de fogo (fl. 46/47).

Ora, não há como se questionar a instauração de inquérito policial e posterior propositura de ação penal, diante dos elementos indiciários constatados pelos agentes públicos. A evidência, não há qualquer indicativo de que os agentes

Acesso ao Sumário

do Estado aliaram-se às vítimas para a promoção da acusação. Mais uma vez, os autores não produziram prova do alegado, nos termos do art. 333, I, do CPC.

Observe-se que o inquérito policial foi instaurado para apuração do crime insculpido no art. 121 cumulado com art. 14, inciso II, do Código Penal (fls. 32), recebida a denúncia e deferida a prisão preventiva pelos motivos lançados a fls. 115, com aditamentos posteriores recebidos (fls. 810 e 961), finalizado com a sentença de impronúncia dos acusados (fls. 1.130/1.132).

Aplica-se a responsabilidade objetiva do Estado para prestação de serviços públicos, inclusive de segurança pública e jurisdicional como no caso dos autos, conforme prevê a Constituição Federal:

> *"Art. 37, § 6º. As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa".*

Faz-se referência aos ensinamentos de MARIA SYLVIA ZANELLA DE PIETRO, que define serviço público como "*toda atividade material que a lei atribui ao Estado para que a exerça diretamente ou por meio de seus delegados, com o objetivo de satisfazer concretamente as necessidades coletivas, sob regime jurídico total ou parcialmente público*" (Direito Administrativo, Ed. Atlas, pág. 99).

Deve-se atentar que nem todo serviço prestado pelo Estado, direta ou indiretamente, é serviço público; somente assim será considerado aquele que satisfazer as necessidades essenciais dos cidadãos, como o do caso em tela, segurança pública e atividade jurisdicional.

A responsabilidade em questão, desta forma, independe de comprovação de dolo ou culpa do agente; seus únicos requisitos são a comprovação do dano e de consequente nexo de causalidade com o comportamento danoso, resguardado direito de regresso contra servidor causador do dano, em caso de dolo ou culpa deste.

No entanto, importante ressaltar que a teoria do risco administrativo prevê responsabilidade objetiva do Estado com exceções, conforme afirma ALEXANDRE DE MORAIS:

"No direito brasileiro, a responsabilidade civil do Estado é objetiva, com base no risco administrativo, que, ao contrário do risco integral, admite abrandamentos. Assim, a responsabilidade do Estado pode ser afastada no caso de força maior, caso fortuito, ou ainda, se comprovada a culpa exclusiva da vítima" (Direito Constitucional, Ed. Atlas, pág. 336).

MARÇAL JUSTEN FILHO acrescenta, ao rol de excludentes de responsabilidade civil do Estado, o exercício regular de direito:

"O exercício regular de direito pelo agente estatal significa que não

Acesso ao Sumário

haverá responsabilidade civil do Estado se tiverem sido observados todos os limites e deveres pertinentes ao dever de diligência. No cumprimento de seus deveres funcionais, o agente estatal adotou todas as precauções. Se vier a se consumar um dano em relação a terceiro, não haverá dever de indenizar" (Curso de Direito Administrativo, Ed. Saraiva, p. 804).

Repise-se que havia indícios que os recorrentes haviam praticado conduta capitulada em inquérito policial, ensejando a prisão preventiva e no trâmite regular do feito criminal.

O inquérito policial, por sua vez, transcorreu em total respeito à legalidade, nada constando que justifique qualquer abusividade em face dos autores.

Com efeito, a Polícia Civil e o Ministério Público agiram igualmente de acordo com a lei. O mesmo vale para os membros do Poder Judiciário, que em nenhum momento tomaram providências dolosas ou decidiram de forma viciada, ainda que evidente os transtornos causados aos autores em razão da suspeita levantada contra si.

Ensina EDMIR NETTO DO ARAÚJO que a atividade jurisdicional normal, sob aspecto penal e civil, pressupõe:

> "1) o processo regular, de acordo com as exigências, prazos e formalidades legais, sem vícios, nulidades ou atos tendenciosos;
>
> 2) a legitimidade das partes e a competência legal do órgão judiciário, magistrado singular ou colegiado;
>
> 3) uma decisão de acordo com o direito vigente ou aplicável, e mais que isso, com a justiça cabível ao caso concreto, para que ela seja operante e não inócua;
>
> 4) uma decisão de pleno acordo com a prova dos autos, apurada na instrução processual, e que traduza o mais possível, em termos de direito, o que realmente aconteceu e que foi trazido ao exame do Judiciário pelas partes litigantes" (Curso de Direito Administrativo, Ed. Saraiva, pág. 793/794).

Tais requisitos encontram-se presentes no decorrer de todo o processo penal.

Acesso ao Sumário

Observe-se que o poder jurisdicional tem independência funcional não respondendo pelas perdas e danos que suas decisões eventualmente possam causar às partes, salvo as hipóteses em que o Magistrado tenha agido com dolo ou desídia.

E, como bem consignado por YUSSEF SAID CAHALI: "*No cível, porém, circunscreve-se a responsabilidade do magistrado às hipóteses de dolo, fraude ou desídia no exercício das funções*", vícios não ocorridos *in casu* (Responsabilidade Civil do Estado – 3ª Ed. – Revista dos Tribunais – pág. 500).

Nesse sentido já se decidiu:

"A responsabilidade civil do Magistrado somente se configura quando se apura tenha ele agido por dolo ou fraude não pelo simples fato de haver errado. A independência funcional, inerente à Magistratura, tornar-se-ia letra morta se o juiz, pelo fato de ter proferido decisão neste ou naquele sentido, pudesse ser acionado para compor perdas e danos em favor da parte A ou da parte B pelo fato de a decisão ser reformada pela instância superior: seria a morte do direito: uma vez que cessaria o pendor para a pesquisa, estiolar-se-ia a formação de novos princípios. (TJ/SP – 1ª C. – Ap. j. 9.8.77 – RJTJSP 48/95)." (EDMIR NETTO DE ARAUJO – Curso de Direito Administrativo – 2ª Ed. – Saraiva – pág. 762).

E, no presente caso, não há qualquer indício de dolo ou comportamento fraudulento por parte do poder jurisdicional a justificar a concessão da indenização pretendida.

Para SÉRGIO CAVALIERI FILHO, *"(...) O que não nos parece aceitável é a amplitude que vem se procurando dar ao conceito de erro judicial, ao ponto de considerá-lo sinônimo de falta de prova. O benefício da dúvida, que no Direito Penal leva à absolvição (in dúbio pro reo), não tem o condão de servir de fundamento para a reparação civil. Falta de prova não é sinônimo de erro judicial, nem mesmo lato sensu. (...)*" (Programa de Responsabilidade Civil – 8ª Edição – Editora Jurídico-Atlas – pág. 261).

Dessa forma, não comprovaram os Autores qualquer ilegalidade ou abuso por parte dos agentes estatais envolvidos em todo o inquérito policial e a ação penal, fato que conduz à improcedência da ação.

Assim já se decidiu:

"APELAÇÃO. Responsabilidade civil do Estado. Indenização por danos morais. Prisão em flagrante. Absolvição ao final da ação penal. Prisão efetuada dentro dos limites legais que não se confundem com erro judiciário ou abuso de poder de agentes estatais. 'Artigo 386. O juiz absolverá o réu, mencionando a causa na parte dispositiva, desde que reconheça: I - estar provada a inexistência do fato; I - não haver prova da existência do fato; II - não constituir o fato infração penal; IV - não existir prova de ter o réu concorrido para a infração penal; V - existir circunstância que exclua o crime ou isente o réu de pena; VI - não existir prova suficiente para a condenação.' Repercutem na esfera administrativa as decisões baseadas nos incisos I e V; no primeiro caso, com base no artigo 935 do Código Civil e, no segundo, com esteio no artigo 65 do Código de Processo Penal. Não repercutem na esfera administrativa: 1. a hipótese do inciso II, porque o mesmo fato que não constitui crime pode corresponder a uma infração disciplinar; o ilícito administrativo

Acesso ao Sumário

é menos do que o ilícito penal e não apresenta o traço da tipicidade que caracteriza o crime; 2. as hipóteses dos incisos I, IV e VI, em que a absolvição se dá por falta de provas; a razão é semelhante à anterior: as provas que não são suficientes para demonstrar a prática de um crime podem ser suficientes para comprovar um ilícito administrativo." Ação julgada improcedente. Sentença mantida. Negado provimento ao recurso do autor." (AC nº 0016713-42.2010.8.26.0053, rel. Des. Oswaldo Luiz Palu, j. em 16/05/2012).

Sendo assim, não há que se falar em direito a indenização por conta do exercício regular de direito dos agentes estatais envolvidos.

De fato, o conjunto probatório anexado aos autos, produzido no decorrer do Inquérito Policial, continha indícios de autoria e materialidade suficientes para justificar a prisão preventiva dos Autores e a instauração de processo criminal.

O dissabor oriundo de todo o ocorrido na esfera criminal – que não deve ser ignorado – não tem o condão de legitimar o pagamento de indenização por danos morais e materiais por parte do Estado, já que não se verificou no caso concreto qualquer ilicitude por parte de seus agentes.

Vale dizer, não houve conduta ardilosa por parte dos agentes estatais para o fim de incriminar a FESP imotivadamente.

No máximo, poder-se-ia reconhecer que toda a trama ocorrida se deu exclusivamente pelos requeridos Mário e seu filho Emílio. Na hipótese, a alegação de terem criado falsa acusação é provável, todavia, não comprovada. O conjunto probatório nos autos não desvela tal circunstância.

A decisão de impronúncia se deu precipuamente porque depois da colheita de prova o indício de autoria contra os denunciados ficou afastado. Em resumo, a questão ficou no embate entre a versão apresentada pela vítima e o álibi dos acusados, sem ficar cabalmente demonstrado que houve trama articulada.

Aliás, como se viu a fls. 192/193, a própria Promotoria de Justiça aventou a necessidade de averiguação da armação por parte da vítima, no cometimento de crime de denunciação caluniosa (art. 339, do CP), contudo, sem maiores conclusões no curso do processo criminal.

Acesso ao Sumário

Por estes fundamentos, **DOU PARCIAL PROVIMENTO** ao recurso dos Autores, apenas para afastar o decreto de prescrição com relação aos requeridos Mário Aristides e Emílio Carlos Aristides, mantendo- se a improcedência da demanda com extensão para os requeridos acima, com a manutenção dos ônus sucumbenciais fixados em Primeiro Grau.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1042157-84.2015.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que é apelante PREFEITURA MUNICIPAL DE MOMBUCA, é apelado 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.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 35.693)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores RICARDO ANAFE (Presidente) e BORELLI THOMAZ.

São Paulo, 15 de junho de 2016.

FERRAZ DE ARRUDA, Relator

Ementa: ORDINÁRIA – PRETENSÃO DESTINADA À ANULAÇÃO DO COMUNICADO SDG Nº 32/2013, DO TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO, QUE ALERTA OS MUNICÍPIOS A RESPEITO DA ILEGALIDADE DAS CONTRATAÇÕES DE ESCRITÓRIOS DE ADVOCACIA ESPECIALIZADOS NA COBRANÇA DE VALORES A MAIOR RECOLHIDOS AO INSS – COMUNICADO QUE SE REVESTE DE MERO ALERTA AOS ENTES FEDERATIVOS MUNICIPAIS, AUSENTE CARÁTER VINCULATIVO – SENTENÇA EXTINTIVA DO FEITO COM FUNDAMENTO NA AUSÊNCIA DE INTERESSE PROCESSUAL MANTIDA – RECURSO DESPROVIDO.

VOTO

Cuida-se de recurso de apelação (págs. 490/501) interposto pelo Município de Mombuca contra os termos da r. sentença de págs. 475/477 que julgou extinta, sem resolução do mérito e com fundamento na ausência de interesse processual, a ação ordinária proposta contra a Fazenda do Estado de São Paulo em que objetiva a declaração de nulidade do Comunicado SDG nº 32/2013, do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, que proíbe todos os Municípios paulistas de contratar serviços advocatícios destinados à propositura de ação de repetição de indébito tributário ou para prestação de serviços de advocacia tributária mediante inexigibilidade de licitação.

Acesso ao Sumário

Consoante o MM. Juiz, referido comunicado apenas alerta as Administrações Municipais, não as obriga, na medida em que explicita o entendimento do Tribunal de Contas. Não se cogitando, por conseguinte, da produção de efeitos vinculativos, resulta totalmente inútil a declaração de nulidade pretendida visto que o posicionamento da Corte de Contas continuará o mesmo.

Em síntese, sustenta o apelante possuir autonomia que se expressa no poder de auto-organização, autogoverno e autoadministração. Logo, possui autonomia de contratar em consonância com o disposto no art. 37, XXI, da Constituição Federal. Pondera, entretanto, que o Comunicado SDG nº 32/2013, editado pelo Tribunal de Contas aos 28/08/2013, impede-lhe hodiernamente a contratação de serviços advocatícios destinados à repetição de indébito tributário ou para a prestação de serviços de advocacia mediante inexigibilidade de licitação, ainda que aos referidos profissionais atribuam-se as características de singularidade e notoriedade previstas no art. 25, II c.c. art. 13, II e V, da Lei nº 8.666/93. Refuta a decisão judicial ao argumento de que necessita da entrega da prestação jurisdicional justamente para firmar a pretendida contratação.

Tempestivo, o recurso foi contra-arrazoado (págs. 513/518). Subiram os autos a esta Corte.

É o relatório.

O Município de Mombuca ajuizou ação de rito ordinário contra a Fazenda do Estado de São Paulo objetivando a anulação do Comunicado SDG nº 3/2013, de lavra do Tribunal de Contas deste Estado que, segundo seu entendimento, viola o princípio da autonomia de contratar previsto no art. 37, XXI, da Constituição Federal e também no art. 25, da Lei Federal nº 8.666/93, que, como cediço, autoriza a dispensa de licitação quando houver inviabilidade da competição especialmente relacionada à contratação de serviços técnicos enumerados no art. 13 correspondente desde que sejam de natureza singular, com profissionais ou empresas de notória especialização.

Consoante a autora, ora apelante, referido comunicado inviabiliza a contratação de serviços de assessorias ou consultorias técnicas e de auditorias financeiras e tributárias, bem como o patrocínio ou defesa de causas judiciais ou administrativas com dispensa de licitação, a exemplo da presentemente pretendida, consistente na prestação de serviços advocatícios especializados na propositura de ações de repetição de indébito tributário.

Acesso ao Sumário

Explicita, neste diapasão, que a Municipalidade, em diversas gestões, efetuou o pagamento de tributos previdenciários a maior junto ao INSS. Porém, devido à complexidade da máquina estatal, a detecção desses pagamentos dependem da contratação de assessoria especializada desse jaez, não podendo ser exauridos pelos procuradores municipais.

Fundamenta o pedido de anulação na existência de vícios de inconstitucionalidade e de ilegalidade constantes de aludido Comunicado, justificando, assim, a procedência da ação.

A demanda foi extinta sem resolução do mérito e, inconformada, insurge-se a Municipalidade de Mombuca, todavia, sem razão.

Com efeito, segue adiante transcrito o inteiro teor do Comunicado SDG nº 3/2013 (pág. 91):

"O Tribunal de Contas do Estado de São Paulo alerta as Administrações Municipais sobre a ilegalidade e ofensa ao princípio da economicidade na contratação de empresas que indicam valores supostamente recolhidos a maior ao Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) *e sobre os mesmos auferem percentuais de 15% a 20% a título de honorários.*

Tais serviços podem e devem ser realizados pelos próprios servidores da Administração Municipal, sem a necessidade de onerar o erário municipal em percentuais sobre os recolhimentos, eventualmente, feitos a maior.

Ressalte-se que essa recuperação é feita unilateralmente, tornando-se descabidas essas contratações que, aliás, este Tribunal tem considerado irregulares com noticiamento ao Ministério Público do Estado para apuração das responsabilidades necessárias.

Por fim, anote-se que a Diretoria de Auditoria Eletrônica – AUDESP identificou todos os municípios que celebraram indigitadas contratações, encaminhando-se às áreas de fiscalização correspondentes para os devidos fins".

(destaques nossos)

Ora, como bem asseverado por esta Corte de Justiça no julgamento do Agravo de Instrumento nº 2228811-30.2015.8.26.0000, **aludido Comunicado apenas alerta os Municípios** no sentido de que serviços desse jaez devem ser realizados pelos próprios servidores da Administração Municipal, sujeitando-os, todavia, a eventuais consequências fiscalizatórias caso olvidado.

Não bastasse isso, é também inarredável que a Municipalidade autora não pode alegar desconhecimento da Lei nº 8.666/93, eis que é de sua incumbência atentar aos princípios constitucionais inerentes à atividade administrativa. Sem embargo, veda-se ao Poder Judiciário chancelar ato incerto e – aqui residindo o ponto nodal ao deslinde da questão –, atrelado à respectiva competência, sob pena de configurar ingerência indevida e violação ao princípio constitucional erigido à categoria de cláusula pétrea consistente na tripartição de Poderes.

Daí porque a manutenção da r. sentença extintiva do feito sem resolução do mérito com fundamento na ausência de interesse processual com fulcro no art. 267, VI, do CPC 1973 – época de sua prolação – afigura-se medida de rigor.

Consoante Enunciado Administrativo nº 7 do Superior Tribunal de Justiça

Acesso ao Sumário

e art. 14 da Lei Federal nº 13.105/2015, descabe, presentemente, o arbitramento e/ou majoração de honorários sucumbenciais recursais.

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

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0033225-66.2011.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que é apelante FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO, é apelado MURILO SILVA DOS SANTOS (ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA).

ACORDAM, em 3ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 29.096)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ANTONIO CARLOS MALHEIROS (Presidente sem voto), AMORIM CANTUÁRIA e MARREY UINT.

São Paulo, 2 de agosto de 2016.

JOSÉ LUIZ GAVIÃO DE ALMEIDA, Relator

Ementa: Concurso público – Candidato que foi impedido de prosseguir no concurso porque teve sua C.N.H. suspensa e teria faltado com a verdade no relatório – Motivo do afastamento na fase de investigação social que fugiu do razoável e da proporcionalidade – Manutenção da sentença – Recurso improvido.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de ação de mandado de segurança com pedido liminar impetrado por **Murilo Silva dos Santos** contra ato do **Secretário Estadual de Segurança Pública da Polícia Militar do Estado de São Paulo**. Diz a inicial que o impetrante se inscreveu no concurso para soldado PM de 2ª Classe QPPM (Quadro de Praças Policiais Militares), Curso de Formação de Soldado PM do Estado de São Paulo – edital nº DP – 002/321/09, e obteve êxito em todas as etapas. Todavia, restou considerado inabilitado na fase de investigação social da vida pregressa (Capítulo XII item – 3 do Edital). Irresignado com o resultado, ingressou com recurso administrativo, sendo que a autoridade manteve a

reprovação do impetrante. Sustenta o impetrante que a autoridade impetrada lhe feriu direito líquido e certo, pelo que busca o provimento jurisdicional.

Gratuidade e liminar deferidas a fls. 71.

Notificada, a requerida apresentou informações a fls. 76/96, informando o motivo da desclassificação, bem como defendendo a legalidade da fase de investigação social do candidato e da aceitação dos termos do edital quando da inscrição do impetrante. Documentos de fls. 97/111.

Manifestação do Ministério Público a fls. 125/129 pela concessão da ordem.

A ordem foi concedida (fls. 134/136) pelo Juiz *Dr. Maricy Maraldi* para anular o ato impugnado. Custas com a autoridade impetrada, sem condenação em honorários.

Insatisfeita, apela a FESP (fls. 140/149) insistindo na exclusão do candidato do certame.

Recurso tempestivo e contrariado a fls. 155/169.

Manifestação do Ministério Público a fls. 171 e da Procuradoria Geral de Justiça a fls. 176/180.

É o relatório.

Cinge-se a controvérsia dos autos em se determinar se correta ou não a exclusão do candidato do certame. Diz a FESP que o impetrante, ora apelado, não possui conduta social compatível com a exigida pela função, pois teria faltado com a verdade no relatório de sua investigação social e teria sua habilitação suspensa.

Alega a autoridade coatora que a análise e valoração dos documentos apresentados e da vida pregressa do candidato foram feitos de forma legítima e adequada, na fase de investigação social, e que teria autonomia para recomendar ou não o candidato ao serviço público, não podendo haver revisão de seus atos pela autoridade judiciária, pois seu controle se restringe apenas à legalidade.

Não há dúvida de que os atos administrativos podem ser apreciados e revistos pelo Poder Judiciário, inexistindo impedimento para se analisar os motivos da reprovação do candidato no concurso público de que participou.

Cinge-se a controvérsia em saber se o impetrante tinha ou não aptidão para assumir o cargo de policial militar.

Nos termos do artigo 37 I da Constituição Federal, a Administração Pública pode impor pré-requisitos para a admissão de servidores em seus quadros, tendo poder discricionário para não aceitá-lo.

Se tudo isso é verdade, a liberdade para estabelecer as balizas para os concursos públicos deve sempre render conta ao princípio da razoabilidade, podendo o Poder Judiciário apreciar e até mesmo reprimir as ilegalidades

Acesso ao Sumário

eventualmente cometidas, não se tratando, portanto de ingerência na discricionariedade do mérito do ato. Mas a afronta ao princípio deve ser patente, não podendo o Poder Judiciário substituir a discrição do executivo pela sua.

Nesse sentido os ensinamentos de Hely Lopes Meirelles:

> "A rigor, a discricionariedade não se manifesta no ato em si, mas sim no poder de a Administração praticá-lo pela maneira e nas condições que repute mais convenientes ao interesse público. Daí a justa observação de Nunes Leal de que só por tolerância se poderá falar em ato discricionário, pois certo é falar-se em poder discricionário da Administração. (...). Já temos acentuado, e insistimos mais uma vez, que ato discricionário não se confunde com ato arbitrário. Discrição e arbítrio são conceitos inteiramente diversos. Discrição é liberdade de ação dentro dos limites legais; arbítrio é ação contrária ou excedente da lei. Ato discricionário, portanto, quando permitido pelo Direito, é legal e válido; ato arbitrário é, sempre e sempre, ilegítimo e inválido" ("Direito Administrativo Brasileiro", 33ª. Ed., p. 169).

Certo que o edital faz lei entre as partes. Segundo o item 4 do capítulo XII – Da Investigação Social: "*A investigação social será realizada de tal forma que identifique condutas inadequadas e reprováveis do candidato*.". Esta fase do concurso tinha caráter eliminatório.

O recorrido logrou a aprovação nas fases precedentes do concurso (prova objetiva e prova de aptidão psicológica), mas foi considerado inapto na fase de "investigação social", prevista no edital, entendendo a Administração Pública que o candidato não teria conduta ilibada para ingressar na polícia militar, pois, teve sua Carteira de Habilitação Nacional suspensa pelo cometimento de infrações de trânsito e porque teria faltado com a verdade ao preencher seu histórico.

Percebe-se que, de fato, existiram quatro ocorrências de trânsito contra o recorrido, algumas na condução de veículo pertencente a sua suposta ex-sogra, conforme apontado pela autoridade coatora como justificativa para não aprovação do candidato.

Ocorre que a mesma autoridade não demonstrou que a quarta anotação – dirigir sem possuir C.N.H. ou permissão (fls. 111) –, que condiz com os fatos narrados pelo apelado, não tenha de fato ocorrido conforme o relatado por ele. Os documentos pela autoridade coatora a fls. 108/111 em nada descreditam a tese do impetrante, ora recorrido, pelo que não pode ser responsabilizado.

Assim, de acordo com o conjunto probatório coligido nos autos, a reprovação do candidato veio suficientemente desmotivada pela Administração Pública, não sendo razoável mas desproporcional aos fatos coligidos, não se podendo obrigar o Poder Público a confirmar a exclusão do recorrido.

Mantém-se, pois, a decisão de primeiro grau em seus exatos termos e por seus próprios fundamentos.

Dessarte nega-se provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 3008521-34.2013.8.26.0451, da Comarca de Piracicaba, em que são apelantes M.S.M. (MENOR(ES) REPRESENTADO(S)) e G.M.S. (REPRESENTANDO MENOR(ES)), é apelado FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 7ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso e fixaram a indenização por dano moral em R$ 20.000,00 (vinte mil reais). V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 32.996)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores COIMBRA SCHMIDT (Presidente sem voto), EDUARDO GOUVÊA e LUIZ SERGIO FERNANDES DE SOUZA.

São Paulo, 1º de agosto de 2016.

MAGALHÃES COELHO, Relator

Ementa: AÇÃO ORDINÁRIA – Indenização por danos morais e materiais – Comentário de professora em sala de aula que ensejou "brincadeira" feita pelos colegas – Alegado abalo psicológico no aluno – Nexo de causalidade reconhecido – Responsabilidade objetiva do Estado – Recurso provido.

VOTO

Vistos etc.

I. Trata-se de ação de indenização por danos morais e materiais ajuizada por M.S.M. (menor representado) e G.M.S. (representando o menor) em face da Fazenda do Estado de São Paulo, sob fundamento de que o menor representado foi comparado com um ator famoso pela professora nas mediações da escola, fazendo com que os outros colegas afirmassem tal alegação, inclusive, mencionando que ele parecia o personagem "Felix" da novela "Amor à Vida", isso fez com que o Autor ficasse abalado, com posterior transferência para outra escola, pois naquela não queria mais permanecer. Objetivam assim, indenização por danos morais no valor de R$ 200.000,00 (duzentos mil reais), bem como a

Acesso ao Sumário

condenação da requerida para que seja compelida a pagar tratamento psicológico em favor do Autor.

II. O pedido foi julgado improcedente, nos termos do art. 269, inciso I, do Código de Processo Civil. Sucumbentes arcarão com as custas e despesas processuais, bem como, honorários advocatícios fixados em R$ 3.000,00 (três mil reais), respeitada a gratuidade processual.

III. Inconformados, os autores interpuseram recurso de apelação.

Os autores alegam, em síntese, a reforma da sentença ante o evidente dano moral sofrido, pelo comentário da professora feito em sala de aula, ensejando brincadeiras de mau gosto feitas pelos colegas, quando o comparou com um Autor e confirmou que ele parece o personagem "Felix" da novela "Amor à Vida", fazendo com que ficasse abalado, inclusive, com posterior transferência para outra escola, pois naquela não queria mais permanecer. Em razão disso, pugnou pela reforma da sentença.

IV. Foram apresentadas contrarrazões.

V. A Procuradoria de Justiça opinou pelo não provimento do recurso.

É o relatório.

Trata-se, como se vê, de recurso de apelação ofertado por Autor-menor em ação de indenização por danos morais e materiais proposta em face da Fazenda do Estado, em razão de episódio ocorrido no interior de escola pública, motivada por comentário desrespeitoso de uma professora e colegas de sala de aula e que julgada improcedente na origem.

O recurso merece provimento.

Com efeito, a narrativa dos autos revela que o Autor quando matriculado no 6º (sexto) ano do ensino fundamental de escola pública, na cidade de Piracicaba, foi objeto de comentário desairoso por parte de professora de Geografia que a pretexto de coibir conversas na sala de aula, sem qualquer motivo ou fato relacionado à aula, a ele se dirigindo, disse que parecia com um ator muito famoso.

Acesso ao Sumário

Esse comentário da professora provocou a imediata adesão de alguns alunos da classe que passaram a afirmar ser ele parecido com o "Felix", então personagem do ator Mateus Solano, na novela "Amor à Vida", tipo de homossexual caricato e de caráter duvidoso, mas que mercê do inegável talento do ator, transformou-se em protagonista do enredo.

Não fora o já suficiente, a professora confirmou a referência, o que veio incentivar as ofensas ao Autor nesse mesmo dia e, no dia seguinte, quando retornou à escola, o que lhe causou evidente abalo psicológico, retratado, inclusive, pela sua recusa em voltar às aulas.

Esse fato, inclusive, com repercussão na mídia local, motivou a sua

transferência para outra escola, bem distante da sua residência.

Essa narrativa é absolutamente confirmada pela prova oral colhida durante a instrução processual, assim como na "ata da reunião de avaliação" realizada na escola, na qual a professora desculpou-se com o ato.

Induvidosamente, portanto, os fatos que motivaram a lesão moral ao Autor decorreram de ações de agente do Estado e em estabelecimento de ensino público, a cuja guarda estava confiado o Autor-menor e que lhe cumpria garantir-lhe a integridade física e psíquica.

Dessa ação decorreu o dano, com o que fica, desde logo, evidenciado o nexo de causalidade e, portanto, os pressupostos caracterizadores de responsabilidade civil do Estado.

Os fatos ocorridos no interior de uma escola pública e motivado por comentário infeliz, ainda que episódico, de uma professora ganha ainda contornos mais graves.

Certo que a escola é o local da convivência, do incentivo à liberdade da tolerância e do respeito e, ainda, da promoção da dignidade humana.

Local onde se forjam as personalidades das crianças e adolescentes, a se expressarem tanto no espaço da vida privada, como no espaço da cidadania e da "pólis", o Estado.

Bem por isso se impõe às famílias, à sociedade e ao Estado, o dever de promover esses vetores axiológicos da Constituição Federal, como ainda, de colocar as crianças e adolescentes a salvo de toda forma de negligência, discriminações, explorações, violência, crueldade e opressão.

Missão que a escola não conseguiu cumprir nesse lamentável episódio em relação ao Autor.

Como não se pode ignorar, – e esse aspecto a sentença monocrática, não conseguiu alcançar, mercê de um discurso generalizante –, é que o Autor à época dos fatos contava com apenas 11(onze) anos de idade e, portanto, em pleno desenvolvimento físico e psicológico e, naturalmente, ao ver-se comparado com a caricata e bizarra personagem, sentiu-se magoado e demonstrou dificuldades psicológicas em lidar com a desconfortável situação de modo a, inclusive, transferir-se da escola.

Os signos linguísticos, as expressões e as imagens não são discriminatórios em si. Dizer-se judeu, negro, homossexual, pobre, em si mesmo não é ofensivo à honra de qualquer pessoa.

Na abstração dos conceitos, o negro, o judeu, o árabe, o nordestino, são só adjetivos qualificativos da raça, cor, ou religião, sem qualquer conotação pejorativa, à evidência.

Como, todavia, não vivemos na abstração dos signos linguísticos, esses

Acesso ao Sumário

só ganham dimensão e concretude numa referência com o real.

Não se cuida, aqui, portanto, de se consultar dicionários, mas de analisar em que contexto esses conceitos incidem para se confirmar o seu conteúdo discriminatório.

Mas os signos não se expressam abstratamente. Veículos que são da comunicação humana expressam-se socialmente e, aí, nesse contexto social podem adquirir uma significação de humilhação, como na hipótese ao se agregar ao Autor, a imagem caricata do homossexual e mau-caráter do personagem "Felix".

A lesão à esfera de personalidade do Autor, conquanto não vista pela sentença monocrática, é mais do que evidente e se produziu na alteração do seu comportamento em casa, na necessidade de intervenção de uma psicóloga e da recusa ao retorno as aulas.

O episódio, gravíssimo, em si mesmo, revelou-se ainda mais cruel por ter sido originado por um comentário de uma professora, enfim, uma educadora a quem se reserva o papel de contribuir para a formação da personalidade das crianças e adolescentes e de quem, por essa razão mesma, exige-se uma conduta que esteja em harmonia com sua relevante missão.

Não se cuida, aqui, à evidência de condenar a professora que, inclusive, à vista da repercussão dos fatos, teve a grandeza de se desculpar com o Autor, mas de censurar o seu ato em dissonância com as responsabilidades do seu cargo.

As diversas formas de violência, sejam físicas ou simbólicas, como na hipótese, e os preconceito de classe social, racial, religiosa ou de opção sexual, não podem ser minimamente tolerados nos espaços privados ou públicos e, notadamente, em uma escola.

Certo que os colegas do Autor não tinham condições psicológicas para mensurar a dimensão da violência que lhe foi imposta e não se cuida, portanto, de censurá-los, mas ao Estado a quem incumbia promover a tolerância e não incentivar, por via de comentários homofóbicos próprios, aliás, de uma sociedade autoritária –, e de brincadeiras de gosto duvidoso, a ofensa à dignidade do Autor ou de pessoas outras que, pela simples razão de serem diferentes, se tolera e autoriza a agressão física ou simbólica.

Acesso ao Sumário

A afirmação da sentença monocrática no sentido de que a referência à opção sexual pela homossexualidade, não poderia ser considerada uma qualidade pessoal negativa apta a gerar um dano psicológico, soa bem no plano da discursividade abstrata, mas desconhece e não poderia fazê-lo, que no plano das relações humanas e sociais concretos, essa referência é usada como forma de agressão, de preconceito, de uma violência simbólica que deixa marcas profundas em seus destinatários.

O que não dizer, quando se está, como na hipótese, a analisar episódio

que envolve uma criança e, ainda, no espaço público de uma escola, quando todos sabemos que o Estado, por meio de seus agentes públicos e, aqui, ressalte-se, especialmente os educadores, devem adotar um discurso e uma prática que promovam o desenvolvimento integral da personalidade, da tolerância, do respeito e da igualdade.

Por isso, a sentença monocrática que produziu um discurso generalizante, abstrato e desconhecedor que essas nocivas práticas tem no meio social, não fez justiça ao Autor e não merece prevalecer.

Os danos morais suportados pelo Autor, portanto, não mais do que evidentes e decorrem da própria situação a que foi exposto.

Sua reparação jamais poderá ser integral ou matemática.

Consiste, no mais das vezes em uma censura ao comportamento que o gerou, além do evidente caráter pedagógico.

Bem por isso, balizado pela razoabilidade e proporcionalidade, de modo a não se permitir um excesso, nem o aviltamento e, ainda, com consideração à sua extensão e atuação posterior dos agentes públicos, ficam arbitrados em R$ 20.000,00 (vinte mil reais).

Dai o porquê, dá-se provimento ao recurso para condenar-se a Fazenda do Estado com o pagamento de indenização de R$ 20.000,00 (vinte mil reais) a título de dano moral, com incidência de correção monetária da data do arbitramento e juros de mora a partir da citação, no percentual da legislação de regência específica da Fazenda Pública.

Condena-se a ré, outrossim, nas custas processuais e honorários advocatícios que se arbitra em 20% (vinte por cento) sobre o valor da condenação.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1002861-55.2015.8.26.0344, da Comarca de Marília, em que é apelante/apelado CARLOS ANDRÉ SOARES DE LIMA (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado/apelante FAZENDA PÚBLICA 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: Recurso do autor desprovido e recurso da Fazenda Estadual parcialmente provido. V.U., de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 19.763)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores MARIA LAURA TAVARES (Presidente), FERMINO MAGNANI FILHO e FRANCISCO

Acesso ao Sumário

BIANCO.

São Paulo, 6 de agosto de 2016.

MARIA LAURA TAVARES, Relatora

Ementa: APELAÇÃO CÍVEL – INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – PRISÃO INDEVIDA – Ausência de expedição de contramandado de prisão – Autor recolhido à Cadeia Pública por constar como procurado pela Justiça – Evidente falha no serviço público – Indenização devida – Valor fixado pela r. sentença que deve ser reduzido – Honorários advocatícios bem fixados – Recurso do autor desprovido e recurso da Fazenda Estadual parcialmente provido.

VOTO

Trata-se de ação de indenização ajuizada por CARLOS ANDRÉ SOARES DE LIMA contra a FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO, visando obter indenização pelos danos morais que suportou com a sua prisão indevida. Diz que foi preso em 15.12.2014 em razão de mandado de prisão que havia sido expedido no âmbito de execução de alimentos extinta com trânsito em julgado em 13.01.2014. Diz que o Juízo equivocadamente esqueceu de revogar a ordem prisional, o que gerou sua prisão ilegal, e que só foi liberado em 17.12.2014. Pede indenização pelos danos morais suportados.

A r. sentença de fls. 77/79, cujo relatório é adotado, julgou parcialmente procedente o pedido para condenar a requerida ao pagamento de indenização por danos morais no valor correspondente a 30 (trinta) salários mínimos em vigor na data da sentença, com atualização monetária pela Tabela Prática do E. TJSP a partir da sentença (Súmula 362 do STJ) até o efetivo pagamento, sem prejuízo da incidência de juros moratórios calculados na forma do artigo 1º-F da Lei 9494/97, a contar da citação.

Condenou a FESP ao pagamento de honorários advocatícios fixados em 10% sobre o valor da condenação. O MM. Juiz entendeu que a prisão decorreu de erro, já que a execução de alimentos intentada contra o autor foi extinta por sentença datada de 16/12/2013, com trânsito em julgado em 13/01/2014, e que o erro foi tacitamente reconhecido na decisão de fls. 22/23, que determinou a expedição de alvará de soltura, justamente em razão da extinção do feito.

O autor apresentou recurso de apelação a fls. 83/88 pedindo a majoração do valor da indenização e da verba honorária.

Acesso ao Sumário

A Fazenda do Estado de São Paulo apresentou recurso de apelação a fls. 89/101 alegando, em síntese, que inaplicável ao caso a teoria da responsabilidade objetiva, já que se trata de ato jurisdicional. Diz que deve ser aplicado o disposto no artigo 133, inciso I, do Código de Processo Civil, e que apenas o erro judiciário eivado de dolo, fraude ou má-fé pode ensejar a responsabilidade do Estado. Aduz que aos atos judiciais típicos aplica-se a responsabilidade subjetiva e que o Estado somente responde nos casos em que for comprovado que o Magistrado, ou seus subordinados, agiram com dolo ou fraude. Sustenta que não basta a mera demonstração da conduta e do nexo de causalidade. Destaca que a ilicitude é o elemento primordial que deveria ter sido demonstrado pelo autor, e não foi. Por fim, diz que não há dano moral, que não foi comprovado abalo psicológico suportado pelo autor.

Recursos recebidos (fl. 102) e bem respondidos (fls. 104/109 e 110/115).

Recursos tempestivos e regulares (fl. 116).

É o relatório.

Tem-se dos autos que, em 23.05.2013, foi expedido contra o autor mandado de prisão em razão de dívida de alimentos (fl. 15). Em 16.12.2013 foi homologada a desistência da ação e julgado extinto o processo (fl. 16), com trânsito em julgado em 13.01.2014 (fl. 17).

Ocorre, entretanto, que em 15.12.2014, às 23:46 hrs, o autor foi abordado por policial e, como constava no sistema informatizado da Polícia ordem de prisão em seu nome, foi levado à Cadeia Pública de Pompéia. O autor foi liberado apenas em 17.12.2014 (fls. 22/24).

O autor diz que sofreu danos morais em decorrência da prisão indevida, que ocorreu em razão da omissão estatal em revogar a ordem prisional.

Tem-se dos autos que a prisão do autor de fato decorreu de omissão da administração, que deixou de expedir o contramandado de prisão.

Não se trata, no caso dos autos, de erro judiciário propriamente dito, como alega a Fazenda Estadual. O erro judiciário é o "*ato jurisdicional equivocado e gravoso a alguém, tanto na órbita penal como civil; ato emanado da atuação do juiz (decisão judicial) no exercício da função jurisdicional*"[1].

O dano causado pelo erro judiciário não se confunde com o dano causado pela atividade judiciária. O último ocorre quando há falta do serviço judiciário, desídia dos serventuários, mazelas do aparelho policial. Nesse caso, como ensina Sérgio Cavalieri Filho, "*é cabível a responsabilidade do Estado amplamente com base no art. 37, §6° da Constituição ou na culpa anônima (falta do serviço), pois trata-se, agora sim, de atividade administrativa realizada pelo*

Acesso ao Sumário

1 *Programa de Responsabilidade Civil*, Sérgio Cavalieri Filho, 11ª ed., 2014, Ed. Atlas, São Paulo, p. 323.

Poder Judiciário"[2].

No caso dos autos, houve omissão expedição de contramandado de prisão, configurando verdadeira falha no serviço público.

Patente o dano suportado pelo autor, com a sua indevida prisão, sendo evidente e inafastável a falha apta a ensejar a responsabilização da Administração.

Este é o entendimento do C. Superior Tribunal de Justiça:

"DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO – RESPONSABILIDADE OBJETIVA – PRISÃO ILEGAL – DANOS MORAIS.

1. O Estado está obrigado a indenizar o particular quando, por atuação dos seus agentes, pratica contra o mesmo, prisão ilegal.

2. Em caso de prisão indevida, o fundamento indenizatório da responsabilidade do Estado deve ser enfocado sobre o prisma de que a entidade estatal assume o dever de respeitar, integralmente, os direitos subjetivos constitucionais assegurados ao cidadão, especialmente, o de ir e vir.

3. O Estado, ao prender indevidamente o indivíduo, atenta contra os direitos humanos e provoca dano moral ao paciente, com reflexos em suas atividades profissionais e sociais.

4. A indenização por danos morais é uma recomposição pelo sofrimento vivenciado pelo cidadão, ao ver, publicamente, a sua honra atingida e o seu direito de locomoção sacrificado.

5. A responsabilidade pública por prisão indevida, no direito brasileiro, está fundamentada na expressão contida no art. 5º, LXXV, da CF.

6. Recurso especial provido" (REsp nº 220.982/RS – Relator: Ministro José Delgado – j. 22.2.2000).

"PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. PRISÃO INDEVIDA. DANOS MORAIS EXORBITANTES. REDUÇÃO. ART. 535 DO CPC. NÃO VIOLAÇÃO. ART. 133 DO CPC. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 211/STJ. ART. 538 DO CPC. AUSÊNCIA DE CARÁTER PROTELATÓRIO. SÚMULA 98/STJ. (...)

3. O Tribunal a quo entendeu presente o erro judiciário, apto a gerar a responsabilidade indenizatória, porque substancial, inescusável e culposo, decorrente de prisão indevida do autor, como depositário infiel, fixados em 200 salários mínimos a compensação por danos morais.

4. O tempo de duração da prisão indevida é fator influente ao cálculo

Acesso ao Sumário

2 *Programa de Responsabilidade Civil*, Sérgio Cavalieri Filho, 11ª ed., 2014, Ed. Atlas, São Paulo, p. 326.

da compensação por danos morais. Considerado que pelo tempo de cárcere, aproximadamente sete horas, a fixação do dano moral em 200 salários mínimos é exorbitante, devendo ser reduzida para a quantia de R$ 10.000,00 (dez mil reais), que melhor se ajusta aos parâmetros adotados por esta Corte.

(...) Recurso especial parcialmente provido." (REsp 1209341/SP – Relator: Ministro Humberto Martins – j. 21.10.2010).

"PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. DEFICIÊNCIA NA FUNDAMENTAÇÃO. SÚMULA 284/STF. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO ESTADO. FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL. PRISÃO EQUIVOCADA. ORDEM JUDICIAL EXPEDIDA CONTRA PESSOA HOMÔNIMA. DANO MORAL. INDENIZAÇÃO. VALOR EXORBITANTE.

1. O Juízo de 1º grau condenou a União ao pagamento de indenização por danos morais decorrentes da prisão equivocada da recorrida, homônima da depositária infiel contra quem se dirigiu a ordem judicial. A sentença foi mantida pelo Tribunal Regional.

(...)

4. Ademais, o julgador ordinário entendeu que, embora não tenha havido erro judiciário stricto sensu - pois a prisão foi determinada com base nas informações dadas pela parte reclamante no processo trabalhista -, houve falha na prestação do serviço administrativo, por não terem sido atendidas as formalidades necessárias no ato que supostamente teria dado prévia ciência do dever de restituir o bem depositado, medida que poderia ter evitado o constrangimento da prisão.

5. É possível a revisão da quantia indenizatória, na via especial, quando se mostrar irrisória ou exorbitante diante da situação fática estabelecida no acórdão recorrido, em flagrante violação aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, sem que isso signifique afronta ao óbice da Súmula 7/STJ. Precedentes do STJ.

6. A leitura do acórdão recorrido evidencia que a recorrida ficou detida por pouco mais de seis horas, tendo sido liberada logo após a constatação da homonímia. Além disso, a instância ordinária reconhece que o equívoco decorreu também da conduta da parte reclamante do processo trabalhista, ao indicar endereço errôneo.

7. Sem embargo do constrangimento causado com a prisão indevida, o julgamento feito pela instância ordinária não está assentado em constatação de dor, repercussão social ou outras consequências graves de ordem moral que justifiquem o pagamento de indenização no valor de R$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil reais) pela União.

Acesso ao Sumário

8. A par da premissa fática estabelecida no acórdão recorrido, considero razoável a redução do valor de indenização por danos morais para R$ 50.000,00 (cinquenta mil reais).

9. Recurso Especial parcialmente conhecido e, nessa parte, provido." (REsp 1147513/SC – Relator: Ministro Herman Benjamin – j. 17.08.2010).

Em caso semelhante, já decidiu esta C. 5ª Câmara de Direito Público:

"Direito Constitucional e Administrativo – Ação Ordinária – Responsabilidade Civil – Danos Morais – Emissão de contramandado de prisão – Recolhimento indevido – Omissão – Indenização – Cabimento – Dúvida não há que ficou demonstrada a responsabilidade do Estado pelo dano moral sofrido pelo demandante. O Estado, ao emitir voz de prisão indevidamente uma vez que havia, há quase sessenta dias, um contramandado de prisão, garantindo o direito de liberdade do requerente, proporcionou com esse agir, sensação de humilhação e de ser um foragido da justiça. Decisão mantida – Recursos desprovidos" (Apelação Cível nº 9072079- 09.2009.8.26.0000, Rel. Des. Xavier de Aquino, j. 31.01.2011).

Outro não é o entendimento deste E. Tribunal de Justiça:

"***RESPONSABILIDADE CIVIL – DANOS MORAIS – Detido indevidamente em razão de mandado de prisão expedido quase 1 (um) ano e meio após o contramandado. Devida a indenização por danos morais, presentes os requisitos para sua concessão. Valor excessivo. Necessária redução. Precedentes. Prejudicado o apelo do autor. Recurso da FESP provido, em parte. Prejudicado o adesivo do autor" (Apelação Cível n° 0000568-85.2010.8.26.0577, 6ª Câmara de Direito Público, Rel. Des. Evaristo dos Santos, j. 25/06/2012).***

"Indenização - Responsabilidade civil do Estado Depositário - Dívida Paga - Abordagem policial descabida, efetuada quase quatro meses após expedição do contramandado de prisão - Nexo causal, suficientemente comprovado - Danos morais - Ocorrência - Quantum indenizatório adequadamente fixado" (Apelação Cível n° 0016619-48.2008.8.26.0576, 2ª Câmara de Direito Público, Rel. Des. Alves Bevilacqua, j. 12/06/2012).

"Responsabilidade civil do Estado – Autor que foi preso ao tentar obter certidão de antecedentes criminais, no Poupa-Tempo, pelo fato de não ter sido expedido contramandado de prisão em ação de alimentos – Falha funcional expressiva – Dano moral verificado – Obrigação de indenizar presente (CF, art. 37, § 6º) – Redução, entretanto, do valor arbitrado – Ação parcialmente procedente – Recursos parcialmente providos

(oficial e voluntário)" (Apelação Cível n° 0004327-43.2011.8.26.0053, 10ª Câmara de Direito Público, Rel. Des. Urbano Ruiz, j. 14/05/2012).

"RESPONSABILIDADE CIVIL – Danos morais – Prisão civil por pensão alimentícia, após expedição de contramandado – Danos morais sofridos por falta de serviço – Dor e sofrimento experimentados – Dever de indenizar, mas com razoabilidade e proporcionalidade – Aplicação, quanto aos juros e correção monetária, do novo art. 1º-F, da Lei 9.497/97, com redação da Lei 11.960/09 – Recurso parcialmente provido" (Apelação Cível n° 0601707-14.2008.8.26.0053, 11ª Câmara de Direito Público, Rel. Des. Francisco Vicente Rossi, j. 06/02/2012).

Portanto, tem o autor direito a se ver indenizado dos danos morais que suportou, como bem reconheceu a r. sentença.

Merece reparo apenas o montante arbitrado, uma vez que o dano não teve a intensidade e nem a extensão pretendidos pelo autor.

O valor da indenização por dano moral deve se mostrar adequado e suficiente ao atendimento do binômio que deve nortear a fixação da indenização por danos morais. Deve ter conteúdo repressivo para que a ré se abstenha de condutas congêneres e de caráter retributivo da dor suportada pelo autor.

É certo que a fixação do valor devido como indenização por danos morais sempre se mostrou tormentosa.

In casu, a indenização pelos danos morais deve ser fixada no valor de R$10.000,00 (dez mil reais), valor este que é adequado para compensar a dor suportada pelo autor, em razão da prisão indevida por dois dias, e atende ao binômio de compensação da dor suportada, além de reprimir desagradáveis condutas similares por parte da ré, sem que seja fonte de enriquecimento sem causa por parte do autor.

Os honorários advocatícios foram bem fixados, levando em consideração o grau de zelo do profissional, o lugar de prestação do serviço, a natureza e a importância da causa, o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço. Dessa forma, não merecem reparo.

Assim, deve ser parcialmente provido o recurso da Fazenda Estadual, apenas para reduzir o valor da indenização.

Pelo exposto, pelo meu voto, nego provimento ao recurso do autor e dou provimento parcial ao recurso da Fazenda Estadual, apenas para reduzir o valor da indenização.

Eventuais recursos que sejam apresentados deste julgado estarão sujeitos a julgamento virtual. No caso de discordância esta deverá ser apresentada no momento da apresentação de referidos recursos.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0037804-23.2012.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que é apelante ADIAL BRASIL – ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA PRÓ DESENVOLVIMENTO REGIONAL SUSTENTAVEL, é apelado FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 6ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U. Sustentou oralmente o Dr. Luís Augusto Bernardine de Carvalho.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 34.400)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores EVARISTO DOS SANTOS (Presidente), SIDNEY ROMANO DOS REIS e REINALDO MILUZZI.

São Paulo, 25 de julho de 2016.

EVARISTO DOS SANTOS, Relator

Ementa: AÇÃO COLETIVA

Pretensão de ver declarada em favor das associadas da autora, a possibilidade do aproveitamento dos créditos de ICMS decorrentes de operações realizadas com fornecedores de outros Estados beneficiados por incentivos fiscais não aprovados pelo CONFAZ. Vedação contida no parágrafo único do art. 1º da Lei nº 7.347/85 totalmente aplicável às ações coletivas. Inadmissível ação coletiva veiculando pretensão que envolva tributo. Extinção mantida.

Recurso não provido.

VOTO

1. Trata-se de **apelação** de sentença (fls. 156/158) extinguindo sem julgamento de mérito, por inadequação processual, **ação declaratória** (fls. 02/35) ajuizada para que seja declarada em favor das associadas da autora, a legitimidade dos créditos de ICMS em operações interestaduais, para aproveitamento na forma da legislação tributária, mesmo quando o fornecedor no Estado de origem seja beneficiado por incentivo fiscal não aprovado por Convênio do CONFAZ.

Sustentou, em resumo, estar equivocada a decisão. Cabível a ação declaratória para obtenção de certeza jurídica quanto à questão aventada –

aproveitamento de créditos. Não se trata de mandado de segurança coletivo ou ação civil pública. Não se pretende a declaração de inconstitucionalidade de qualquer dispositivo. Direito a crédito do imposto constitui relação jurídica de natureza financeira. Daí a reforma (fls. 161/170).

Respondeu-se (fls. 177/186).

É o relatório.

2. Infundada a pretensão recursal.

Trata-se de **ação declaratória** ajuizada pela Associação Brasileira Pró Desenvolvimento Regional Sustentável – ADIAL Brasil pretendendo a declaração **em favor de suas associadas** de "*... legitimidade dos créditos do ICMS em operações interestaduais, para o seu devido aproveitamento na forma prevista na legislação tributária, ainda quando o fornecedor no Estado de origem esteja favorecido por incentivos e benefícios fiscais não aprovados em convênio do CONFAZ...*" (fls. 34).

R. sentença, diante da pretensão coletiva, nos termos da **Lei nº 7.347/85, art. 1º, parágrafo único**, extinguiu a ação sem julgamento de mérito.

Inconformada, apela a autora. Sem razão, no entanto.

Ela sustenta não se tratar de ação civil pública regida pela Lei nº 7.347/85 ou de segurança coletiva, aduzindo ser possível, por meio de declaratória, pleitear coletivamente o reconhecimento da legitimidade do aproveitamento de créditos de ICMS oriundo de transações em que o fornecedor no Estado de origem seja beneficiário de incentivos fiscais não aprovados por convênio.

Trata-se de **tutela coletiva** de direitos individuais homogêneos mediante substituição processual, para assegurar às associadas, o aproveitamento de crédito de ICMS quando e se ocorrer operação com fornecedores de outros Estados beneficiados por incentivos fiscais não homologados pelo CONFAZ.

De **matéria tributária**, portanto, se trata.

Ainda que não se trate de ação ajuizada nos termos da Lei nº 7.347/85, como sustenta a autora, o parágrafo único do art. 1º desse diploma legal **veda** o ajuizamento de **ação civil pública** para pretensões que envolvam tributos.

Confira-se a propósito:

> *"Art. 1º - Regem-se pelas disposições desta Lei, sem prejuízo da ação popular, as ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados:"*
>
> *(...)*
>
> *"Parágrafo único. Não será cabível ação civil pública para veicular pretensões que envolvam tributos, contribuições previdenciárias, o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FGTS ou outros fundos de natureza institucional cujos beneficiários podem ser individualmente*

Acesso ao Sumário

determinados."

E essa **vedação** se aplica **integralmente** às **demandas coletivas para a tutela de direitos individuais homogêneos.**

Assim ensina **TEORI ALBINO ZAVASCKI:**

"*Há limitações ao cabimento de tutela coletiva estabelecidas pelo ordenamento jurídico infraconstitucional, ditadas por razões de política legislativa. É o caso, v.g., do parágrafo único do art. 1º da Lei 7.347/85 (introduzido pela MP 2.180-35/2001), segundo o qual 'não será cabível ação civil pública para veicular pretensões que envolvam tributos, contribuições previdenciárias, o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço – FGTS ou outros fundos de natureza institucional cujos beneficiários podem ser individualmente determinados'. **Embora o preceito normativo esteja inserido na lei que trata de ação civil pública para tutela de direitos transindividuais (sem titular determinado), ele, na verdade, se destina a restringir demandas coletivas para a tutela de direitos homogêneos** ('cujos beneficiários podem ser individualmente determinados')..."*

"No caso específico do parágrafo único acima transcrito, a justificativa, ao que parece, reside na preocupação de não tornar a ação coletiva um instrumento substitutivo das ações de controle concentrado de constitucionalidade. Com efeito, o que ali se pôs a salvo de ações coletivas são pretensões relacionadas com matérias de natureza institucional, disciplinadas por normas de caráter geral, o que significa dizer que a contestação coletiva de sua legitimidade supõe, necessariamente, a contestação da validade da própria norma que a criou. Nesses limites e sob esse aspecto, a restrição pode ser considerada compatível com a Constituição." (grifei – "Processo Coletivo – Tutela de Direitos Coletivos e Tutela Coletiva de Direitos" – Ed. Revista dos Tribunais 5ª ed. p. 172/173).

Tal é o caso dos autos, **demanda coletiva** onde se pretende tutela de direito individual homogêneo relativa a matéria tributária.

Acesso ao Sumário

Não se trata, como quer fazer crer a autora, de pretensão de natureza financeira. O pleito – legitimar o aproveitamento de ICMS decorrente de operações realizadas com fornecedores em outros Estados beneficiados com incentivos fiscais não aprovados pelo CONFAZ –, possui caráter nitidamente **tributário**. Discute-se aproveitamento de créditos de ICMS.

Descabida, além do mais, sentença genérica, máxime condicionada a ocorrências futuras e incertas ("... se não há verdadeiramente um 'litígio coletivo', mas um 'pseudo' conflito metaindividual, a solução será a extinção do feito sem exame do mérito, por ausência de legitimidade e/ou interesse de agir..." – **RICARDO DE BARROS LEONEL** – "Manual do Processo Coletivo" – 2ª

ed. – Ed. Revista dos Tribunais – p. 173/174).

Mantém-se assim, a extinção do feito sem julgamento de mérito e os honorários, como fixados (fls. 158).

3. Nego provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0023624-61.2011.8.26.0562, da Comarca de Santos, em que é apelante SINDICATO DOS TRABALHADORES NAS INDÚSTRIAS URBANAS DE SANTOS, BAIXADA SANTISTA, LITORAL SUL E VALE DO RIBEIRA, é apelado COMPANHIA DE SANEAMENTO BÁSICO DO ESTADO DE SÃO PAULO – SABESP.

ACORDAM, em 6ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Afastaram as preliminares e negaram provimento ao recurso. V.U. Sustentou oralmente a Dra. Jenny Mello Leme", de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 16.274)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores EVARISTO DOS SANTOS (Presidente sem voto), SIDNEY ROMANO DOS REIS e REINALDO MILUZZI.

São Paulo, 25 de julho de 2016.

MARIA OLÍVIA ALVES, Relatora

Ementa: APELAÇÃO – Ação civil pública ajuizada pelo Sindicato – Pretensão de anulação de Termo de Ajustamento de Conduta (TAC) firmado entre o Ministério Público e a SABESP para viabilizar a dispensa gradual de funcionários aposentados, a fim de substituí-los por funcionários concursados – Improcedência – Pedido de reforma – Impossibilidade – Preliminares afastadas – Recurso que ataca de forma suficiente os fundamentos da sentença – Presença do interesse de agir do sindicato autor – Hipótese de legitimação extraordinária – Desnecessidade de autorização expressa dos afiliados para o ajuizamento da ação – Aplicação do art. 8º, I, da Constituição Federal – Pedido, contudo, improcedente –

Acesso ao Sumário

Inexistência de vício que permita a anulação do TAC – Negócio jurídico que contém objeto lícito, possível e definido – Presença de legitimidade e interesse das partes na sua celebração – Ausência de vício de consentimento ou social – Decisão de desligamento escalonado de funcionários aposentados que resultou de estudos sobre os possíveis reflexos da representação dirigida pelo Eg. Tribunal Superior do Trabalho ao Ministério Público do Estado de São Paulo com vistas à apuração de atos de improbidade praticados por agentes da SABESP decorrentes da continuidade da prestação de serviço por funcionário já aposentado – Busca pela compatibilização da situação de fato e de direito dos funcionários da SABESP, que, mesmo aposentados, continuavam a exercer emprego público, com as exigências constitucionais tocantes ao preenchimento dessas vagas mediante concurso público – Inexistência de óbice, ademais, à renovação do quadro pela SABESP – Não caracterização das hipóteses previstas nos artigos 166 e 171 do Código Civil de 2002 – Recurso a que se nega provimento.

VOTO

Trata-se de ***ação civil pública e medida cautelar incidental*** propostas pelo ***Sindicato dos Trabalhadores nas Indústrias Urbanas de Santos, Baixada Santista, Litoral Sul e Vale do Ribeira*** contr***a Companhia de Saneamento Básico do Estado de São Paulo – SABESP*** e o ***Ministério Público do Estado de São Paulo***, para o fim de obter a anulação de Termo de Ajustamento de Conduta firmado entre os requeridos, e, consequentemente, impedir a efetivação do que ali foi ajustado, ou seja, a demissão de empregados da SABESP já aposentados ou que vierem a se aposentar, mas continuam em atividade, sob a alegação de compatibilidade de acumulação de proventos pagos pelo INSS com vencimentos decorrentes de emprego público.

Conforme sentença de fls. 784/789, a medida cautelar incidental foi extinta, sem exame do mérito, por falta de interesse de agir, e o pedido principal julgado improcedente.

Inconformado, recorre o ***autor.*** Em síntese, ele reitera a tese de que o TAC deve ser anulado. Assevera que este foi firmado com a finalidade de viabilizar o desligamento gradual dos empregados da SABESP já aposentados ou que viessem a se aposentar pelo INSS, mas continuavam em atividade. Alega que

Acesso ao Sumário

o fundamento jurídico para o TAC foi a existência de vedação constitucional à acumulação entre proventos e vencimentos públicos. Sustenta, contudo, que tal entendimento não se aplica à hipótese dos autos, uma vez que o benefício pago pelo INSS, em razão do tempo de contribuição, não é considerado como provento público para efeito de acumulação, de modo que a situação dos empregados da SABESP, no caso, não constituiria violação o art. 37, XVI e XVII, da Constituição Federal. Afirma, ainda, que a aposentadoria espontânea não acarreta a extinção automática do contrato de trabalho (STF, ADI 1721-3). Alega, ainda, que muitos empregados estariam nessa situação, de boa-fé, há muitos anos, e que teria ocorrido a decadência do direito de a SABESP invalidar os atos administrativos dos quais decorreram efeitos favoráveis aos seus destinatários, pois ultrapassado o prazo decadencial previsto na Lei nº. 9.784/99. Ressalta, ainda, que o TAC não assegurou o direito dos empregados de optarem pela suspensão do beneficio da aposentadoria. Pugna, assim, pela procedência do pedido (fls. 794/833).

Foram apresentadas contrarrazões (fls. 841/864 e fls. 869/879), oportunidade em que a SABESP requereu o não conhecimento do recurso, por ausência de impugnação específica dos fundamentos da sentença, e reiterou as preliminares de falta de legitimidade ativa do sindicato, ausência de interesse de agir e impossibilidade jurídica do pedido.

Por fim, a digna Procuradoria-Geral de Justiça manifestou-se pelo não provimento do recurso (fls. 881/891).

É o relatório.

Inicialmente, cumpre consignar que o recurso de apelação ataca de forma suficiente os fundamentos da r. sentença, e, portanto, nada obsta o seu conhecimento.

Assim, presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso e a ele nego provimento.

A matéria preliminar deve ser rejeitada.

Não há que se cogitar de ilegitimidade ativa do sindicato autor, por falta de comprovação da autorização expressa dos servidores afiliados ao sindicato para a propositura da ação.

Isso porque, na hipótese dos autos, não se trata de mera representação processual, mas de verdadeiro caso de legitimação extraordinária.

Com efeito, a Constituição Federal, em seu artigo 8º, III, confere legitimidade às entidades sindicais para defender em juízo os interesses da categoria, independentemente de autorização expressa por parte dos associados, nos seguintes termos:

> ***"Art. 8º - É livre a associação profissional ou sindical, observado o seguinte: (...)***

Acesso ao Sumário

III - ao sindicato cabe a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões judiciais ou administrativas;".

Portanto, é desnecessária a exigência de comprovação da autorização expressa dos sindicalizados para a propositura da demanda.

É como já decidiu esta Câmara em casos semelhantes:

"AÇÃO COLETIVA - AFUSE - Sindicato dos Funcionários e Servidores da Educação - Legitimação extraordinária - Desnecessidade de autorização expressa dos sindicalizados - Coisa julgada que não se restringe somente àqueles que são a ele filiados - Efeitos da sentença que afetam a toda a categoria representada pelo sindicato - Precedentes do STF e do STJ - Preliminar da FESP rejeitada, acolhidas as do sindicato autor."

(Apelação nº 0029451-96.2009.8.26.0053, Rel. Des. REINALDO MILUZZI, j. 04/02/2013).

E é nesse sentido, aliás, o entendimento do Col. STF:

"RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL. ART. 8º, III, DA LEI MAIOR. SINDICATO. LEGITIMIDADE. SUBSTITUTO PROCESSUAL. EXECUÇÃO DE SENTENÇA. DESNECESSIDADE DE AUTORIZAÇÃO. EXISTÊNCIA DE REPERCUSSÃO GERAL. REAFIRMAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA. I – Repercussão geral reconhecida e reafirmada a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no sentido da ampla legitimidade extraordinária dos sindicatos para defender em juízo os direitos e interesses coletivos ou individuais dos integrantes da categoria que representam, inclusive nas liquidações e execuções de sentença, independentemente de autorização dos substituídos.

(RE 883642 RG, Relator(a): Min. MINISTRO PRESIDENTE, julgado em 18/06/2015, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-124 DIVULG 25-06-2015 PUBLIC 26-06-2015)

Da mesma forma, deve ser afastada a alegação de falta de interesse de agir.

Independentemente de o sindicato autor ter participado do processo que originou o TAC, como afirma a SABESP, ainda assim a necessidade da busca da tutela jurisdicional está bem evidenciada, pois o sindicato explicita os motivos pelos quais entende que o referido TAC, além de prejudicar a categoria que representa, possuiria vícios que deveriam levar à sua anulação, a caracterizar o interesse de agir na propositura desta demanda.

Ademais, também não há que se falar em impossibilidade jurídica do pedido.

O pedido só é juridicamente impossível quando vedado pela lei.

E essa avaliação deve ser feita, apenas, diante da previsão legal e não em face da situação concreta, o que representa, na verdade, exame do mérito.

Acesso ao Sumário

No caso concreto, o autor formula pedido que, em tese, não é vedado por lei.

Além disso, se o sindicato não poderia ter deduzido a pretensão de anulação do TAC, a hipótese seria de improcedência, e não de reconhecimento da carência da ação, por impossibilidade jurídica do pedido.

Ultrapassadas tais questões, passa-se ao exame do mérito.

Respeitados os argumentos do autor, ora reiterados na apelação, o pedido é mesmo improcedente.

Como bem decidiu o i. magistrado de primeiro grau, o Termo de Ajustamento de Conduta constitui negócio jurídico celebrado entre as partes interessadas, tanto que, uma vez firmado, possui eficácia de título executivo extrajudicial (Lei nº. 7.347/85).

Portanto, para o reconhecimento da sua nulidade ou para a sua anulação, é necessário que esteja presente alguma das hipóteses de invalidação do negócio jurídico previstas nos artigos 166 e 171 do Código Civil.

Ou seja, somente nos casos de *erro, dolo, coação, estado de perigo, lesão, fraude contra credores, simulação,* ou ainda, nas hipóteses de *(i) celebração por agente incapaz; (ii) objeto ilícito, impossível ou indeterminável; (iii) ilicitude do motivo determinante, comum a ambas as partes; (iv) não observância da forma prescrita em lei; validade; (vi) se tiver por objeto fraudar lei imperativa* ou, por fim*, (vii) se a lei taxativamente o declarar nulo, ou proibir-lhe a prática, sem comunicar sanção*, é que o negócio jurídico pode ser considerado nulo ou ser invalidado.

Contudo, na situação dos autos, nenhuma dessas hipóteses está presente.

O Ministério Público do Estado de São Paulo e a SABESP firmaram Termo de Ajustamento de Conduta a fim de viabilizar a dispensa gradual dos funcionários da referida empresa que, embora aposentados, continuavam a exercer suas atividades, para substituí-los por empregados concursados.

O referido TAC foi celebrado após a realização do Inquérito Civil nº 813/2005, instaurado pela Promotoria de Justiça do Patrimônio Público e Social da Capital, para a finalidade específica de apurar eventuais irregularidades na manutenção, pela SABESP, de empregados aposentados em seu quadro.

Esse inquérito civil, por sua vez, decorreu de representação encaminhada pelo Tribunal Superior do Trabalho – TST, que solicitou a apuração de suposto ato de improbidade administrativa cometido pela SABESP, em razão da continuidade da prestação de serviço por funcionário aposentado.

Pois bem.

Após as tratativas entre o Ministério Público e a SABESP, e depois de criteriosa análise realizada por esta última acerca dos reflexos negativos

Acesso ao Sumário

que poderiam advir da representação formulada pelo Eg. TST, ou seja, mais especificamente, a fim de evitar a propositura de demandas em que se buscasse a responsabilização de seus dirigentes por atos de improbidade administrativa, por descumprimento do art. 37, II, da Constituição Federal, foi firmado o TAC ora impugnado (fls. 104/107), por meio do qual foram assumidas as seguintes obrigações:

"(...)

A) A SABESP continuará contratando funcionários mediante concurso público, salvo preenchimento dos cargos em comissão ou de funções de confiança;

B) A SABESP promoverá a dispensa gradual dos funcionários aposentados, devendo substituí-los por funcionários concursados, salvo segmentos em que o aumento da eficiência exija a redução do número de trabalhadores;

C) A SABESP encaminhou às instâncias competentes do Governo do Estado de São Paulo e da própria companhia a proposta do concurso e deverá publicar até 30 de março de 2009 o respectivo edital, comunicando referida publicação à Promotoria de Justiça em até 20 (vinte) dias, salvo justo impedimento;

D) Visando a transmissão do conhecimento dos funcionários aposentados àqueles aprovados no concurso público, bem como em respeito à continuidade do serviço público, a SABESP desligará 70% (setenta por cento) dos funcionários aposentados até 31 de dezembro de 2009, mais 15% (quinze por cento) até 31 de dezembro de 2010, e 15% (quinze por cento) restantes até 31 de dezembro de 2011;

E) Ficam excluídos deste compromisso de ajustamento:

I) Os funcionários ou funcionárias contratados após 1988, que têm estabilidade por decisão judicial, até a suspensão de medidas liminares, tutelas antecipadas ou julgamento final das ações propostas que vedem demissões dos aposentados;

II) Funcionários ou funcionárias que se encontram, temporariamente, em situação de estabilidade por força de norma constitucional, especialmente aqueles em licença-paternidade, licença-maternidade e licença-saúde;

A) A SABESP apenas poderá contratar os funcionários aposentados demitidos para preencher cargos em comissão ou funções de confiança;

B) A SABESP reitera o seu compromisso de realização de concurso público para suas atividades-fim, mantendo constante a proporção dos gastos com funcionários e com empresas e pessoas físicas terceirizadas. A proporção destes gastos será demonstrada pela SABESP em 30 (trinta) dias e reavaliada em 15 de março de 2010,

Acesso ao Sumário

mediante termo aditivo a este Compromisso;

C) Para resguardar os direitos dos funcionários da SABESP:

I) Prioritariamente iniciará o desligamento dos aposentados que têm direito à complementação de aposentadoria pela SABESPREV (plano de previdência complementar) e daqueles que desejarem sair da empresa imediatamente, respeitando a preservação da continuidade da prestação do serviço público;

II) A SABESP assegurará aos funcionários aposentados a ser demitidos a manutenção do Plano de Saúde, após o desligamento, pelo prazo de 6 (seis) meses;".

Nota-se, assim, que a questão central a justificar os atos de dispensa dizia respeito à constatação de que funcionários aposentados da SABESP continuavam a exercer suas atividades, mesmo em se tratando de empregados admitidos sem concurso público, quando, ao contrário, em função das novas disposições constitucionais, mais especificamente em razão do disposto no art. 37, II, da CF, era exigível que tais funcionários fossem dispensados a fim de que o quadro da SABESP fosse paulatinamente renovado e preenchido por funcionários concursados.

Ressalte-se que as obrigações definidas no TAC foram livremente pactuadas e assumidas pela SABESP, não apenas diante do seu interesse institucional em evitar ações de improbidade administrativa, mas, também, como forma de tentar preservar ao máximo os interesses pessoais dos funcionários – tanto que foi prevista forma escalonada de dispensa –, e, ainda, o interesse público de que o serviço público essencial em jogo continuasse a ser prestado de forma eficiente e contínua, mas, sobretudo, com o atendimento das exigências constitucionais – no caso, com a observância da regra do concurso público (CF, art. 37, II).

Nesse sentido, como bem consignou o MM. Juiz: ***"(...) Destarte, com o desligamento escalonado dos funcionários aposentados previsto em prazo razoável, a SABESP passou a cumprir à risca o disposto no artigo 37, inciso II, da CF, intransigente no tocante à necessidade de se dar efetividade ao princípio constitucional do concurso público como regra para todas as admissões na administração direta, indireta ou fundacional e renovação dos quadros nas entidades paraestatais, ainda que sujeitas à CLT, às normas acidentárias e à Justiça do Trabalho (art. 114 da CF)".***

Vale, ainda, citar o julgado mencionado na r. sentença, que, no âmbito do Col. STF, tratou de hipótese quase idêntica à versada nestes autos, também a envolver a SABESP:

"(...)

Inaplicável, ao caso, a alegação de acumulação indevida, tendo em vista as patentes diferenças entre proventos e benefícios

Acesso ao Sumário

previdenciários pagos pelo INSS, e entre vencimentos e salários pagos a empregados públicos regidos exclusivamente pela Consolidação das Leis do Trabalho – CLT.

Entendo, todavia, que a inconstitucionalidade dos parágrafos 1º e 2º do art. 453 da Consolidação das Leis do Trabalho, declarada nos julgamentos das Ações Diretas de Inconstitucionalidade 1.721/DF e 1.770/DF, não pode impedir que as empresas públicas e sociedades de economia mista promovam, quando entenderem necessária, a demissão de seus empregados, aposentados espontaneamente ou não, pagando- lhes as respectivas verbas rescisórias com os acréscimos legais devidos.

Nesse sentido foi a decisão liminar proferida pelo Ministro Cezar Peluso na Reclamação 5.679/SC, da qual extraio o seguinte excerto:

"A decisão reclamada, da lavra do Juízo da 4ª Vara do Trabalho de Criciúma-SC, apesar de, supostamente, considerar a suspensão, por esta Corte, do art. 453 da CLT, com a redação dada pela Lei nº 9.528/97, quando do julgamento de medida cautelar na ADI nº 1.721, (fls. 44-47), utilizou, para determinar a reintegração do empregado aos quadros funcionais da empresa (fls. 44-47), de interpretação diametralmente oposta à que o Supremo Tribunal Federal assentou no julgamento das ADIs nº 1.721 e 1.770.

Naquela oportunidade, o Plenário declarou a inconstitucionalidade dos §§ 1º e 2º do art. 453 da Consolidação das Leis do Trabalho (Informativo STF nº 444) e consolidou o entendimento já firmado no julgamento do RE nº 449.420 (Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, DJ de 14.10.2005) de que aposentadoria espontânea não implica, por si só, extinção do contrato de trabalho.

O reclamante poderia, como o fez, rescindir o contrato firmado com o empregado, com base apenas na desnecessidade de seus serviços. No caso de aposentadoria espontânea de empregados de empresas públicas e sociedades de economia mista, e não é essa a hipótese dos autos, esta Corte vedou a possibilidade de readmissão prevista no § 1º do art. 453 da CLT.

Razão parece não haver, portanto, para que o juízo reclamado determine a reintegração do empregado aos quadros funcionais da empresa, menos ainda com base em interpretação diversa da adotada por esta Corte no julgamento da ADI nº 1.721." (DJe 07.10.2008, destaquei).

A eminente julgadora trabalhista, ao impedir a Sabesp de efetuar a demissão dos empregados aposentados pela Previdência Social, ofendeu as decisões deste Tribunal nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade 1.721/DF e 1.770/DF, por criar uma extraordinária "estabilidade no emprego", extensão que tais decisões não comportam.

Acesso ao Sumário

10. Constato também a existência do perigo na demora, porquanto o que se acha colocado nos presentes autos é o problema da necessidade premente de renovação da força de trabalho da sociedade de economia mista reclamante. Com esse objetivo, a Sabesp realizou, neste ano, concurso público para preencher 1.771 (um mil setecentos e setenta e um) postos de trabalho, que teve seu resultado devidamente homologado em 26.5.2009 (fl. 382).

Caso as empresas públicas e sociedades de economia mista fiquem impossibilitadas de realizar, na forma da legislação trabalhista vigente, as demissões de seus empregados, dificilmente haverá renovação de seus quadros, o que poderá, num futuro próximo, causar problemas estruturais graves em relação à prestação de serviços essenciais à população brasileira.

(...).” – *destaquei.*

(Rcl 8408 MC-ED, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, julgado em 27/11/2009, publicado em DJe-227 DIVULG 02/12/2009 PUBLIC 03/12/2009)

Fica, pois, afastado o argumento do apelante no sentido de que a aposentadoria espontânea não é mais considerada como hipótese de dispensa automática do trabalhador. Afinal, a despeito disso, persiste a necessidade de desligamento gradual dos funcionários aposentados em questão, não simplesmente em razão de suas aposentadorias, mas para o atendimento ao preceito constitucional que exige a realização de concursos públicos para o provimento de vagas de emprego público, e, ainda, para possibilitar a renovação dos quadros da SABESP.

Ademais, ainda que assim não fosse, nada poderia impedir que a SABESP decidisse pela dispensa de funcionários aposentados para renovação de seu quadro. Ou seja, trata-se de medida que poderia ter sido adotado pela referida empresa pública independentemente do TAC firmado com o Ministério Público.

Por tais motivos, não se tratou de mera invalidação de atos administrativos pela SABESP, de modo que fica assim afastada a alegação de decadência reiterada pelo apelante.

Diante desse contexto, verifica-se que o TAC possui objeto lícito, possível e determinado; que as partes que o entabularam possuíam capacidade e legitimidade para tanto, e, ainda, que não restou caracterizado nenhum vício de consentimento ou social que pudesse levar à sua anulação ou ao reconhecimento de sua nulidade.

Em suma, por estarem ausentes as hipóteses dos artigos 166 e 171 do Código Civil de 2002, não é possível anular o Termo de Ajustamento de Conduta ora em discussão, de modo que o pedido é improcedente.

Portanto, corretamente decidida a questão, a r. sentença deve ser mantida

Acesso ao Sumário

tal qual proferida.

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

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0040106-25.2012.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que é apelante FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO, é apelado FUNDESP FUNDAÇÕES ESPECIAIS LTDA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 12ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Não conheceram do agravo retido; negaram provimento ao reexame necessário e ao recurso da Fazenda Estadual. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 22.748)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores JOSÉ LUIZ GERMANO (Presidente sem voto), VENICIO SALLES e J. M. RIBEIRO DE PAULA.

São Paulo, 9 de junho de 2016.

OSVALDO DE OLIVEIRA, Relator

Ementa: APELAÇÃO CÍVEL.

1. Procedimento fiscal – Infração tributária – Falta de recolhimento de ICMS pelo diferencial da alíquota respectiva em operações de entradas interestaduais de bens destinados a uso e/ou consumo no estabelecimento, bem como para utilização em prestações de serviços e/ou integração de ativo imobilizado – Empresa que se dedica à prestação de serviços no ramo de construção civil – Aquisição de mercadorias para emprega-las como material de consumo no custo dos serviços prestados – Empresas de construção civil que não estão obrigadas a pagar ICMS sobre mercadorias adquiridas como insumos em operações interestaduais – Inteligência da Súmula 432/STJ, combinada com o artigo 155, § 2º, inciso VII, alínea 'b', da Constituição Federal – Procedência parcial da demanda – Manutenção da sentença.

2. Agravo retido não conhecido; reexame oficial e

Acesso ao Sumário

recurso da Fazenda Estadual não providos.

VOTO

Trata-se de **apelação cível** interposta contra a sentença de fls. 1448/1456, cujo relatório se adota, que ***julgou parcialmente procedente a ação*** para anular em parte o AIIM nº. 3.038.010-8, de forma a excluir todas as operações em que as mercadorias foram empregadas como material de consumo no custo dos serviços prestados pela autora, fixando honorários advocatícios de R$ 10.000,00.

A ***Fazenda Estadual apelou*** (fls. 1468/1478), alegando, em síntese, que os documentos apresentados pela autora não comprovam que houve circulação posterior das mercadorias adquiridas. Não há prova de que as mercadorias não foram recebidas pela autora como destinatária final. O crédito subsiste relativamente às empresas adquirentes que, embora estejam cadastradas como contribuintes de ICMS, enquadram-se como destinatárias finais dos produtos.

Houve resposta (fls. 1483/1495).

É o relatório.

O recurso de apelação da Fazenda Estadual desmerece provimento, assim como o reexame necessário (interposição *ex officio*, em face do conteúdo econômico da ação). O agravo retido da Fazenda Estadual, por sua vez, apresentado em face da decisão interlocutória de fls. 320 (***fixação de honorários periciais definitivos em R$ 7.000,00 – fls. 324/326***) não deve ser conhecido, por atração do disposto no artigo 523, § 1º, do Código de Processo Civil (falta de reiteração).

No mais, a reanálise recursal restringir-se-á tão-somente à matéria de defesa devolvida pela Fazenda Estadual, tendo em vista a postura silenciosa da autora quanto à fração da sentença que não a favoreceu.

A sentença é irretocável.

In casu, a autora foi autuada pela falta de recolhimento de ICMS, no período de 06/00 a 12/03, pelo diferencial da alíquota respectiva em operações de entradas interestaduais de bens destinados a uso e/ou consumo no estabelecimento, bem como para utilização em prestações de serviços e/ou integração de ativo imobilizado (vide fls. 57/61).

É induvidoso que, na espécie, a autora, empresa que se dedica à prestação de serviços no ramo de construção civil (fls. 24/32 e 40/48), ***adquiriu as mercadorias objeto da ação para emprega-las como material de consumo no custo dos serviços prestados*** (nesse sentido, é a resposta ao quesito 04 da autora – fls. 297/299 e 342).

Em suas considerações técnicas finais (fls. 349/351), ainda quanto à atividade econômica exercida pela empresa autora, bem como quanto à sua

Acesso ao Sumário

qualidade de contribuinte de direito (vide resposta ao quesito 05 da autora - fls. 297/299 e 343), assegurou o perito judicial, *in verbis*: **"(...) a principal atividade econômica exercida pela Requerente corresponde à Perfuração e execução de fundações destinadas à construção civil, atividade essa relacionada com a prestação de serviços (...) apurou-se que as receitas oriundas de sua atividade preponderante correspondem à prestação de serviços de obras de construção civil. Verificou-se ainda que a Requerente é contribuinte de ISS (...) Desse modo, apurou-se que a quase totalidade das mercadorias objeto do Auto de Infração foram empregadas como material de consumo no custo dos serviços prestados pela Requerente, sendo que 02 (duas) Notas foram ativadas na conta de Máquinas e Equipamentos e 03 (três) Notas referem-se a manutenção de equipamentos das despesas administrativas".** Não há dúvida, assim, de que a autuação não se sustenta, o que denota a correção da sentença.

O ***E. STJ***, em regime de recurso repetitivo, na linha da ***Súmula 432*** **("As empresas de construção civil não estão obrigadas a pagar ICMS sobre mercadorias adquiridas como insumos em operações interestaduais")**, consolidou esse entendimento, conforme alguns precedentes ilustrativos que seguem abaixo:

AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ORDINÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. DIREITO TRIBUTÁRIO. ICMS. DIFERENÇA DE ALÍQUOTA. INTERNA E INTERESTADUAL. DIREITO LÍQUIDO E CERTO. DEMONSTRAÇÃO. AUSÊNCIA. RECURSO. DESPROVIMENTO.

1. Hipótese de ação mandamental, denegada na origem, em que se busca obstar a atuação fiscal do Estado de Rondônia a respeito da cobrança de ICMS, especificamente quanto à diferença entre a alíquota interna e a interestadual a propósito da transferência interestadual de bens, alegadamente destinados à prestação de serviços de construção civil, o que configuraria hipótese de isenção.

2. Este Tribunal firmou posição, em recurso repetitivo, no sentido de que as empresas de construção civil, quando no exercício da atividade de prestação de serviços, não estão sujeitas ao pagamento do diferencial de alíquota do ICMS cobrado pelo Estado destinatário de materiais e insumos, cujo emprego comprovadamente seja realizado em obras contratadas em seu âmbito territorial ***(REsp 1135489/AL, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Seção, julgado em 09/12/2009, DJe 01/02/2010).***

3. Embora a tese jurídica vertida na impetração guarde consonância com esse entendimento, a impetrante não se desincumbiu do ônus probatório que lhe cumpria. Deixou de demonstrar que os lançamentos indicados na petição inicial, a propósito dos quais restou restrito o objeto da ação mandamental, encontram-se vinculados às notas fiscais impugnadas pela fiscalização,

Acesso ao Sumário

atinentes a materiais e insumos originados em distinta unidade da federação, com destino ao Estado de Rondônia para emprego nos contratos de prestação de serviços de construção civil indicados. Do detalhado exame da documentação acostada com a petição inicial avulta a insuficiência quanto à demonstração do direito líquido e certo alegado.

4. O manejo da ação de mandado de segurança supõe prova documental pré-constituída de modo a evidenciar de plano a pretensão deduzida. A documentação que acompanha a petição inicial deve vir organizada de modo a tornar claro o atendimento do suporte fático do direito líquido e certo sustentado.

5. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no RMS 46.837/RO, Rel. Ministro OLINDO MENEZES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TRF 1ª REGIÃO), PRIMEIRA TURMA, julgado em 16/06/2015, DJe 29/06/2015);

TRIBUTÁRIO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. ICMS. EMPRESA DE CONSTRUÇÃO CIVIL. EXIGÊNCIA DE COMPLEMENTAÇÃO DE ALÍQUOTA INTERESTADUAL PELO ESTADO DE DESTINO. IMPOSSIBILIDADE. MATÉRIA PACIFICADA PELA PRIMEIRA SEÇÃO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 432/STJ.

1. A Primeira Seção, ao julgar o REsp 1.135.489/AL, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Seção, DJe 01/02/2010, submetido ao rito do artigo 543-C do CPC, decidiu que as empresas do ramo da construção civil, quando adquirem de outro estado da federação materiais necessários à prestação do serviço, não estão sujeitas ao pagamento da diferença de alíquota interestadual do ICMS para o estado destinatário.

2. Aplicação da ***Súmula 432/STJ: "As empresas de construção civil não estão obrigadas a pagar ICMS sobre mercadorias adquiridas como insumos em operações interestaduais".***

3. ***"Se no agravo regimental a parte insiste apenas na tese de mérito já consolidada no julgamento submetido à sistemática do artigo 543-C do CPC, é certo que o recurso não lhe trará nenhum proveito do ponto de vista prático, pois, em tal hipótese, já se sabe previamente a solução que será dada ao caso pelo colegiado"*** *(Questão de Ordem no AgRg no REsp 1.025.220/RS, Rel. Ministra Eliana Calmon, Primeira Seção, julgada em 25.03.2009).*

4. Agravo regimental não provido, com aplicação de multa no percentual de 1% (um por cento) do valor da causa, com espeque no artigo 557, § 2º, do CPC.

(AgRg no Ag 1361422/PE, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 06/03/2012, DJe 09/03/2012);

EXECUÇÃO FISCAL. INCIDÊNCIA DE ICMS. AQUISIÇÃO DE MATERIAL DE CONSTRUÇÃO EM OUTRO ESTADO. DIFERENÇA DE ALÍQUOTA. EMPRESA DE CONSTRUÇÃO CIVIL. NÃO INCIDÊNCIA.

Acesso ao Sumário

*1. **"As empresas de construção civil não estão sujeitas ao ICMS ao adquirir mercadorias em operações interestaduais para empregar nas obras que executam"** (Precedente: Resp nº. 613.213, 1ª Turma, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ do dia 30.05.2005).*

2. Recurso especial a que se nega provimento.

(REsp 896.022/AM, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 27/03/2007, DJ 12/04/2007, p. 252).

Logo, verificando-se que os bens adquiridos foram empregados nos serviços prestados pela autora, não há que se falar em recolhimento do diferencial de alíquota de ICMS pelo Estado destinatário, conforme sinalizou esta ***C. Câmara*** no julgamento do **AI 0202884-04.2012.8.26.0000** (fls. 270/274), considerando-se que toda a arrecadação é devida ao Estado de origem (alíquota interna) a partir das operações interestaduais respectivas, já que a adquirente (empresa autora) não é contribuinte do imposto em tela, nos termos do artigo 155, § 2º, inciso VII, alínea 'b', da Constituição Federal de 1988.

Nesse sentido:

TRIBUTÁRIO. ISS. CONSTRUÇÃO CIVIL. MATERIAL DE CONSTRUÇÃO DESTINADO A OBRAS DA ADQUIRENTE. AQUISIÇÃO INTERESTADUAL. DIFERENCIAL DE ALÍQUOTA. IMPOSSIBILIDADE DE COBRANÇA.

1. Discute-se a cobrança do diferencial entre as alíquotas interestadual e interna de ICMS, na aquisição de material de construção por construtoras.

2. As alíquotas interestaduais somente aproveitam aos adquirentes que sejam contribuintes do ICMS, conforme o art. 155, § 2º, VII, 'a', da CF. Nessas hipóteses, é pacífico o entendimento de que o Estado de destino pode cobrar o diferencial de alíquota na entrada da mercadoria em seu território.

3. No caso de compradores não-contribuintes do ICMS, como o das construtoras em relação aos insumos aplicados em suas obras, as aquisições interestaduais devem se sujeitar à alíquota interna (maior que a interestadual), nos termos do artigo 155, § 2º, VII, 'b', da CF. Evidentemente, não haverá diferencial de alíquota a ser recolhido ao Estado de destino.

4. Ocorre que determinadas construtoras (caso da recorrida) identificam-se como contribuintes do ICMS no momento da aquisição das mercadorias em outros Estados, aproveitando, assim, a alíquota interestadual. Paradoxalmente, argumentam ao Fisco de destino que não são contribuintes do ICMS, para escaparem do diferencial de alíquota.

5. A Segunda Turma já teve a oportunidade de consignar que a atitude desses contribuintes agride o Princípio da Boa-Fé Objetiva que deve orientar as relações com o fisco. Admite-se, na hipótese, a aplicação de multas previstas na legislação estadual.

Acesso ao Sumário

6. Inviável, no entanto, a cobrança do diferencial de alíquota, como pretende o recorrente.

7. Como a construtora não é contribuinte do ICMS, o tributo estadual deveria ter sido calculado pela alíquota interna sobre o preço da operação interestadual e recolhido integralmente pelo vendedor ao Estado de origem, nos termos do artigo 155, § 2º, VII, 'b', da CF. Não há crédito, portanto, em favor do Fisco de destino (recorrente).

8. Recurso Especial não provido.

(REsp 620.112/MT, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 07/05/2009, DJe 21/08/2009).

Mantém-se a sentença.

É o que se decide.

Posto isso: **(1) não se conhece o agravo retido; (2) nega-se provimento ao reexame necessário e ao recurso da Fazenda Estadual.**

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0043739-44.2012.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que é apelante COMPANHIA DO METROPOLITANA DE SÃO PAULO - METRÔ, é apelado GILBERTO RAMOS DE OLIVEIRA.

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 20.857)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores REBOUÇAS DE CARVALHO (Presidente), DÉCIO NOTARANGELI e OSWALDO LUIZ PALU.

São Paulo, 8 de julho de 2016.

REBOUÇAS DE CARVALHO, Relator

Ementa: DESAPROPRIAÇÃO – IMÓVEL COMERCIAL – Justa indenização arbitrada pelo juízo "a quo", conforme apuração formulada por perito oficial – Expropriante que não apresenta qualquer demonstração de que o valor apurado não tenha observado de forma correta o valor de mercado do imóvel – Necessidade da indenização também

Acesso ao Sumário

abarcar o fundo de comércio – Manutenção do valor arbitrado pelo juízo "a quo", pois não acolhe qualquer exagero – Precedentes deste E. Tribunal de Justiça – Sentença mantida – Recurso não provido.

VOTO

Trata-se de ação de desapropriação movida pela Companhia do Metropolitano de São Paulo – METRO em face de Gilberto Ramos de Oliveira, objetivando a aquisição do imóvel descrito na inicial, ofertando a quantia inicial de R$ 85.454,00 (oitenta e cinco mil, quatrocentos e cinquenta e quatro reais), como verba indenizatória.

Houve imissão na posse em 19 de julho de 2013 (fl. 139), ante o depósito do valor de R$ 925.218,18 (novecentos e vinte e cinco mil, duzentos e dezoito reais e dezoito centavos) (fls. 29/30 e 105/107).

A r. sentença de fls. 245/252, cujo relatório adoto, julgou procedente o pedido para fixar o valor da indenização em R$ 924.859,12 (novecentos e vinte e quatro mil, oitocentos e cinquenta e nove reais e doze centavos), em julho de 2013, acrescida de juros compensatórios de 12% ao ano, calculados sobre a diferença entre o depósito inicial e o valor final e juros moratórios de 6% ao ano, a contar de 1º de janeiro do exercício seguinte àquele em que o pagamento deveria ser feito. O autor foi condenado, ainda, no pagamento das custas processuais e de honorários advocatícios de 5% (cinco por cento) do valor entre a diferença do valor ofertado inicialmente e o arbitrado.

Inconformado, apela o autor alegando, em síntese, que o valor da indenização arbitrado ofende o princípio da justa indenização, devendo ser fixado em R$ 530.301,26 (quinhentos e trinta mil, trezentos e um reais e vinte e seis centavos (fls. 256/259).

Recurso recebido, processado e com contrarrazões (fls. 265/268).

Acerca do despacho de fls. 272/273, apenas o apelado se manifestou em concordância (fl. 276).

É o relatório.

Acesso ao Sumário

Quanto ao valor da indenização, apurado pelo *expert* (fls. 171/200), o laudo judicial deve prevalecer sobre o realizado pelas partes, uma vez que detalhadamente elaborado, com a juntada de fotos do imóvel e do local e respostas aos quesitos apresentados, tais como zona de avaliação, descrição pormenorizada do imóvel, elementos comparativos de pesquisa e limites para valorização da propriedade, inexistindo qualquer mácula que justifique sua anulação.

Nota-se que as críticas sugestionadas pelo expropriante, nas razões de apelação, habitam o campo da mera generalidade, da compreensível intenção

parcial de defender os próprios interesses, sem que qualquer refutação possa conduzir a mínima obliteração razoável do que apresentou o perito judicial.

Neste tema, convém observar com atenção o que diz Jônatas Milhomens, segundo o qual:

> "Se o laudo apresentado pelo perito indicado pelo Juízo é escorreito, não se conseguindo evidenciar erro nele existente, deve ser adotado pelo julgador, até por cautela, pois traz consigo a presunção de estar alheio aos interesses das partes em litígio. Assim agindo, e ante a disparidade dos laudos, o julgamento terá sido pelo menos cauteloso" ("A Prova no Processo Civil", 1ª ed., Forense, AC da 2ª Câm. Civil do TJRJ).

Ademais, em se tratando de imóvel comercial, o fundo de comércio também deve ser indenizado.

Conforme consigna José Carlos de Moraes Salles, nos casos em que o expropriado explore, no imóvel objeto da desapropriação, atividade comercial,

> "atingido seu patrimônio pela expropriação, o desfalque correspondente não será apenas o do bem desapropriado, mas também o relativo aos prejuízos que afetarem aquela atividade, como os que incidem sobre o fundo de comércio" (A Desapropriação à Luz da Doutrina e da Jurisprudência, 5ª ed., RT, pp. 517-518).

Logo, bem andou o magistrado *a quo* ao incluir, no valor da indenização, o que qualificou como "fator comércio", dada a natureza comercial do imóvel desapropriado.

Nesse sentindo, há diversos precedentes deste E. Tribunal de Justiça:

> "APELAÇÃO CÍVEL. DESAPROPRIAÇÃO. Utilidade Pública. **Utilização do laudo pericial para fixação do valor da indenização. Perícia Contábil que apurou o real valor do fundo de comércio. Livre convencimento do juiz fundado na convicção subjetiva de confiança na pessoa do expert (contábil e de arquitetura). Laudo pericial que empregou elementos comparativos observados nas desapropriações. No caso em exame, os valores encontrados pela expert são os que melhor atendem à justa indenização**. Juros compensatórios e moratórios – Não incidência. Depósito do valor da indenização fixado na sentença antes da imissão na posse. Indenização paga integralmente antes da sentença final. Inexistência de diferença sobre a qual deveriam ser calculados os juros. Não ocorrência de mora a ser compensada. Precedentes. Honorários advocatícios – Percentual de 5% incidente sobre o valor da oferta e o da indenização. Sentença parcialmente reformada. Recurso parcialmente provido, apenas para afastar a incidência de juros." (Relator(a): Djalma Lofrano Filho; Comarca: Barueri; Órgão julgador: 13ª Câmara de Direito Público; Data do julgamento: 04/05/2016; Data de

Acesso ao Sumário

registro: 05/05/2016)

"DESAPROPRIAÇÃO. Indenização bem fixada. Adoção do valor apontado pelo laudo pericial. Perícia bem fundamentada.

INDENIZAÇÃO. FUNDO DE COMÉRCIO. Escritório de Advocacia. Cabível a inclusão no valor indenizatório o montante devido ao fundo do comércio. Expropriação de escritório de advocacia, que além de prejuízos imateriais com a alteração de endereço, irá arcar com custos de mudança e de adequação do novo ponto comercial.

INDENIZAÇÃO. REGULARIDADE CONTÁBIL. Escritório de Advocacia. Irrelevância. Insubsistente a alegação de ausência de contabilidade regular do expropriado a ensejar indenização, pois tal determinação é obrigatória somente para as sociedades mercantis em geral. Valor encontrado pelo perito contábil mantido. Recurso improvido." (Relator(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 cível e reexame necessário. **Desapropriação. Obras do metrô. Imóvel expropriado. Estabelecimento de ensino. Necessidade da indenização também abarcar o fundo de comércio. Indicadores e parâmetros constantes do laudo pericial que foram pormenorizados, sendo minuciosamente especificada a forma pela qual encontrou-se o valor da área desapropriada, não havendo motivo para sua rejeição. O mesmo valendo para o fundo de comércio, cumprindo, pois, a indenização abarcar também o reflexo econômico relativo ao apontado fundo de comércio. Nesse diapasão, não pode ser desconsiderado o fato de que em estabelecimentos escolares a localização constitui elemento de grande relevância ao desenvolvimento e êxito das atividades negociais**. Juros moratórios que devem ser fixados em 6% ao ano, contados na forma do art. 15-B do Decreto-lei 3.365/4, ou seja, o termo inicial dos juros moratórios, em desapropriação, é o dia 1º de janeiro do exercício seguinte àquele em que o pagamento deveria ser feito, nos termos do art. 100 da Constituição Federal, repelida a Súmula 70 do STJ. Entendimento firmado pelo STJ. Orientação compatível com a Súmula Vinculante nº 17 do STF. JUROS COMPENSATÓRIOS. Devidos no percentual de 12% ao ano (Súmula 618/STF), a partir da imissão na posse (Súmula 69/STJ). Orientação reafirmada pelo STJ. Assim, os juros compensatórios integram a indenização, e são considerados para a base de cálculo dos juros moratórios, em respeito ao princípio da justa indenização. Quanto à verba honorária advocatícia, o patamar eleito pelo juízo não comporta redução, sob pena de desabonar o profissional advogado e desprestigiar o zelo e dedicação do patrono da expropriante na condução da demanda,

Acesso ao Sumário

com verba não razoavelmente condizente com a dimensão econômica da lide. Recursos não providos." (Relator(a): Ronaldo Andrade; Comarca: São Paulo; Órgão julgador: 3ª Câmara de Direito Público; Data do julgamento: 26/01/2016; Data de registro: 30/01/2016)

"**APELAÇÃO – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO – Perda do Fundo de Comércio em razão de desapropriação – Possibilidade – Empresa que fechou seu estabelecimento em razão da desapropriação – Valor fixado corretamente** – Sentença de procedência mantida – Recurso desprovido." (Relator(a): Moreira de Carvalho; Comarca: Campinas; Órgão julgador: 9ª Câmara de Direito Público; Data do julgamento: 16/12/2015; Data de registro: 17/12/2015)

"**Indenização. Desapropriação de estabelecimento comercial. Indenização do fundo de comércio. Possibilidade. Autor que foi impedido de continuar sua atividade comercial por força da legislação municipal, que veda a instalação de estabelecimentos de tal natureza (motel) no perímetro urbano. Valor da indenização apurado em perícia judicial.** Honorários advocatícios adequadamente arbitrados. Apelação do réu parcialmente provida. Recurso adesivo não provido. Inexistência de omissão quanto ao descabimento de indenização pela perda do fundo de comércio. Inadmissível caráter infringente. Embargos de declaração do requerido Metrô rejeitados. Correção de erro material quanto ao valor indenizatório fixado. Condenação pelas perdas trabalhistas devida. Embargos de declaração do autor acolhidos." (Relator(a): Antonio Celso Aguilar Cortez; Comarca: São Paulo; Órgão julgador: 10ª Câmara de Direito Público; Data do julgamento: 30/11/2015; Data de registro: 11/12/2015; Outros números: 13464832010826005350000)

Destarte, o valor indenizatório deve ser mantido, tal como fixado na r. sentença.

Ante ao exposto, nega-se provimento ao recurso.

Apelações/Reexames Necessários

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação/Reexame Necessário nº 1041477-35.2014.8.26.0506, da Comarca de Ribeirão Preto, em que são apelantes FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO e JUÍZO *EX*

OFFICIO, é apelada DORA SOUZA DE OLIVEIRA (JUSTIÇA GRATUITA).

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 5ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Negaram provimento ao apelo e ao reexame necessário. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 17.080)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores MARIA LAURA TAVARES (Presidente sem voto), NOGUEIRA DIEFENTHALER e MARCELO BERTHE.

São Paulo, 14 de junho de 2016.

FRANCISCO BIANCO, Relator

Ementa: RECURSOS OFICIAL E DE APELAÇÃO – MANDADO DE SEGURANÇA – DIREITO CONSTITUCIONAL – PORTADOR DE NECESSIDADE ESPECIAL – AQUISIÇÃO DE VEÍCULO AUTOMOTOR QUE SERÁ CONDUZIDO POR TERCEIRO – PRETENSÃO À ISENÇÃO DO IPVA – POSSIBILIDADE. 1. O artigo 13, inciso III, da Lei Estadual nº 13.296/08 não pode ser analisado e aplicado de acordo com a regra contida no artigo 111, II, do CTN. 2. O benefício fiscal deve ser estendido aos portadores de necessidades especiais, independentemente do tipo de problema apresentado, sendo absolutamente irrelevante o fato de que o veículo automotor será conduzido por terceiro. 3. Precedentes da jurisprudência deste E. Tribunal de Justiça. 4. Ordem impetrada em mandado de segurança, concedida. 5. Sentença, mantida. 6. Recursos oficial e de apelação, apresentado pela parte impetrada, desprovidos.

VOTO

Trata-se de recursos oficial e de apelação interposto contra a r. sentença de fls. 86/88, que concedeu a ordem impetrada em mandado de segurança, para reconhecer o direito da parte impetrante à isenção do IPVA, incidente sobre o veículo automotor adquirido e que será conduzido por terceiro. Em razão da sucumbência a parte vencida foi condenada ao pagamento das custas processuais, na forma da lei, sem a imposição de honorários advocatícios, por força do disposto no artigo 25 da Lei Federal nº 12.016./09.

Em sede recursal, a parte apelante sustentou o seguinte:

a) o artigo 13, III, da Lei Estadual nº 13.296/08 não prevê a possibilidade da isenção, na hipótese de veículo automotor conduzido por terceiro; b) a Administração Pública está vinculada ao princípio da legalidade; c) violação ao disposto no artigo 111, II, do CTN.

O recurso de apelação, tempestivo e isento de preparo, foi recebido no efeito devolutivo, sem resposta da parte contrária.

A Douta Procuradoria-Geral de Justiça manifestou-se, a fls. 119/124, opinando pelo desprovimento dos recursos.

É o relatório.

Pondere-se, inicialmente, a existência de reexame necessário, por força do disposto no artigo 14, § 1º, da Lei Federal nº 12.016/09.

Os recursos oficial e de apelação, apresentado pela parte impetrada, não merecem acolhimento, devendo prevalecer a r. sentença de Primeiro Grau, que deu a melhor solução ao caso concreto.

Trata-se de mandado de segurança, impetrado por portador de necessidade especial, objetivando a isenção do IPVA, incidente sobre o veículo automotor adquirido e que será conduzido por terceiro.

Pois bem. Os elementos de convicção produzidos nos autos demonstram que a parte impetrante, incapaz, é portadora de necessidade especial (Deficiência Visual), conforme a prova documental de fls. 18. Assim, é induvidoso que não poderá conduzir veículo automotor. Porém, tal circunstância, não impede, em absoluto, a concessão do privilégio fiscal postulado na petição inicial.

Ademais, o benefício tributário pleiteado na presente lide deve ser concedido em favor da parte impetrante, mediante hermenêutica teleológica e lógico-sistemática do disposto no artigo 13, inciso III, da Lei Estadual nº 13.296/08, cuja redação é a seguinte: "*É isenta do IPVA a propriedade: III – de um único veículo adequado para ser conduzido por pessoa com deficiência física.*"

Isso porque, a norma jurídica mencionada no parágrafo anterior não pode ser analisada e aplicada de acordo com a regra prevista no artigo 111, inciso II, do Código Tributário Nacional, pois a literalidade do dispositivo de isenção, no caso concreto, ofenderá, inexoravelmente, os princípios constitucionais relacionados com a isonomia, proteção e integração social de portadores de necessidades especiais, negando vigência, inclusive, à Lei Federal nº 7.853/89, o que é inadmissível.

É relevante consignar que a Lei Federal nº 7.853/89 estabelece o apoio aos portadores de necessidades especiais e a criação da Coordenadoria Nacional para a Integração da Pessoa Portadora de Deficiência - Corde, instituindo, inclusive, a tutela jurisdicional de interesses coletivos ou difusos e a atuação do Ministério Público, com a definição de outras providências. Aliás, os respectivos

Acesso ao Sumário

artigos 1º e 2º, do referido diploma legal, dispõem o seguinte:

> *"Artigo 1º - Ficam estabelecidas normas gerais que asseguram o pleno exercício dos direitos individuais e sociais das pessoas portadoras de deficiências, e sua efetiva integração social, nos termos desta Lei.*
>
> *§ 1º - Na aplicação e interpretação desta Lei, serão considerados os valores básicos da igualdade de tratamento e oportunidade, da justiça social, do respeito à dignidade da pessoa humana, do bem-estar, e outros, indicados na Constituição ou justificados pelos princípios gerais de direito.*
>
> *§ 2º - As normas desta Lei visam garantir às pessoas portadoras de deficiência as ações governamentais necessárias ao seu cumprimento e das demais disposições constitucionais e legais que lhes concernem,* ***afastadas as discriminações e os preconceitos de qualquer espécie,*** *e entendida a matéria como obrigação nacional a cargo do Poder Público e da sociedade.*
>
> *Artigo 2º - Ao Poder Público e seus órgãos cabe assegurar às pessoas portadoras de deficiência o pleno exercício de seus direitos básicos, inclusive dos direitos à educação, à saúde, ao trabalho, ao lazer, à previdência social, ao amparo à infância e à maternidade, e de outros que, decorrentes da Constituição e das leis, propiciem seu bem-estar pessoal, social e econômico."* (destaques acrescidos)

De outra parte, a Constituição Federal de 1.988, por diversas vezes, faz referência aos portadores de necessidades especiais, conforme, por exemplo, os respectivos artigos 7º, XXXI, 23, II, 24, XIV, 37, VIII, 203, IV e V, 208, III, 227, II e § 2º.

Por isso, respeitado e preservado eventual entendimento em sentido contrário, tem-se que o objetivo da Lei Estadual nº 13.296/08, concernente à isenção do tributo em questão, não é estabelecer uma forma de compensação por eventuais custos que o cidadão especial teria com a adaptação de veículo automotor, mas, incluí-lo de forma digna na sociedade, dando efetividade aos comandos constitucionais mencionados anteriormente.

Acesso ao Sumário

Assim, é possível concluir que os efeitos do artigo 13, inciso III, da Lei Estadual nº 13.296/08, devem ser estendidos aos portadores de necessidades especiais, independentemente do tipo de problema apresentado, sendo absolutamente irrelevante o fato de que o veículo automotor será conduzido por terceiro.

No mais, certamente não foi intenção do legislador estadual estabelecer discriminação entre os próprios portadores de necessidades especiais, elegendo quais teriam, ou não, direito ao benefício fiscal, mesmo porque, isto ofenderia diretamente um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil,

contido no inciso IV do artigo 3º da CF, que dispõe o seguinte: "*promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação*."

Finalmente, confira-se, a propósito do tema ora debatido, a jurisprudência deste E. Tribunal de Justiça, a seguir:

"APELAÇÃO - MANDADO DE SEGURANÇA - PEDIDO DE ISENÇÃO DE IPVA DE AUTOMÓVEL - PESSOA PORTADORA DE DEFICIÊNCIA FÍSICA (CEGUEIRA TOTAL) - VEÍCULO CONDUZIDO POR TERCEIRA PESSOA, EM BENEFÍCIO DO DEFICIENTE - POSSIBILIDADE - O ARTIGO 111, II, DO CTN NÃO PODE SER INTERPRETADO DE FORMA LITERAL, MAS DE MANEIRA LÓGICO-SISTEMÁTICA EM FACE DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS TRIBUTÁRIOS, NÃO SE LIMITANDO O BENEFÍCIO FISCAL À PESSOA COM DEFICIÊNCIA FÍSICA - RECURSO PROVIDO."

(Apelação nº 0020458-76.2011.8.26.0576 – Rel. o Des. Franco Cocuzza – E. 5ª Câmara de Direito Público – Julgado em 16.04.12 - v.u.)

"MANDADO DE SEGURANÇA - Impetração para o fim de obter isenção de IPVA adquirido por portador de deficiência física - Condução do veículo por outra pessoa - Irrelevância - Direito que haure seu fundamento do artigo 5º, da Constituição Federal - Isenção reconhecida - Apelação fazendária e reexame necessário não providos." (Apelação nº 0006608-43.2011.8.26.0482 – Rel. o Des. Fermino Magnani Filho – E. 5ª Câmara de Direito Público – Julgado em 16.04.12 – v.u.)

"AGRAVO DE INSTRUMENTO – MANDADO DE SEGURANÇA COM PEDIDO DE LIMINAR – ICMS E IPVA – IMPETRANTE PORTADOR DE DEFICIÊNCIA MENTAL SEVERA / GRAVE – TRISSOMIA CROMOSSÔMICA 21 (SÍNDROME DE DOWN) – PRETENSÃO À ISENÇÃO DE ICMS E IPVA NA AQUISIÇÃO DE VEÍCULO AUTOMOTOR, AINDA QUE CONDUZIDO PORTERCEIRA PESSOA – ADMISSIBILIDADE. ***A interpretação teleológica e sistemática das normas que isentam tributos em favor de pessoas portadoras de deficiências físicas justifica a isenção de ICMS e IPVA na aquisição de veículo novo****, mesmo que sem adaptação para o motorista, destinado ao transporte de deficientes, ainda que estes não tenham habilitação nem condições para serem condutores de veículo automotor. RECURSO AO QUAL SE DÁ PROVIMENTO. DECISÃO REFORMADA."*

(Agravo de Instrumento nº 0162576-57.2011.8.26.0000 – Rel. a Des. Regina Capistrano – E. 1ª Câmara de Direito Público – Julgado em 31.07.12 – v.u. – destaques acrescidos)

Portanto, a concessão da ordem impetrada em mandado de segurança era

Acesso ao Sumário

mesmo de absoluto rigor, não comportando nenhuma alteração.

Ante o exposto, **NEGA-SE PROVIMENTO** aos recursos oficial e de apelação, apresentado pela parte impetrada, ratificando, na íntegra, a r. sentença recorrida, por seus próprios e jurídicos fundamentos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação/Reexame Necessário nº 1007071-95.2015.8.26.0071, da Comarca de Bauru, em que são apelantes DIRETOR DA DELEGACIA REGIONAL DE SAÚDE DE BAURU e JUÍZO *EX OFFICIO*, é apelado LISELOTE TEREZINHA BLEY GRIJO (JUSTIÇA GRATUITA).

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 12ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Deram provimento aos recursos. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 26.243[1])**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores JOSÉ LUIZ GERMANO (Presidente), OSVALDO DE OLIVEIRA e VENICIO SALLES.

São Paulo, 1º de junho de 2016.

JOSÉ LUIZ GERMANO, Relator

Ementa: APELAÇÃO E REEXAME NECESSÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. MEDICAMENTO. MAL DE ALZHEIMER. MEDICAMENTO FORA DOS PADRONIZADOS PELO SUS, SEM RECEITUÁRIO ESPECÍFICO ACOMPANHADO DE RELATÓRIO MÉDICO EXPLICATIVO, DE ACORDO COM A ORIENTAÇÃO DO CNJ E DO STF. IMPOSSIBILIDADE DE FORNECIMENTO. Os pedidos de medicamentos que não estão padronizados pelo SUS devem vir acompanhados de relatório médico especificando a necessidade de medicamento diferenciado e a não adaptação do paciente aos medicamentos-padrões. A ausência desse relatório gera improcedência do pedido segundo orientação do CNJ e Supremo Tribunal Federal.

APELAÇÃO E REEXAME NECESSÁRIO

Acesso ao Sumário

1 18.04.16

PROVIDOS.

VOTO

Trata-se de apelação interposta contra a r. sentença de fls. 95/99 que, nos autos do mandado de segurança, julgou procedente o pedido inicial, determinando à impetrada que fornecesse o medicamento Rivastigmina Patch 10 (9,5mg/24 horas) (30 adesivos por mês), devendo ser apresentada prescrição médica atualizada à Secretaria Municipal de Saúde, a cada 03 (três) meses.

Apela a fazenda do Estado requerendo a reforma da sentença para o fim de se denegar a segurança. Alega que não houve comprovação pela parte autora da inefetividade do medicamento fornecido pela rede pública, sendo que o fármaco solicitado (Rivastigmina Patch 10) possui similar fornecido pelo SUS com mesmo princípio ativo do solicitado.

Foram apresentadas contrarrazões.

A D. Procuradoria Geral de Justiça ofertou parecer no sentido de se negar provimento ao recurso.

Não houve oposição ao julgamento virtual.

O julgamento foi convertido em diligência, de acordo com despacho a fls. 168/169, para o fim de que a parte autora fornecesse relatório médico detalhando a inefetividade do tratamento fornecido pelo SUS (enunciado 12 do CNJ).

A parte juntou declaração médica ilegível a fls. 172.

É o relatório.

Trata-se de pedido do medicamento *Rivastigmina Patch 10* para o tratamento de Mal de Alzheimer.

O Estado informa que possui em sua lista padronizada do SUS o medicamento Excelon, com mesmo princípio ativo do medicamento solicitado pela parte autora.

Para justificar seu pedido, a parte autora juntou tão somente requerimento feito pelo médico à Secretaria de Estado da Saúde (fls. 21/23), bem como receituários médicos com a prescrição do fármaco (fls. 34).

Em atenção à determinação do despacho do d. juízo de 1º grau (fls. 71/72), o médico que atendeu a impetrante apresentou declaração a fls. 84 no sentido de que "*a opção pela rivastigmina em patch foi devido diminuir as chances dos efeitos colaterais da medicação via oral. Não sei informar se a mesma usar a medicação via oral irá apresentar os efeitos colaterais da mesma*" (sic).

Por sua vez, este relator, a fls. 168/169, não satisfeito com as justificativas genéricas apresentadas pelo médico, determinou que fosse acostado aos autos relatório detalhando a inefetividade do tratamento fornecido pelo SUS, nos termos do Enunciado nº 12 do CNJ.

Acesso ao Sumário

No entanto, a parte autora juntou a fls. 172 apenas uma declaração ilegível que nada comprovou.

Desta feita, o processo não está instruído com os documentos mínimos necessários para a procedência do pedido, ônus que incumbia à parte autora, nos termos do art. 333, I, do CPC/73.

Salienta-se que o Supremo Tribunal Federal, em julgados envolvendo o direito à saúde, vem se pronunciando a respeito da imposição de determinados critérios a serem observados nos casos concretos.

No presente caso, a parte autora não apresentou os requisitos necessários à procedência do pedido.

Conforme se verifica dos autos, a requerente apresenta apenas receita médica padronizada, ausente relatório médico pormenorizado ou laudo pericial que demonstre a situação clínica específica, bem como o histórico de tratamentos disponíveis que se demonstraram ineficazes, a apontar o medicamento solicitado como única alternativa viável para o combate à enfermidade.

Além do Supremo Tribunal Federal, o Conselho Nacional de Justiça editou enunciados para orientar as decisões do Poder Judiciário, de modo a equilibrar a relação paciente x Estado.

O enunciado 14 assim orienta: "*não comprovada a inefetividade ou impropriedade dos medicamentos e tratamentos fornecidos pela rede pública de saúde, deve ser indeferido o pedido não constante das políticas públicas do Sistema Único de Saúde*".

Desta forma, a sentença de 1º grau deve ser reformada para o fim de se negar a concessão da segurança e o fornecimento do medicamento.

Sem condenação em despesas, custas e honorários ante o rito eleito.

Ante o exposto, é **dado provimento** ao apelo fazendário e ao reexame necessário.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação/Reexame Necessário nº 1009899-32.2015.8.26.0114, da Comarca de Campinas, em que é apelante PREFEITURA MUNICIPAL DE CAMPINAS, é apelado CARLOS EDUARDO BAZAN.

ACORDAM, em 11ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao reexame necessário e ao apelo interposto. v.u.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 26.173)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores AROLDO VIOTTI (Presidente) e OSCILD DE LIMA JÚNIOR.

São Paulo, 21 de junho de 2016.

LUIS GANZERLA, Relator

Ementa: MANDADO DE SEGURANÇA – Acupuntura – Pleito de anulação de auto de infração lavrado pela Municipalidade, em razão de realização de atividades de acupuntura sem formação em nível superior na área – Pedido de requerimento de Laudo de Avaliação Sanitária, o qual foi indeferido – Cabimento – Matéria de competência legislativa privativa da União – Ausência de lei federal a regulamentar o exercício da profissão de acupuntor – Inteligência dos arts. 5º, XIII e 22, XVI, da CF/88 – Concessão da segurança mantida – Reexame necessário e apelo não providos.

VOTO

O apelado, **Carlos Eduardo Bazan**, impetrou mandado de segurança contra ato do **Prefeito Municipal de Campinas**, pois, autuado por realizar atividades de acupuntura sem formação em nível superior na área. Pleiteou a anulação do auto de infração e a expedição do Laudo de Avaliação Sanitária – LAS e do alvará/licença de funcionamento para desenvolver atividades de acupuntura, sob alegação de não ser condição para a prática da atividade a formação em curso superior. Pediu a liminar (fls. 01/34).

Deferida a liminar, sobreveio r. sentença de concessão parcial da segurança, para determinar a expedição do Laudo de Avaliação Sanitária desde que não haja outra causa impeditiva a não ser a objeto dos autos, bem como para desconstituir o Auto de Infração nº 7798. O C. Juízo de primeiro grau determinou o reexame necessário (fls. 248/249 e 375/376).

Inconformada, recorre a vencida, na busca de inverter o decidido (fls. 379/397).

Contrariado o recurso, foram os autos remetidos a este E. Tribunal (fls. 401/413).

É o relatório, em acréscimo ao da r. sentença recorrida.

Quando a lei alude a direito líquido e certo – explana **HELY LOPES MEIRELLES** – está exigindo que esse direito se apresente com todos os requisitos para seu reconhecimento e exercício no momento da impetração.

Acesso ao Sumário

Em ultima análise, direito líquido e certo é direito comprovado de plano. Se depender de comprovação posterior, não é líquido e nem certo, para fins de segurança (Mandado de Segurança, pág. 36/37, Ed. Malheiros, 29.ª ed.).

Por se exigir situações e fatos comprovados de plano – continua o saudoso mestre – é que não há instrução probatória no mandado de segurança. Há, apenas, uma dilação para informações do impetrado sobre as alegações e provas oferecidas pelo impetrante, com subsequente manifestação do Ministério Público sobre a pretensão do postulante. Fixada a lide nestes termos, advirá a sentença considerando unicamente o direito e os fatos comprovados com a inicial e as informações.

As provas tendentes a demonstrar a liquidez e certeza do direito podem ser de todas as modalidades admitidas em lei, desde que acompanhem a inicial, salvo no caso de documento em poder do impetrado (art. 6.º, parágrafo único) ou superveniente às informações. Admite-se, também, a qualquer tempo, o oferecimento de parecer jurídico pelas partes, o que não se confunde com documento. O que se exige é prova pré-constituída das situações e fatos que embasam o direito invocado pelo impetrante (op. e loc. cits.).

Expressa o art. 5º, XIII, da Constituição Federal:

Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

...

XIII – é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer;

De outra parte, também expressa o art. 22, XVI, da Lei Maior:

Art. 22 – Compete privativamente à União legislar sobre:

...

XVI – estabelecer e implantar política de educação para a segurança do trânsorganização do sistema nacional de emprego e condições para o exercício de profissões;

Destarte, evidente a competência da União para legislar sobre condições para o exercício de profissões, vedado ao Município disciplinar sobre essa matéria.

Portanto, verifica-se, na ausência de lei federal, não pode a Municipalidade colocar obstáculo ao exercício da atividade profissional, como no presente caso, e exigir o nível superior.

Este E. Tribunal teve oportunidade de assim decidir, como se infere pelos seguintes arestos:

"MANDADO DE SEGURANÇA - Anulação de Ato Administrativo - Ato

administrativo que indeferiu pedido de licença para exercício das técnicas terapêuticas de acupuntura Inadmissibilidade - Matéria de competência legislativa privativa da União - Ausência de lei federal com tal exigência - Inteligência do artigo 5º, inciso XIII e do artigo 22, inciso XVI, ambos da Constituição Federal - Segurança concedida - Sentença mantida. Reexame necessário e Recurso voluntário da Municipalidade improvidos." (Ap. nº 9199117-48.2002.8.26.0000, Jundiaí, j. 26.04.2011, rel. **DES. CAMARGO PEREIRA**).

"APELAÇÃO – Mandado de segurança – Licença de funcionamento – Clínica de Acupuntura Profissional de nível médio – Ato administrativo que indeferiu a pretensão – Alegação de falta de graduação em nível superior na área de saúde – Ilegalidade do ato – Profissão não regulamentada – Competência privativa da União para legislar sobre a matéria – Presença de direito líquido e certo – Sentença concessiva da ordem mantida – REEXAME E RECURSO VOLUNTÁRIO NÃO PROVIDO. 1. Presente o Município, no pólo passivo de mandado de segurança referente a ato administrativo oriundo de seu órgão, apresentando resposta, defendendo e sustentando a legalidade do ato impugnado, opera-se a encampação de responsabilidade pelo ato praticado e, daí, não há carência da ação, por ilegitimidade passiva. 2. É vedado ao Município disciplinar matéria relativa ao exercício profissional, como, no caso em apreço, pautado na exigência da formação de nível superior para o exercício da prática terapêutica de acupuntura, pois trata-se de matéria privativa da União (art. 22, XVI, da CF)." (Ap. nº 9000868-44.2009.8.26.0506, Ribeirão Preto, j. 07.08.2012, rel. **DES. VICENTE DE ABREU AMADEI**).

"APELAÇÃO – Medida cautelar inominada em que o autor pleiteou a concessão do alvará de funcionamento e o reconhecimento, por parte do órgão competente do Município, como responsável técnico pelos serviços de acupuntura – Ato administrativo municipal que indeferiu pedido de licença para funcionamento, sob o fundamento de que a prática de acupuntura deverá ser exercida por profissional de nível superior na área da saúde, conforme exigência da Portaria nº 16 de 24.10/2003 – Ilegalidade reconhecida ante a ausência de lei federal a regulamentar o exercício da profissão de acupuntor – Competência exclusiva da União para disciplinar condições e requisitos para o exercício de profissões – Sentença de improcedência reformada – Recurso provido." (Ap. nº 0170689-05.2008.8.26.0000, Campinas, j. 14.11.2012, rel. **DES. REBOUÇAS DE CARVALHO**).

Logo, há direito líquido e certo a amparar a pretensão do impetrante.

O caso, assim, é de **não provimento** do reexame necessário e do apelo interposto pela **Prefeitura Municipal de Campinas** nos autos do mandado de segurança impetrado **Carlos Eduardo Bazan** contra ato do **Prefeito Municipal de Campinas** (proc. nº 1009899-32.2015.8.26.0114 – 1º Ofício da Fazenda Pública de Campinas, SP), mantida a r. sentença recorrida, por seus próprios e

Acesso ao Sumário

jurídicos fundamentos.

Consigne-se, para fins de prequestionamento, inexistir ofensa aos artigos de lei mencionados, pois debatidos, analisados e decididos, prescindíveis as referências numéricas expressas (cfe. STF, RE 469054 AgR/MG, rel. **MIN. CARMEM LÚCIA**, j. 28.11.2006 e STJ, Edcl no RMS 18.205/SP, j. 18.04.2006, rel. **MIN. FELIX FISCHER**).

As inconformidades, na Câmara, em razão deste julgado estarão sujeitas ao julgamento virtual e eventual discordância deverá ser indicada por ocasião das interposições.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação/Reexame Necessário nº 1032327-30.2014.8.26.0506, da Comarca de Ribeirão Preto, em que são apelantes FAZENDA MUNICIPAL DE RIBEIRÃO PRETO e JUÍZO *EX OFFICIO*, são apelados PAULO CESAR GRANDINI e LEANDRO CESAR GRANDINI.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 14ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Negaram provimento ao recurso. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 10.120)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores OCTAVIO MACHADO DE BARROS (Presidente), HENRIQUE HARRIS JÚNIOR e MÔNICA SERRANO.

São Paulo, 4 de agosto de 2016.

OCTAVIO MACHADO DE BARROS, Relator

Ementa: APELAÇÃO – AÇÃO DECLARATÓRIA – ISSQN – Sociedade simples que tem por objeto social a prestação de serviços médicos – Pretensão ao recolhimento fixo do tributo – Possibilidade – Natureza empresarial não caracterizada – Ausência de prova contrária a cargo do município – Benefício concedido nos termos do art. 9º, parágrafos 1º e 3º do Decreto Lei 406/68 – Recurso desprovido.

Acesso ao Sumário

VOTO

Apelação e recurso oficial contra a sentença de fls.192/197 que, em ação

declaratória[1] relativa à incidência de ISSQN, julgou procedente o pedido para reconhecer a natureza não empresarial da sociedade e seu enquadramento para adoção do regime de alíquota fixa, retroagindo seus efeitos à data do registro da alteração contratual levada a efeito em 29/04/2013, com a condenação do município no pagamento das custas e honorários advocatícios em R$1.000,00.

Sustenta o município, em síntese, que a autora não faz jus ao regime diferenciado de tributação previsto no artigo 9º, parágrafos 1º e 3º do Decreto-Lei 406/68, dado o seu caráter empresarial, o que pode ser constatado em seu contrato social e confirmado pelo processo administrativo juntado aos autos em que houve diligência "*in loco*" para verificação das atividades exercidas pela sociedade autora.

Recurso regularmente recebido, processado e respondido, em que a autora propugna pela confirmação da sentença.

Relatado.

O recurso não merece provimento.

O artigo 9º, do Decreto-lei nº 406/68, faculta a tributação privilegiada do ISSQN sobre os serviços denominados *uniprofissionais*, prestados de forma individual por integrantes da mesma categoria, servindo como base de cálculo o número de sócios e não o faturamento mensal da sociedade, ainda que se trate de sociedade simples, como entende o Col. Superior Tribunal de Justiça:

> *TRIBUTÁRIO. ISS. SOCIEDADE LIMITADA. CARÁTER EMPRESARIAL. NÃO INCIDÊNCIA DO ART. 9º, § § 1º E 3º, DO DECRETO-LEI N. 406/68. TRATAMENTO TRIBUTÁRIO PRIVILEGIADO. IMPOSSIBILIDADE. 1. Não se pode conhecer da apontada violação aos artigos 475, 515,517 e 535 do CPC, pois as alegações que fundamentaram as pretensas ofensas são genéricas, sem discriminação dos pontos efetivamente violados. Incide, no caso, a Súmula n. 284 do Supremo Tribunal Federal, por analogia. 2. O recurso não pode ser conhecido pela alínea "c" do permissivo constitucional, pois não foi realizado o necessário cotejo analítico, bem como não foi apresentado o dissídio jurisprudencial, não bastando a simples transcrição de ementas. 3. Nos termos do art. 9º, § 1º, do Decreto- Lei 406/68, "a base de cálculo do imposto é o preço do serviço" e "quando se tratar de prestação de serviços sob a forma de trabalho pessoal do próprio contribuinte, o imposto será calculado por meio de alíquotas fixas ou variáveis, em função da natureza do serviço ou de outros fatores pertinentes, nestes não compreendida a importância paga a título de remuneração do próprio trabalho". Tratando-se de serviços prestados por sociedades, desde que o serviço se enquadre no rol previsto no § 3º do artigo referido, há autorização legal para fruição do*

1 *Valor da causa em R$ 5.000,00 – para setembro de 2.014.*

tratamento privilegiado, devendo o imposto ser "calculado em relação a cada profissional habilitado, sócio, empregado ou não, que preste serviços em nome da sociedade, embora assumindo responsabilidade pessoal, nos termos da lei aplicável". ***A sociedade simples, constituída sob a forma de sociedade limitada, não pode usufruir do tratamento privilegiado, porquanto nela o sócio não assume responsabilidade pessoal, tendo em vista que sua responsabilidade é limitada à participação no capital social, não obstante todos os sócios respondam solidariamente pela integralização do capital social. 4. A jurisprudência desta Corte Superior é no sentido de que, para fazer jus ao benefício disposto no art. 9º, §§ 1º e 3º, do Decreto-Lei n. 406/68, a empresa deve caracterizar-se como sociedade uniprofissional, o que não se compatibiliza com a adoção do regime da sociedade limitada, em razão do caráter empresarial de que se reveste este tipo social.*** *Precedentes: REsp 1221027/SP, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 22/02/2011, DJe 04/03/2011; AgRg no REsp 1202082/PB, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 28/09/2010, DJe 02/02/2011; AgRg no Ag 1349283/RO, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 02/12/2010, DJe 14/12/2010; REsp 1057668/RS, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ de 4.9.2008. 5. Sendo o recorrido uma sociedade limitada, de caráter empresarial, não pode o ISS incidir com alíquota fixa, calculada em razão do número de profissionais, nos termos do §3º do art. 9º do referido Decreto-Lei, não faz jus a repetição dos valores do tributo. 6. Recurso Especial parcialmente conhecido e, nessa parte, provido.* (REsp 1285038/PR 2ª Turma, Relator Ministro Mauro Campbell Marques, v.u., DJe 28.11.2011- **grifado**).

No caso, como se colhe do contrato social, a autora passou a ser sociedade simples em 29/04/2013, constituída por sócios médicos e cujo objeto social é a atividade de clínica médica (fls. 24), com possibilidade de eventual retirada mensal, divisão das quotas sociais por igual entre os dois sócios e responsabilidade subsidiária pelas obrigações, de forma solidária e ilimitada por todos os atos praticados, além do exercício da administração, individual ou em conjunto, inclusive nas representações judiciais ou extrajudiciais (fls. 23/28).

Com efeito, ainda que a alteração do contrato social a partir de 29/04/2013, em tese e por si só, possa afastar o caráter empresarial, segundo alega a apelante, cabia à própria municipalidade produzir prova nesse sentido (CPC, art. 333 e NCPC, art. 373, I e II), a despeito do indeferimento na esfera administrativa, sobretudo porque referida decisão não teve o condão de desconstituir o objeto do contrato social, sem análise minuciosa e objetiva a concluir pela não concessão do regimento diferenciado, cujo ônus competia o município.

A forma simples e genérica como foi emitido o parecer da autoridade fiscal

(fls. 157) e sua posterior aprovação, não constitui prova inequívoca e irrefutável de possível desvio de finalidade social, a comprovar o caráter empresarial da sociedade, sobretudo porque não especificadas as irregularidades apontadas, o que até dificulta o exercício à ampla defesa pelo contribuinte.

Ademais, a pessoalidade encontra-se presente nos serviços prestados pelos profissionais regularmente habilitados e sua correlata responsabilidade, de modo a concluir que a autora, efetivamente, faz jus à classificação especial como *sociedade uniprofissional*, tanto pela caracterização da responsabilidade societária, como pelo não caráter empresarial no contexto em que os serviços são prestados.

Daí porque, **nega-se provimento ao recurso.**

Conflitos de Competência

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência nº 0022481-98.2016.8.26.0000, da Comarca de Ribeirão Preto, em que é suscitante 8º CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO, é suscitado 1ª CÂMARA EXTRADORDINÁRIA DE DIREITO PÚBLICO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em Turma Especial - Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "JULGARAM PROCEDENTE O CONFLITO E COMPETENTE A 8ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO, SUSCITANTE.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 10.631)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores WANDERLEY JOSÉ FEDERIGHI (Presidente), AROLDO VIOTTI, ERBETTA FILHO, ANTONIO MOLITERNO, TORRES DE CARVALHO, COIMBRA SCHMIDT, SIDNEY ROMANO DOS REIS, FERMINO MAGNANI FILHO, RUY ALBERTO LEME CAVALHEIRO, CAMARGO PEREIRA, ALVARO PASSOS, LUIZ FELIPE NOGUEIRA, RUBENS RIHL, EDSON FERREIRA, HENRIQUE HARRIS JÚNIOR, LUCIANA BRESCIANI E FLORA MARIA NESI TOSSI SILVA.

Acesso ao Sumário

São Paulo, 24 de junho de 2016.
PAULO BARCELLOS GATTI, Relator

Ementa: CONFLITO DE COMPETÊNCIA – CAUSA CONEXA – PREVENÇÃO – OCORRÊNCIA – Pretensão inicial da autora voltada à declaração de nulidade do ato administrativo que cessou sua designação para o exercício da função de vice-diretora de escola, bem como à nulidade do ato de dispensa da servidora, de modo que seja reintegrada à sua função; ainda, pleiteou o pagamento de indenização por danos materiais e morais – Anterior impetração de mandado de segurança – Discussão que gira em torno da nulidade ou não do ato administrativo que afastou a servidora da função de vice-diretora de escola, bem como à nulidade de dispensa da autora do serviço público – Tema este já previamente analisado, ainda que de forma acessória, no *mandamus* anteriormente impetrado pela servidora – Existência de causa conexa que pode gerar decisões conflitantes – Prevenção – Inteligência do art. 105 do Regimento Interno do TJSP – Precedentes do Órgão Especial – Conflito julgado procedente, determinando-se a competência da 8ª Câmara de Direito Público para julgamento da lide.

VOTO

Vistos.

Trata-se de incidente de conflito negativo de competência, suscitado pela **8ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO**, nos autos da "ação declaratória de nulidade de ato administrativo cc. reparatória de danos" ajuizada por **MAURILIA DORNELES DE OLIVEIRA** em face da **FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO.**

Na inicial, sustentou a autora ser funcionária pública estadual devidamente aprovada em concurso para o cargo de professora em março de 1988, sob o regime da Lei nº 500/74. Aduziu que no ano de 2005 assumiu a função de vice-diretora na Escola Estadual Dr. Meira Júnior e em março de 2006 foi designada para a Escola Jardim Paiva I. Porém, logo no mês seguinte, passou a sentir fortes dores no joelho esquerdo, de modo que precisou se afastar de suas atividades, tendo sido diagnosticada com uma "*ruptura completa do ligamento cruzado*

anterior, condropatia discreta no compartimento medial, derrame articular e cisto de Baker".

Foi concedida licença-saúde através do Departamento de Perícias Médicas do Estado. Mas, após o prazo da licença, pleiteou administrativamente a expedição de guia para a realização de nova perícia médica, o que lhe foi negado, sob o argumento de que o vínculo com a escola havia cessado em 29.11.2006, conforme Portaria de Cessação, nos termos do art. 8º, III, do Decreto nº 43.409/98. No mesmo sentido, a Escola Estadual Vereador Orlando Vitaliano também se recusou a fornecer a guia para perícia e, em 30.01.2007, publicou Portaria de Dispensa da servidora nº 216/2007, com vigência a partir de 21.01.2007.

Diante dessa situação, a servidora impetrou MANDADO DE SEGURANÇA (Processo nº 0002737-69.2007.8.26.0506), que tramitou perante a 2ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Ribeirão Preto, objetivando compelir a autoridade coatora a fornecer guia para a realização de perícia médica, visando obter licença-saúde a partir de 22.01.2007 (fls. 459/468). A ordem de segurança foi concedida no *mandamus*, garantindo- se a manutenção do vínculo da impetrante com a Escola Estadual Jardim Paiva I, bem como na função de vice-diretora da Escola para todos os efeitos legais, determinando-se a expedição das guias necessárias para a realização de perícia médica e declarando a ineficácia da portaria de cessação da designação da servidora como vice-diretora na Escola Estadual Jardim Paiva I (fls. 180/187).

A decisão foi mantida pela Colenda 8ª Câmara de Direito Público, quando do julgamento do recurso de **apelação nº 9133877-05.2008.8.26.0000**, em que o Exmo. Relator Des. Carvalho Viana consignou expressamente que a impetrante não poderia ter sido dispensada enquanto estivesse no gozo da licença-saúde, afirmando que seu vínculo não poderia ser quebrado sem nova avaliação de médico oficial. Neste sentido, concluiu-se que o ato de dispensa foi eivado de ilegalidade, nos termos dos arts. 16, VI; 26; 35, III; todos da Lei nº 500/74 (fls. 471/472).

Ademais, afirma a autora que só após a concessão da ordem de segurança do *mandamus* que voltou a receber seus proventos, que estavam suspensos desde a publicação do ato de dispensa em janeiro de 2007.

Diante deste contexto fático, a servidora ajuizou a presente "ação declaratória de nulidade de ato administrativo cc. reparatória de danos", objetivando ***(i)*** a declaração de nulidade do ato administrativo que cessou a designação da autora para o exercício da função de vice-diretora da Escola Estadual Jardim Paiva I; ***(ii)*** a declaração de nulidade do ato de dispensa da servidora; ***(iii)*** a reintegração definitiva da autora à sua função, permitindo-lhe permanecer em gozo de licença-saúde e apenas retornar ao trabalho quando

Acesso ao Sumário

restabelecida; e ***(iv)*** a condenação do Estado ao pagamento de danos materiais e morais (fls. 02/16).

A r. sentença de primeiro grau (fls. 393/398) julgou *parcialmente procedente* o feito para fins de declarar a nulidade do ato administrativo que cessou a designação da autora para a função de vice- diretora da Escola Estadual Jardim Paiva I, bem como a Portaria de Dispensa nº 216/2007, do cargo de professora da Escola Estadual Vereador Orlando Vitaliano, determinando que ao fim da licença-saúde, a servidora volte a exercer sua funções. Ainda, condenou a FESP ao pagamento do valor atualizado das verbas que a servidora deixou de receber em decorrência dos referidos atos administrativos, além do pagamento de indenização de R$ 20.000,00 por danos morais.

Ato seguinte, ambas as partes interpuseram recurso de apelação (fls. 401/405 e 410/424).

Os recursos foram inicialmente distribuídos à 9ª Câmara de Direito Público, sob a relatoria do Exmo. Desembargador DÉCIO NOTARANGELI e encaminhados à 1ª Câmara Extraordinária de Direito Público, sob a relatoria do Exmo. Desembargador LEME DE CAMPOS, que, por despacho, determinou sua redistribuição, por prevenção, à Colenda 8ª Câmara de Direito Público, sob o fundamento de que, embora os recursos interpostos sejam referentes a outro feito, as questões debatidas no Mandado de Segurança nº 0002737-69.2007.8.26.0506 são **conexas** às alegações da presente demanda, nos termos do art. 102 do RITJSP (fls. 432).

Em seguida, os autos foram distribuídos, por prevenção, à 8ª Câmara de Direito Público, sob a relatoria da Exma. Desembargadora CRISTINA COTROFE, que, por votação unânime, não conheceram dos apelos e suscitaram o presente conflito negativo de competência (fls. 442/447).

Este é, em síntese, o relatório.

VOTO

Anote-se, de início, a competência desta Turma Especial para julgamento do presente conflito, nos termos do artigo 32, IV, do Regimento Interno deste Egrégio Tribunal, visto tratar-se de conflito de competência entre Câmaras da Seção de Direito Público.

Acesso ao Sumário

No mérito, não assiste razão à Colenda Câmara suscitante do conflito, pois a presente demanda possui *relação direta com lide anterior* já julgada pela 8ª Câmara de Direito Público.

Com efeito, observa-se que não obstante o objetivo primordial do *mandamus* impetrado pela servidora ter sido tão-somente compelir a autoridade coatora a fornecer guia para a realização de perícia médica, visando a obtenção de licença-saúde a partir de 22.01.2007 (fls. 459/468), a ordem de segurança foi concedida para fins de garantir a manutenção do vínculo da impetrante com o

serviço público estadual, bem como na função de vice-diretora da Escola para todos os efeitos legais, com base exatamente na ilegalidade do ato administrativo que cessou a designação da servidora como vice-diretora, bem como dispensou a mesma do serviço público (fls. 180/187).

Neste sentido, ressalta-se que a própria Colenda 8ª Câmara de Direito Público, quando do julgamento do recurso de **apelação nº 9133877-05.2008.8.26.0000**, consignou expressamente que a impetrante não poderia ter sido dispensada enquanto estivesse no gozo da licença-saúde, afirmando que seu vínculo não poderia ser quebrado sem nova avaliação de médico oficial; concluindo, portanto, que o ato de dispensa foi eivado de ilegalidade (fls. 471/472).

Nota-se, portanto, que a presente "ação declaratória de nulidade de ato administrativo cc. reparatória de danos" é **conexa** ao anterior mandado de segurança nº 0002737-69.2007.8.26.0506, cujo recurso de apelação foi distribuído e julgado pela Colenda 8ª Câmara de Direito Público (fls. 471/472), lançado livremente ao Exmo. Des. Carvalho Viana.

Tal situação objetiva implica na conclusão de que a 8ª Câmara de Direito Público está preventa para o julgamento deste recurso, seguindo inteligência do artigo 105 do Regimento Interno deste Egrégio Tribunal de Justiça, *in verbis:*

> **Art. 105.** A Câmara ou Grupo que primeiro conhecer de uma causa, ainda que não apreciado o mérito, ou de qualquer incidente, terá a competência preventa para os feitos originários conexos e para todos os recursos, na causa principal, cautelar ou acessória, incidente, oriunda de outro, **conexa ou continente**, derivadas do mesmo ato, fato, contrato ou relação jurídica, e nos processos de execução dos respectivos julgados.
>
> § 1º - O afastamento dos juízes que participaram do julgamento anterior não rompe a prevenção, sendo o novo processo distribuído a quem os substituir ou assumir a cadeira vaga.
>
> (...)
>
> § 3º - O relator do primeiro recurso protocolado no tribunal terá a competência preventa para os recursos subsequentes no mesmo processo ou em processos conexos, enquanto compuser ou auxiliar a Câmara ou o Grupo, segundo a cadeira do tempo da distribuição.

Este, aliás, é o entendimento do Egrégio Órgão Especial e da Colenda Turma Especial desta Corte de Justiça Paulista:

> "CONFLITO DE COMPETÊNCIA – Agravo de instrumento tirado contra decisão de primeiro grau que, em sede de ação anulatória, indeferiu a suspensão do cumprimento de acordo celebrado pelo autor com o Ministério Público do Estado, nos autos de ação civil pública – Recurso distribuído a Desembargador da 6ª Câmara da Seção de Direito Público

Acesso ao Sumário

que aduz não existir prevenção, por serem diversos os pedidos e a causa de pedir nas ações em questão – Redistribuição feita a outro Desembargador, em outra Câmara, que suscita conflito negativo de competência – Cabimento – Ação anulatória (*querela nullitatis*) que apresenta caráter de subsidiariedade, além de prejudicialidade, com relação à ação anterior – Aplicação, *in casu*, do disposto no art. 105, caput, do Regimento Interno desta Corte – Prevenção da Câmara que primeiro tomou conhecimento do feito – Conflito de competência procedente, para fixar a competência da 6ª Câmara da Seção de Direito Público." **(Conflito de Competência nº 0076314-65.2015.8.26.0000, Turma Especial de Direito Público, Rel. WANDERLEY JOSÉ FEDEROGHI, j. 19.02.2016)**

"DÚVIDA DE COMPETÊNCIA – Recurso de agravo extraído de ação de despejo – Embora a competência preferencial para julgamento do presente agravo, tirado contra decisão proferida em ação de despejo, estivesse afeta à Seção de Direito Privado III (25ª a 36ª Câmaras), a existência de feito conexo (ação de interdito proibitório, envolvendo as mesmas partes, invertidas apenas as posições na relação processual), com recurso de agravo de instrumento anterior dele extraído e julgado, impõe a aplicação do disposto no art. 102 do Regimento Interno, haja vista a prevenção da 23ª Câmara de Direito Privado desta Corte – Dúvida de competência configurada, fixando-se a competência da citada 23ª Câmara de Direito Privado para conhecer e julgar o presente recurso." **(Conflito de Competência nº 0141324-61.2012.8.26.0000, Órgão Especial do TJSP, Rel. PAULO DIMAS MASCARETTI, j. 08.08.12)**

Ademais, ressalta-se que a autora, em suas razões, pretende convencer o Juízo exatamente da ilegalidade do ato administrativo que a dispensou do serviço público, bem como cessou sua designação como vice-diretora da escola estadual, com a consequente reintegração ao cargo público acrescida de danos materiais e morais, de modo que a apreciação deste recurso por outra Câmara que não a Oitava gera a possibilidade de decisões conflitantes, causando prejuízo às partes envolvidas.

Acesso ao Sumário

Destarte, o entendimento prevalente é no sentido da referida acessoriedade da atual demanda em relação ao *mandamus* que a antecedeu, motivo pelo qual se torna bastante clara a prevenção, também sob esse aspecto.

É, pois, de ser reconhecida a prevenção da 8ª Câmara da Seção de Direito Público desta Corte, conhecendo-se do Conflito de Competência, determinando-se a redistribuição do presente recurso à referida Câmara.

Ante o exposto, e pelo meu voto, julga-se **PROCEDENTE** o conflito negativo de competência suscitado, **declarando-se competente a Colenda 8ª Câmara de Direito Público suscitante** para o julgamento do recurso.

Embargos de Declaração

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos de Declaração nº 2116240-82.2016.8.26.0000/50000, da Comarca de Sorocaba, em que é embargante LUIZ BENEDITO RUIZ MERCEARIA ME, é embargado PROCURADORIA GERAL DO ESTADO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 1ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Deram provimento em parte ao recurso. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 28.787)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores ALIENDE RIBEIRO (Presidente) e RUBENS RIHL.

São Paulo, 4 de julho de 2016.

DANILO PANIZZA, Relator

Ementa: EMBARGOS DECLARATÓRIOS – Alegada a ocorrência do defeito de omissão na fundamentação da decisão que indeferiu liminar.

Recurso acolhido, apenas para fins de aclaramento, sem efeito modificativo.

VOTO

Vistos.

Luiz Benedito Ruiz Mercearia ME apresentou embargos declaratórios a fls.1/3 dos autos em apenso, com fundamento no art. 1.022, parágrafo único, II, do NCPC, em face da ausência das motivações que levaram ao indeferimento da antecipação dos efeitos da tutela recursal. Pede o acolhimento do recurso.

É o relatório.

Com razão o embargante, quanto à ocorrência de omissão, motivo pelo qual se mostra possível a retificação, através dos presentes embargos de declaração, para aclaramento, sem que isto gere efeito modificativo à decisão.

"O agravante se insurge contra decisão que em medida cautelar indeferiu a antecipação dos efeitos da tutela para sustação ou suspensão dos efeitos dos protestos de certidões da dívida ativa levadas a efeito pela agravada.

O r. despacho agravado deixou de acolher o pedido liminar, sob a consideração da necessidade de depósito prévio dos valores pretendidos pela

Acesso ao Sumário

Fazenda Pública.

A princípio, não se verificam presentes os princípios ensejadores para concessão da liminar, uma vez que a argumentação trazida pelo agravante não se mostra verossímil, principalmente em face do disposto no art. 25 da Lei nº 12.767/2012, que acrescentou o parágrafo único ao artigo 1º da Lei nº 9.492/97.

Portanto, deixo de acolher o pleito liminar.

À contraminuta (art. 1.019, II, do NCPC).”

Ante ao exposto, considerando apenas o princípio integrativo que rege a natureza jurídica dos embargos declaratórios, ficam acolhidos os mesmos, integrando este conteúdo o decisório objetivado, na parte que propicia integração, mas sem alteração do resultado.

Com isto, **acolhe-se o recurso**, apenas para fins de aclaramento, sem efeito modificativo.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos de Declaração nº 1018137-71.2014.8.26.0309/50000, da Comarca de Jundiaí, em que são embargantes PREFEITURA MUNICIPAL DE JUNDIAÍ e JUÍZO *EX OFFICIO*, são embargados JOSÉ PELICIARI e BRUNA BIAGIO PELICIARI.

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 14.432)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores ALIENDE RIBEIRO (Presidente), VICENTE DE ABREU AMADEI e DANILO PANIZZA.

São Paulo, 4 de julho de 2016.

ALIENDE RIBEIRO, Relator

Ementa: EMBARGOS DE DECLARAÇÃO – Omissão – Fins de prequestionamento – Ausência de quaisquer vícios passíveis de alteração, via embargos de declaração, consoante o disposto no art. 1.022 do Novo Código de Processo Civil – Embargos rejeitados.

Acesso ao Sumário

VOTO

Vistos.

Embargos declaratórios opostos pelo **Município de Jundiaí**, em face do v. acórdão de folhas 146/153, da lavra desta Relatoria, o qual, por unanimidade, negou provimento aos recursos interpostos nos autos da ação mandamental impetrada por **José Peliciari** e **Bruna Biagio Peliciari**, com fins de obtenção de fornecimento gratuito de medicamentos.

Com fins de prequestionamento, busca o acolhimento e sustenta que a decisão Colegiada não abordou expressamente os artigos 2, 165, 196 e 198, da Constituição Federal, bem como os artigos 8º e 9º da Lei nº 8.080/90, com a consequente Política Nacional de Medicamentos.

É o relatório.

Não há vício no julgado que comporte correção por meio de embargos de declaração.

As razões que motivaram o desprovimento do recurso oficial e de 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.

Constou do r. acórdão: "*O artigo 196 da atual Carta Magna preceitua ser a saúde dever do Estado, a quem incumbe o dever de garanti-la, através de políticas sociais e econômicas, assegurando o acesso universal aos serviços destinados à recuperação ou assistência daqueles que dele dependam, disposição que também existe na Carta Paulista em vigor.*

O direito à saúde foi constitucionalmente assegurado a todos, sem requisitos referentes à hipossuficiência econômica ou necessidade de prévia contribuição, não se qualificando como programáticas as normas constitucionais que o asseguram, máxime diante das disposições das Leis 8.090/90 e 9.313/96.

As obrigações na área da saúde são partilhadas pela União, pelos Estados membros, pelos Municípios e pelo Distrito Federal, como se conclui do exame do artigo 198, da Carta Magna que instituiu o Sistema Único de Saúde (SUS) assentando a solidariedade entre as Pessoas Políticas no custeio e gerenciamento do sistema.

Isso demonstra que a obrigatoriedade de fornecer os medicamentos e/ou a realização de exames, submete-se, quanto ao cumprimento, a um dos pilares constitucionais erigido a direito fundamental: a garantia do acesso à saúde."

Acesso ao Sumário

Com efeito, os embargos declaratórios têm por fim esclarecer contradições, obscuridades e omissões, existentes dentro do próprio texto do julgado.

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 ou obscuridades seguem a mesma trilha.

Relembre-se que nos embargos de declaração, ainda que com fim único de prequestionamento, devem-se observar os limites expressos no artigo 1.022 do Novo Código de Processo Civil (antigo 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.

A propósito, também já se cristalizou naquela Corte Superior de Justiça a orientação de que, mesmo para fins de prequestionamento, o acolhimento dos embargos de declaração pressupõe que a decisão recorrida esteja eivada de algum dos vícios discriminados no artigo 1022 do Novo Código de Processo Civil (correspondente ao artigo 535 do CPC de 1973), o que não é o caso dos autos. Nesse sentido: STJ, EAREsp. nº 651.076-RS, 5ª Turma, Rel. Min. Felix Fischer, DJU de 20.03.06; e STJ, AgRg no REsp. nº 324.158-SP, 3ª Turma, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, DJU de 12.12.05.

De toda forma, anote-se, os argumentos apresentados pelo embargante não abalam o julgado embargado.

Resultado do julgamento: rejeitaram os embargos.

ACÓRDÃO

Acesso ao Sumário

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos de Declaração nº 0000104-34.2012.8.26.0240/50000, da Comarca de Rancharia, em que é embargante JORGE LUIZ SOUZA PINTO, 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: Acolheram os embargos. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 12.933)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores ALIENDE

RIBEIRO (Presidente sem voto), DANILO PANIZZA e RUBENS RIHL.

São Paulo, 4 de julho de 2016.

VICENTE DE ABREU AMADEI, Relator

Ementa: EMBARGOS DE DECLARAÇÃO – Cerceamento de defesa – Ocorrência – Ausência de intimação de novo patrono regularmente constituído para a sessão de julgamento e do v. acórdão registrado – EMBARGOS ACOLHIDOS, com determinação.

A ausência de intimação do advogado regularmente constituído nos autos implica em nulidade do v. acórdão e consequente designação de nova data para julgamento.

VOTO

Trata-se de embargos de declaração opostos em relação ao v. acórdão (fls. 1523/1533), nos autos e entre partes acima identificadas, sob a alegação de deficiência do v. acórdão embargado, especialmente por nulidade, com pretensão destinada a sanar a deficiência apontada, pois o advogado do apelante, ora embargante, não foi intimado da inclusão em pauta para julgamento do recurso, bem como da publicação do acórdão registrado.

Intimados nos termos do art. 1.023, § 3º, do NCPC, o embargado e o interessado não apresentaram manifestação.

É o relatório.

O v. acórdão embargado, decorrente de julgamento colegiado por unanimidade de votos, em ação civil pública na qual se discute a existência de improbidade administrativa ocorrida em licitação, expressa o resultado de desprovimento do recurso.

Anota-se razão ao embargante, uma vez que o novo advogado constituído pelo apelante (procuração protocolizada em 06/03/2015, fls. 1445/1446) não foi cientificado para comparecer à sessão de julgamento e, querendo, oferecer sustentação oral (fls. 1543/1544).

Acolho, então, estes embargos de declaração, ante o evidente cerceamento de defesa.

Neste sentido a jurisprudência deste E. Tribunal de Justiça:

"EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. NULIDADE PROCESSUAL. OCORRÊNCIA. CERCEAMENTO DE DEFESA. INTIMAÇÃO PARA SESSÃO DE JULGAMENTO REALIZADA NA PESSOA DE ADVOGADO QUE NÃO MAIS REPRESENTAVA O EMBARGANTE. A ausência de

Acesso ao Sumário

intimação de advogado que recebeu substabelecimento sem reserva de poderes, ocorrendo apenas na pessoa do antigo advogado, ou seja, do substabelescente, que não mais tutelava os interesses da parte, implica em nulidade absoluta do julgamento para anular o Acórdão embargado. Embargos de declaração acolhidos com determinação." (ED. nº 7.277.521-4/01, 24ª Câmara de Direito Privado, rel. **Des. Roberto Mac Cracken**, j. 23/04/2009);

"EMBARGOS DE DECLARAÇÃO - PRELIMINAR DE NULIDADE DO JULGAMENTO POR AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO DO ADVOGADO - ACOLHIMENTO - INTIMAÇÃO CONTENDO ERRO DE GRAFIA QUE IMPEDIU A CIENTIFICAÇÃO DO PATRONO DO EMBARGANTE QUANTO À DATA DESIGNADA PARA REALIZAÇÃO DA SESSÃO DE JULGAMENTO - NULIDADE RECONHECIDA - EMBARGOS ACOLHIDOS PARA QUE NOVA SESSÃO DE JULGAMENTO SEJA REALIZADA. - Embargos de declaração acolhidos, para anular o julgamento anterior." (ED nº 9151991-89.2008.8.26.0000/50000, 30ª Câmara de Direito Privado, rel. **Des. Edgard Rosa**, j. 09/02/2011);

"EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. Inadmissíveis, sob o fundamento de omissão, quando o aresto enfrentou as questões. Embargos rejeitados. NULIDADE DA DECISÃO COLEGIADA. Ausência de intimação para sessão de julgamento de mandado de injunção. Ofensa ao princípio do contraditório. Vício insanável. Anulo, de ofício, a decisão anterior." (ED nº 990.09.367.816-0/50000, 6ª Câmara de Direito Público, rel. **Des. Evaristo dos Santos**, j. 21/03/2011);

"EMBARGOS DE DECLARAÇÃO – Ausência de intimação de alguns dos apelados e de seus patronos da designação de data para sessão de julgamento da apelação – Nulidade do v. acórdão – Embargos acolhidos para anular o acórdão, determinando-se a reinclusão do apelo na pauta de julgamento, com intimação de todas as partes e respectivos patronos." (ED nº 0148280-69.2007.8.26.0000/50000, 7ª Câmara de Direito Público, rel. **Des. Moacir Peres**, j. 30/05/2011).

Assim, **ACOLHO** os embargos de declaração para anular o v. acórdão e determinar, com urgência, a reinclusão do recurso de apelação na pauta de julgamento, intimando-se todas as partes e respectivos advogados.

Acesso ao Sumário

Reexames Necessários

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Reexame Necessário nº

1002585-35.2015.8.26.0405, da Comarca de Osasco, em que é recorrente JUÍZO *EX OFFICIO*, são recorridos CRISTIANE SARBIDA ACEBEDO BARBOSA e JACIRA IZABEL DE OLIVEIRA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 10ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Negaram provimento ao recurso. V.U., de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 16.084)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores PAULO GALIZIA (Presidente) e ANTONIO CARLOS VILLEN.

São Paulo, 26 de junho de 2016.

TERESA RAMOS MARQUES, Relatora

Ementa: SERVIDOR MUNICIPAL

Osasco – Concurso público – Professor de Desenvolvimento Infantil – Edital – Escolaridade – Curso técnico em magistério – Nível médio – Candidata – Nível superior – Pedagogia – Inabilitação – Impossibilidade:

– Demonstrada formação escolar adequada e superior à exigida no edital, inexiste motivo para a inabilitação da candidata, sob pena de violação aos princípios da razoabilidade, proporcionalidade, eficiência e supremacia do interesse público.

VOTO

RELATÓRIO

Sentença concessiva da ordem, para determinar que a autoridade coatora aceite o diploma apresentado pelas impetrantes e, salvo a existência de outro óbice, conceda-lhes a posse no cargo de Professor de Desenvolvimento Infantil. Não houve recurso voluntário, subindo os autos para o reexame necessário.

FUNDAMENTOS

1. Trata-se de mandado de segurança impetrado por Cristiane Sarbida Acebedo Barbosa e Jacira Izabel de Oliveira.

Alegam as impetrantes que participaram de concurso público promovido pelo município de Osasco para o provimento de cargos de Professor de Desenvolvimento Infantil. Aprovadas e nomeadas, foram surpreendidas com a recusa do diploma de Pedagogia (nível superior) pela autoridade impetrada, que lhes informou que somente seria aceito o diploma de Magistério (nível médio), conforme previsto no edital. A recusa contraria o art.5°, inc. XIII, da

Acesso ao Sumário

Constituição Federal e, principalmente, os arts. 61 e 62 da Lei 9.394/96 (Lei de Diretrizes e Bases da Educação), que considera o formado em Pedagogia como habilitado para a docência na educação infantil.

Nas informações, a autoridade impetrada sustentou que a exigência não é ilegal, pois constou do edital – que faz lei entre as partes. E que, conforme informações da Secretaria de Administração, também seria aceita formação em nível superior no curso de Pedagogia, desde que apostilado no verso do diploma expressa menção sobre habilitação em Educação Infantil ou declaração da Instituição no sentido de que o curso está de acordo com a Resolução CNE/CP n° 01/2006, exigência não atendida pelas impetrantes.

O Ministério Público não se manifestou por entender que não há, no caso, interesse ou repercussão social relevante (fls.144).

A sentença tem por fundamento que:

"...as autoridades coatoras criaram uma exigência alternativa que não consta do edital (vide fls.132). Reconhecem que a exigência do curso de nível médio, que consta do edital, encontra óbice no fato de não mais estar disponível no país, muito embora, evidentemente os diplomas continuem válidos.

Assim sendo, com o devido respeito, tendo como válidos os argumentos da inicial, sendo o curso das impetrantes de nível superior, uma habilitação maior que a de nível médio, prevista no edital do concurso, é o caso de ter a qualificação das impetrantes como suficiente para a função em concurso. O que a Prefeitura fez, no correr do concurso, sem previsão em edital, de forma casuística, é inadmissível. A procedência do pedido inicial, portanto, é de rigor."

2. A sentença não merece reparos.

Demonstrada formação escolar adequada e superior à exigida no edital, inexiste motivo para a inabilitação das impetrantes, sob pena de violação aos princípios da razoabilidade, proporcionalidade, eficiência e supremacia do interesse público.

Também se evidencia ofensa ao princípio da segurança jurídica, pois estabelecida exigência não prevista em edital no curso do certame.

Por fim, cumpre observar que a aprovação em concurso público concorrido denota a capacidade das impetrantes para o desempenho das funções inerentes ao cargo almejado.

Destarte, pelo meu voto, nego provimento ao recurso.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Reexame Necessário nº

1016559-39.2014.8.26.0482, da Comarca de Presidente Prudente, em que é recorrente JUÍZO *EX OFFICIO*, é recorrida IVANILDE SANTOS SILVA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 7ª Câmara Extraordinária de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Negaram provimento ao recurso. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 24.821)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores BURZA NETO (Presidente), MOREIRA DE CARVALHO e LEONEL COSTA.

São Paulo, 12 de agosto de 2016.

BURZA NETO, Relator

Ementa: MANDADO DE SEGURANÇA. Liberação de veículo apreendido por infração de trânsito. Os valores exigidos para a liberação do veículo apreendido não podem superar a quantia correspondente a 30 (trinta) diárias, nos termos do artigo 262 do CTB e Resolução do CONTRAN nº 53/98. Sentença mantida. RECURSO OFICIAL E VOLUNTÁRIO DESPROVIDO.

VOTO

Trata-se somente de reexame necessário, nos autos do Mandado de Segurança, interposto contra a decisão trazida por cópia reprográfica, a fls. 52/54 que, concedeu a segurança, tornando definitiva a liminar deferida, às fls. 17/19, para autorizar a liberação do veículo identificado nos autos do Pátio de Depósito de Veículos da requerida mediante o pagamento de 10 diárias.

Consta que o veículo, placa CDZ 7594, foi apreendido e recolhido ao pátio por falta de licenciamento e, em 28.11.2014 a impetrante procurou o SEMAV e foi informada que a dívida decorrente da estadia era de R$3.742,09.

É o Relatório.

Primeiramente, cabe registrar que a r. sentença foi proferida em 03/12/2014, anterior à entrada em vigor do Novo Código de Processo Civil (18/03/2016), motivo pelo qual o presente recurso será julgado à luz do CPC/1973 .

O reexame necessário não comporta provimento.

Totalmente aplicável, no caso, o disposto no artigo 252 do Novo Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que prevê que:

"Nos recursos em geral, o relator poderá limitar-se a ratificar os fundamentos da decisão recorrida, quando, suficientemente motivada,

houver de mantê-la".

Consoante se pode ver destes autos, trata-se de hipótese em que o impetrante teve seu veículo apreendido, vindo ele buscar, não podendo fazê-lo, sem o pagamento de despesas com estadia.

Pois bem. Dispõe o § 2º do artigo 262 do Código de Trânsito Brasileiro que:

"Artigo 262 - O veículo apreendido em decorrência de penalidade aplicada será recolhido ao depósito e nele permanecerá sob custódia e responsabilidade do órgão ou entidade apreendedora, com ônus para o seu proprietário, pelo prazo de até trinta dias, conforme critério a ser estabelecido pelo CONTRAN".

(...)

§ 2º A restituição dos veículos apreendidos só ocorrerá mediante o prévio pagamento das multas impostas, taxas e despesas com remoção e estada, além de outros encargos previstos na legislação específica." (g.n.).

Por sua vez, a Resolução nº 53/98 do CONTRAN, dispõe:

"Art. 3º O órgão ou entidade responsável pela apreensão do veículo fixará o prazo de custódia, tendo em vista as circunstâncias da infração e obedecidos os critérios abaixo:

I - de 01 (um) a 10 (dez) dias, para penalidade aplicada em razão de infração para a qual não seja prevista multa agravada;

II - de 11 (onze) a 20 (vinte) dias, para penalidade aplicada em razão de infração para a qual seja prevista multa agravada com fator multiplicador de três vezes;

III - de 21 (vinte e um) a 30 (trinta) dias, para penalidade aplicada em razão de infração para a qual seja prevista multa agravada com fator multiplicador de cinco vezes.". (g.n.) Depreende-se dos mencionados artigos que a cobrança dos valores relativos à retenção do veículo não pode superar a quantia correspondente a 30 (trinta) dias de apreensão.

Entretanto, a autoridade impetrada condicionou a liberação do veículo ao pagamento de R$3.742,09, superior a 30 diárias, em evidente afronta à legislação aplicável.

Acesso ao Sumário

No caso, incide o inciso I, da Resolução Contran 53/98.

Assim, correta a limitação a 10 (dez) diárias, como constou na r. sentença.

A propósito, em caso semelhante julgado nesta Corte, eis o esclarecedor trecho do v. acórdão da Apelação Cível nº 210.409-5/1, em que o relator Oliveira Passos assevera o seguinte sobre o pagamento exigido para a liberação do veículo apreendido: "(...) deve sim ficar a cargo do infrator, pois a Municipalidade teve gastos, assumindo até a responsabilidade por eventuais danos sofridos pelo veículo e ocorridos enquanto o guardava, não sendo justo que essas despesas

fiquem por conta da Prefeitura, ou, em última análise, por conta do contribuinte. (...) Contudo, se é certo que a apreensão e a cobrança pela remoção e estadia são autorizadas por lei, certo é também que deve haver um limite de tempo e de valor para que não se transformem em verdadeiro confisco. Por isso, de rigor seja respeitado o limite previsto no artigo 262 do Código de Trânsito Brasileiro CTB e no artigo 3º da Resolução n. 53/98 do CONTRAN, que fixam em trinta dias o prazo máximo de retenção com ônus para seu proprietário".

Por derradeiro, considera-se pré-questionada toda matéria infraconstitucional e constitucional, observando-se que é pacífico no Superior Tribunal de Justiça que, tratando-se de pré-questionamento, é desnecessária a citação numérica dos dispositivos legais, bastando que a questão posta tenha sido decidida.

E mais, os embargos declaratórios, mesmo para fins de pré-questionamento, só são admissíveis se a decisão embargada estiver eivada de algum dos vícios que ensejariam a oposição dessa espécie recursal (EDROMS-18205/SP, Ministro FELIX FISCHER, DJ-08.05.2006 p.240).

Ante o exposto, NEGA-SE PROVIMENTO ao recurso oficial.

Acesso ao Sumário

SEÇÃO DE DIREITO CRIMINAL

Agravos em Execução Penal

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Execução Penal nº 7012620-12.2015.8.26.0482, da Comarca de Presidente Prudente, em que é agravante TARIK OSWALDO PEREIRA JAZE, é agravado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 5ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 31.063)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores SÉRGIO RIBAS (Presidente sem voto), PINHEIRO FRANCO e TRISTÃO RIBEIRO.

São Paulo, 4 de agosto de 2016.

JOSÉ DAMIÃO PINHEIRO MACHADO COGAN, Relator

Ementa: Agravo. Pretensão de detração do período em que o sentenciado permaneceu em liberdade provisória condicionada à internação. Impossibilidade. Agravo improvido.

VOTO

Ingressa o suplicante com o presente reclamo pretendendo a reforma da decisão de fls.29, que indeferiu o pedido de progressão de regime pelo não preenchimento do requisito objetivo, afastando o cômputo do período em que permaneceu em internação cautelar durante liberdade provisória.

Sustenta que a decisão não levou em consideração o tempo de internação em casa de Custódia para tratamento de drogadição, pelo período de onze meses e seis dias, de 22.08.2011 a 27.07.2012. Aduz que o recorrente estava segregado para tratamento de saúde, sem o convívio social e familiar, devendo ser esse tempo computado como cumprimento de pena, tanto que havia a fiscalização e determinação judicial para a internação. Pleiteia a reforma da decisão para que seja computado o tempo de internação e possa obter a progressão ao regime semiaberto ou do livramento condicional.

Acesso ao Sumário

Foi contraminutado o recurso e mantida a decisão (fls. 65/72 e73).

A douta Procuradoria Geral de Justiça manifesta-se pelo provimento do recurso.

É o relatório.

O agravante cumpre pena total de 05 anos de reclusão, em regime fechado, pela prática de tráfico ilícito de drogas (data dos fatos 27.07.2011), com início de cumprimento de pena em 22 de dezembro de 2014 e término previsto para 21 de dezembro de 2019.

Foi preso em flagrante em 27 de julho de 2011, ficou recolhido até 16 de agosto de 2011, quando o Juízo concedeu liberdade provisória com a obrigação de submissão a tratamento de dependência química.

Recorreu em liberdade, até o trânsito em julgado da condenação, sendo recolhido à prisão em 22 de dezembro de 2014.

O agravante pretende que seja computado como pena cumprida o período em que permaneceu em internação cautelar, efetuando-se a detração, e que seja computado para fins de progressão de regime.

De acordo com a certidão de objeto e pé de fls. 09, o agravante permaneceu internado: de 22.08.2011 a 30.11.2011 na Clínica para Dependentes Químicos "Esquadrão Vida", e de 01.12.2011 a 27.07.2012 no Centro de Reabilitação Assistência a Vida "Jesus está voltando", sendo que na data de 23 de julho de 2012, com fundamento no artigo 282, §5º, do CPP, foi substituída a medida cautelar aplicada consistente na submissão a tratamento de dependência química, pela obrigação de comparecimento a todos os atos processuais, obrigação de comparecimento bimestral em Juízo para informar seu endereço e ocupação, e proibição de ausentar-se daquela Comarca por mais de oito dias, sem prévia comunicação e autorização judicial.

Com efeito, o artigo 42, do Código Penal dispõe que: "*Computam-se, na pena privativa de liberdade e na medida de segurança, o tempo de prisão provisória, no Brasil ou no estrangeiro, o de prisão administrativa e o de internação em qualquer dos estabelecimentos referidos no artigo anterior".* E o artigo 41 preceitua*: "O condenado a quem sobrevém doença mental deve ser recolhido a hospital de custódia e tratamento psiquiátrico ou, à falta, a outro estabelecimento adequado.*"

Ora, como se depreende, não há como se computar como cumprimento de pena o período em que o agravante permaneceu em liberdade provisória, ainda que tenha permanecido internado em clínica de recuperação, eis que a internação serviu para evitar que fosse determinada sua prisão preventiva e consequente privação de liberdade em estabelecimento penal.

Sobre o tema, inclusive, já se manifestou o C. Superior Tribunal de Justiça, decidindo pela impossibilidade de aplicar-se a regra da detração para o

Acesso ao Sumário

período de internação para tratamento em clínica especializada concedido como condição à concessão da liberdade provisória:

> "HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. PACIENTE SEMI-INIMPUTÁVEL. MEDIDA DE SEGURANÇA. **LIBERDADE PROVISÓRIA CONCEDIDA PELO MAGISTRADO SINGULAR CONDICIONADA À INTERNAÇÃO DO PACIENTE**. SENTENÇA ABSOLUTÓRIA IMPRÓPRIA QUE IMPÔS TRATAMENTO AMBULATORIAL. ACÓRDÃO QUE DETERMINOU A INTERNAÇÃO. **PEDIDO DE APLICAÇÃO DA REGRA DA DETRAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE**. PEDIDO DE REALIZAÇÃO DE EXAME DE CESSAÇÃO DE PERICULOSIDADE. INEXISTÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL NO ACÓRDÃO PROFERIDO PELA CORTE A QUO. ORDEM DENEGADA.
>
> **Quando o magistrado de 1.ª instância defere o pedido de liberdade provisória ao Paciente, condicionando a expedição do alvará de soltura à internação do Paciente para tratamento em clínica especializada – posteriormente convertida em tratamento em regime ambulatorial – não se caracteriza o instituto da medida de segurança provisória, inexistente, no direito pátrio, desde a reforma penal de 1984. Portanto, não há como aplicar a regra da detração, com a compensação do período de liberdade provisória condicionada à internação com a medida de segurança aplicada pelo acórdão ora vergastado.**
>
> (STJ, HC 112.042/RJ, Relatora Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 19/08/2010, DJe 13/09/2010)

Dessa forma, correta a decisão agravada, nada havendo a ser reformado.

Isso posto, **nega-se provimento ao recurso.**

Acesso ao Sumário

Apelações

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0000064-12.2014.8.26.0457, da Comarca de Pirassununga, em que são apelantes NELSON MARINHO DA CRUZ e CÍCERO RAMALHO DE SOUZA, 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: "Não conheceram do recurso de Marina Cunha Cruz de Souza e deram parcial provimento aos apelos de Nelson Marinho da Cruz e Cícero Ramalho de Sousa para fixar o regime inicial aberto e substituir as penas privativas de liberdade por prestação de serviços à comunidade pelo tempo restante a cumprir e outra multa de 10 (dez) diárias, no piso, mantida a cumulativamente aplicada. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 31.778)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ANGÉLICA DE ALMEIDA (Presidente) e JOÃO MORENGHI.

São Paulo, 8 de junho de 2016.

VICO MAÑAS, Relator

Ementa: 1. Apelação – Terceira interessada – Pedido de restituição de dinheiro apreendido – Falta de legitimidade para o recurso – Não conhecimento.

2. Tráfico – Pleito de absolvição por falta de provas ou desclassificação para posse de droga para consumo pessoal ou uso compartilhado – Transporte de 1.000 flaconetes vazios juntamente com as porções de cocaína – Grande quantidade de dinheiro em casa, sem origem lícita comprovada – Suficiência de provas da dedicação ao comércio ilícito – Condenação.

3. Privilégio reconhecido – Regime aberto – Substituição da pena corporal por restritivas de direitos – Possibilidade.

VOTO

Nelson Marinho da Cruz e Cícero Ramalho de Sousa foram condenados pela MMª. Juíza de Direito da 2ª Vara da Comarca de Pirassununga a 01 (um) ano e 08 (oito) meses de reclusão, em regime inicial semiaberto, e ao pagamento de 166 (cento e sessenta e seis) dias-multa, no valor mínimo unitário, como incursos no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06.

Inconformados, pleiteiam absolvição por insuficiência probatória. Subsidiariamente, pedem desclassificação da conduta para a figura prevista no art. 28 da lei de drogas ou, ao menos, para o delito do art. 33, § 3º, do mesmo diploma legal.

Marina Cunha Cruz de Souza, sustentando a qualidade de terceira interessada, pretende restituição de dinheiro apreendido.

Acesso ao Sumário

Oferecidas as contrarrazões (fls. 214/216), a D. Procuradoria da Justiça opina pelo não conhecimento do recurso de Marina e pelo não provimento dos apelos dos sentenciados.

É o relatório.

1. Apreendido dinheiro no imóvel onde morava com Cícero, seu marido, Marina pleiteou a restituição de parcela do valor sob a alegação de que referente a saque do seguro DPVAT e a recebimento de aluguel (fl. 12 do apenso). Indeferido o pedido, por falta de comprovação da procedência afirmada (fl. 33), a apelante se resignou.

Ora, inconformando-se com a decisão, cumpria dela recorrer.

Agora, decretado o confisco do dinheiro na sentença, inviável a pretensão de obter o dinheiro por meio de apelação. Terceira no processo, falta-lhe legitimidade para tal recurso.

Logo, não se conhece do apelo de Marina.

2. Segundo a denúncia, os réus estavam parados em motocicleta e, ao avistarem viatura da polícia militar em patrulhamento, empreenderam fuga, iniciando-se perseguição. Quando caíram, porque Cícero perdeu o controle do veículo, Nelson dispensou saco plástico e tentou correr. Os milicianos o detiveram e, na revista, constataram que portava 13 ependendorfs com cocaína. Com Cícero, também apreenderam mais 13 porções da droga. Na sequência, recuperam a sacola dispensada, nela encontrando 1.000 flaconetes vazios. Comparecendo à casa de Cícero, localizaram R$ 9.580,00 sem origem lícita comprovada.

Interrogado, Cícero afirmou inocência. Apenas dava carona a Nelson, seu cunhado. Abordado por policial quando chegou ao destino, parou a moto e se deitou no chão. Em seguida, viu Nelson correr. Ignora o que depois sucedeu com o corréu, bem como o que portava em bolsa. Questionados sobre a posse de entorpecentes, ambos negaram. O dinheiro encontrado em sua residência era lícito, correspondente a verbas pagas pela empresa onde trabalhara e seguro recebido pela esposa (fls. 87 e 161).

Acesso ao Sumário

Nelson disse que pegou mochila por curiosidade, após ver pessoa escondê-la em terreno, mas não chegou a abri-la. Só soube do conteúdo após a abordagem policial, efetuada durante carona com o codenunciado. Não possuía tóxicos. O dinheiro apreendido pertencia à irmã, que o recebera em pagamento do seguro DPVAT (fls. 88/89 e 162).

O policial militar André Augusto Rozada confirmou a apreensão de 13 pinos de cocaína com cada réu, bem como a dispensa dos ependorfs por Nelson. Este alegou que achara a respectiva sacola no mato. Nenhum dos acusados explicou a posse dos entorpecentes. Encontrado o dinheiro na casa de Cícero, sua mulher disse que R$ 7.000,00 correspondiam a pagamento do seguro DPVAT,

não sabendo explicar os R$ 2.580,00 excedentes (fl. 86).

Na mesma linha o relato do miliciano Nivaldo Carlos Gallo Júnior. Acrescentou que, junto dos flaconetes, havia várias sacolas plásticas, comumente usadas para formar grupos de 10 a 15 porções. A esposa de Cícero desconhecia o total do dinheiro. Apenas afirmou que recebera R$ 7.000,00 do seguro. Nelson, apelidado Ferrugem e Vermelho, já era suspeito de traficar na região (fl. 160).

Marcelo Figueira de Andrade e Edson Donizete Martins abonaram a conduta social dos apelantes (fls. 90/91).

Periciaram-se as porções de cocaína, com peso líquido total de 21,21 g, e os ependorfs vazios, comprovando-se o referido milhar (fls. 51/55).

Nesse cenário, não há que se falar em falta de provas.

Em depoimentos firmes e coerentes, isentos de qualquer indício de interesse em prejudicar inocentes, os policiais atestaram que cada recorrente portava 13 doses de cocaína.

Tampouco resta dúvida de que as porções se destinavam a comércio, ante o expressivo número de flaconetes vazios, sem qualquer propósito aparente além da mercancia ilícita, e a significativa quantia guardada sem comprovação de procedência regular.

A condenação por tráfico, portanto, era mesmo medida que se impunha.

As penas-base se mantiveram nos patamares mínimos, aplicando-se o redutor máximo pela forma privilegiada do delito.

O equipamento prisional, todavia, comporta modificação.

Ao adotar o semiaberto, a Juíza aludiu tão-somente à quantidade da pena reclusiva e ao tempo que os réus permaneceram presos, cerca de cinco meses (fl. 184).

Ora, uma vez que não identificadas circunstâncias judiciais desfavoráveis e impostas corporais abaixo de quatro anos, nada obstava o regime aberto.

Assim, porque não motivada a opção pelo intermediário, olvidando-se o disposto no art. 93, IX, da Constituição Federal, e suficiente a medida para a reprovação e prevenção das condutas, altera-se o equipamento inicial para aberto.

Mas não é só.

Identificada a forma privilegiada da infração e aplicadas penas reclusivas não superiores a quatro anos, os apelantes fazem jus à substituição da reprimenda por prestação de serviços à comunidade e multa de 10 (dez) diárias, no piso, nos termos do art. 44 do Código Penal.

Ressalte-se que a Resolução 05/2012 do Senado Federal suspendeu a vedação de conversão em penas restritivas de direitos prevista no art. 44 da Lei de Drogas, declarado inconstitucional por decisão definitiva do Supremo

Acesso ao Sumário

Tribunal Federal nos autos do Habeas Corpus nº 97.256/RS.

3. Frente ao exposto, não se conhece do recurso de Marina Cunha Cruz de Souza e dá-se parcial provimento aos apelos de Nelson Marinho da Cruz e Cícero Ramalho de Sousa para fixar o regime inicial aberto e substituir as penas privativas de liberdade por prestação de serviços à comunidade pelo tempo restante a cumprir e outra multa de 10 (dez) diárias, no piso, mantida a cumulativamente aplicada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0052358-45.2007.8.26.0050, da Comarca de São Paulo, em que é apelante J.M.S., é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 7ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento em parte ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 1.035)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores FERNANDO SIMÃO (Presidente) e ALBERTO ANDERSON FILHO.

São Paulo, 9 de junho de 2016

REINALDO CINTRA, Relator

Ementa: Apelação. Atentado violento ao pudor. Art. 214 do CP. Autoria e materialidade delitiva bem firmadas pela robusta prova oral. Sentença que condena o réu pelo delito do art. 214, mas aplica a pena prevista no novel art. 217-A. Impossibilidade de fusão de tipos penais. Aplicação retroativa do art. 217-A, em benefício do réu. Reconhecimento da forma tentada. Redução da pena em 1/3, considerando a proximidade da consumação delitiva. Pena final fixada em 5 anos e 4 meses de reclusão. Regime inicial fechado. Art. 2º, §1º, da Lei nº 8.072/90. Recurso provido em parte.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de apelação interposta por J.M.S. em face da r. sentença condenatória (fls. 189/193) que julgou procedente o pedido inicial condenando-o à pena de 8 (oito) anos de reclusão, a ser cumprida em regime inicial fechado,

pela prática do delito previsto no art. 214 do Código Penal.

Irresignado, o réu recorre, aduzindo, em síntese, que não há provas suficientes de autoria, questionando a palavra da vítima.

Ressalta que o exame de corpo de delito realizado na vítima não constatou vestígios de conjunção carnal ou outros atos libidinosos, e subsidiariamente requer a desclassificação do delito para sua forma tentada, ou a desclassificação para a contravenção penal prevista no art. 61 da Lei das Contravenções Penais e, ainda, a imposição do regime inicial aberto de cumprimento de pena.

Em contrarrazões, o i. Ministério Público pugnou pelo não provimento do recurso (fls. 244/253).

Houve manifestação da d. Procuradoria Geral de Justiça no mesmo sentido (fls. 262/264), e os autos vieram conclusos para julgamento.

É o relatório.

Consta da inicial acusatória que, em 17 de março de 2007, J.M.S. convidou a vítima G.L.S., criança de 10 (dez) anos de idade, para uma visita em sua residência a fim de ver uma reforma que teria realizado no interior do imóvel e, quando a menor adentrou sua casa, convidou-a para "*namorar*" e perguntou se ela gostava de "*transar*".

Ato contínuo, tentou beija-la a força, apalpou-lhe os seios e nádegas, a agarrou pelos pés a jogando na cama e tentou beija-la novamente, momento em que a vítima conseguiu se desvencilhar do acusado e empreendeu fuga do local.

Após regular instrução processual penal, o réu foi condenado pele delito previsto no art. 214 do CP, com a pena prevista no art. 217-A do mesmo diploma, em razão de ser *novatio legis in mellius*, razão pela qual se insurge.

E de fato a sentença merece parcial reforma.

De início, cumpre observar que a autoria e materialidade delitiva restaram cabalmente demonstradas nos autos, especialmente por meio da prova oral colhida, sob o crivo do contraditório.

Com efeito, o relato verossímil e seguro da vítima, rico em detalhes, não deixa dúvidas de que os fatos se deram da forma descrita na inicial acusatória.

A menor G.L.S. afirma em seu relato que no dia dos fatos pediu a sua genitora autorização para ir à casa de uma amiga, teve sua permissão e passou antes em uma venda para comprar doces.

Ressalta que o réu mora na rua de sua amiga e que quando passou em frente foi convidada a entrar para ver uma reforma no interior do imóvel, respondendo que na volta da casa de sua amiga passaria por lá.

Já na volta, o réu, que exalava bebida alcoólica, novamente insistiu para que a menor entrasse em sua casa, circunstância que de fato ocorreu, e em seguida trancou a porta, tentou seduzi-la com palavras e oferecimento de quantia

Acesso ao Sumário

em dinheiro, apresentou a ela um preservativo e investiu fisicamente contra a menor (tentou arrasta-la pelos pés para sua cama), que empreendeu fuga.

Os vizinhos do réu puderam ver o desespero de G.L.S. e o réu se sentiu intimidado, e em seguida a vítima pegou as chaves de seu bolso (relata que o réu, de tão embriagado, sequer conseguia pegar as chaves) e saiu correndo (v. mídia de fls. 137).

A genitora da vítima, A.V.A.L.S., confirma que a menor chegou em casa com comportamento estranho, indagou-lhe sobre o ocorrido e que esta confirmou a tentativa de abuso por parte do réu.

Ressaltou, ainda, que já havia alertado sua filha sobre o réu, que é casado com sua prima, pois também sofreu com abusos por parte dele quando adolescente (v. mídia de fls. 137).

Como se vê, os depoimentos permitem a reconstrução perfeita dos fatos, e não há razões para se supor que mãe e filha inventariam história mirabolante tão somente para prejudicar, gratuitamente, o réu. Também não há sequer indícios de que as partes ostentavam inimizade.

Cumpre observar que há muito a palavra da vítima em crimes sexuais, especialmente quando praticados às ocultas, tem especial relevo e merece crédito, quando, como no caso, é segura e corroborada pelos demais elementos probatórios.

Ademais, a testemunha J.F.S.N. afirma que presenciou a menor em desespero tentando escapar da residência do réu e que o pressionou para que abrisse o portão para deixa-la sair, bem como ressalta que ele estava com a braguilha aberta e "*todo melecado*" (v. mídia de fls. 144).

Observe-se, ainda, que o fato de o exame de corpo de delito (fls. 09) não ter constatado vestígios não influi na prova da materialidade, tendo em vista que, de acordo com a dinâmica dos fatos reconstruída, não era mesmo de se esperar que houvesse vestígios de penetração ou sêmen no corpo da menor.

Também não surpreende o fato de uma criança de 10 (dez) anos de idade conseguir se desvencilhar do réu, tendo em vista que este estava visivelmente bastante embriagado.

Assim, bem firmada a autoria e materialidade, era mesmo o caso de condenação do réu, mas não da forma como imposta na r. sentença.

Em primeiro, cumpre observar que houve equívoco ao se impor, no dispositivo da r. decisão, a condenação pelo crime do art. 214 do CP com a pena do art. 217-A do mesmo Diploma, pois na aferição da norma mais favorável ao réu é incabível mesclar tipos penais, como realizado no caso em tela.

Seria de rigor, portanto, ou considerar a aplicação integral do art. 217-A, ou do art. 214, do CP.

Acesso ao Sumário

E do confronto dos referidos tipos, cabe a aplicação do art. 217-A, que traz o crime de estupro de vulnerável, considerando que o art. 214, quando conjugado com a causa de aumento do art. 9º da Lei dos Crimes Hediondos, impunha pena mais severa.

Há de se ressaltar, ainda, que era mesmo o caso de condenação pelo delito em sua forma tentada, pois, conforme já bem esposado, não houve a prática de conjunção carnal ou outros atos libidinosos em decorrência da reação da vítima, que foi contundente em seu depoimento ao afirmar que, embora o réu a tenha puxado para a cama pelos pés e tentado seduzi-la com palavras e oferecimento de dinheiro, sequer tocou em seus seios ou partes íntimas, pois ela não permitiu.

Note-se, ainda neste ponto, que incabível a desclassificação para a contravenção penal prevista no art. 61 da Lei das Contravenções Penais, tendo em vista que os atos praticados pelo réu superam a conduta de "*importunar*", e sequer foram praticados em local público ou acessível ao público, o que impede a subsunção.

Bem firmada a autoria e materialidade delitiva, reconhecendo-se que o delito se deu em sua forma tentada e afastadas as demais teses defensivas, passa-se à dosimetria de pena.

Na primeira fase da dosimetria, ausentes a ponderação acerca de circunstâncias judiciais desfavoráveis (art. 59 do CP) pelo juízo *a quo*, e em respeito à vedação à *reformatio in pejus*, fixa-se a pena inicial no mínimo legal (8 anos de reclusão).

Ausentes agravantes ou atenuantes, a pena intermediária mantém-se no mesmo patamar.

Na terceira fase, reconhece-se a tentativa e diminui-se a pena do réu em 1/3 (um terço), considerando especialmente a proximidade da consumação do delito, levando em conta que a vítima foi cercada, trancafiada e arrastada para a cama do réu, de tal maneira que se tem uma pena final de 5 (cinco) anos e 4 (quatro) meses de reclusão.

Quanto ao regime inicial de cumprimento de pena, deve ser o fechado.

Isso considerando a reprovabilidade exacerbada da conduta do apelante, que revelou inclusive violência real, praticada contra criança de 10 (dez) anos, e especialmente tendo em vista que a conduta em foco nunca deixou de ser valorada como hedionda (v. art. 1º, inciso VI, da Lei nº 8.072/90, antes e depois da reforma promovida pela Lei nº 12.015/09), sendo cabível o regime fechado (art. 2º, §1º, da Lei dos Crimes Hediondos).

Neste ponto, vale observar que o referido art. 2º, §1º, da Lei nº 8.072/90 não se mostra maculada de inconstitucionalidade, considerando que a CF preconizou tratamento mais rigoroso aos crimes hediondos ou a eles equiparados (art. 5º, XLIII).

Acesso ao Sumário

Ante o exposto, **DÁ-SE PARCIAL PROVIMENTO** ao recurso, nos termos da fundamentação exposta, reduzindo-se a pena do réu para 5 (cinco) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, a ser cumprida em regime inicial fechado.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0001476-91.2011.8.26.0615, da Comarca de Tanabi, em que é apelante MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, é apelado RONALDO DA SILVA.

ACORDAM, em 8ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "DERAM PROVIMENTO ao recurso ministerial para condenar RONALDO DA SILVA por infração ao artigo 306, *caput*, da Lei nº 9.503/97, à pena de 06 (seis) meses de detenção e 10 (dez) dias-multa, valor unitário mínimo, com substituição da pena privativa de liberdade por uma restritiva de direitos, consistente em prestação pecuniária, no valor mínimo, de 01 (um salário mínimo), em favor de entidade pública ou privada com destinação social, de escolha do Juízo das Execuções, fixado o regime aberto em caso de descumprimento da pena, com suspensão, ainda, do direito de dirigir veículo automotor pelo prazo de 02 (dois) meses. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 3.808)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ALCIDES MALOSSI JUNIOR (Presidente), MARCO ANTÔNIO COGAN e LOURI BARBIERO.

São Paulo, 9 de junho de 2016.

ALCIDES MALOSSI JUNIOR, Relator

Ementa: PENAL. APELAÇÃO. CRIMES DE TRÂNSITO. CONDUÇÃO DE VEÍCULO AUTOMOTOR SOB A INFLUÊNCIA DO ÁLCOOL – ABSOLVIÇÃO EM PRIMEIRA INSTÂNCIA. AUSÊNCIA DE CIENTIFICAÇÃO AO RÉU DO SEU DIREITO DE NÃO PRODUZIR PROVA CONTRA SI. REJEIÇÃO. CONDENAÇÃO QUE SE IMPÕE.

Absolvição em primeira instância do crime previsto no artigo 306 do Código de Trânsito Brasileiro (embriaguez ao volante). Devidamente comprovada materialidade delitiva, vez que o teste do bafômetro

Acesso ao Sumário

foi realizado com o consentimento do réu (resultado de teste de alcoolemia superior a seis decigramas de álcool por litro de sangue. Inteligência do artigo 306, "caput", da Lei nº 9.503/1997). Ciência inquestionável que não se pode dirigir veículo automotor sob efeito de álcool. Lei que não se pode desconhecer. Situação onde não havia *prisão*, apenas fiscalização. Interrogatório formal, por Delegado de Polícia, onde se formaliza as advertências de praxe, já imposta, então, voz de prisão, tratando-se, somente aí, de indivíduo efetivamente "preso" em flagrante delito. Inexistência de desrespeito ao previsto na Constituição Federal. Não há indícios, por outro lado, de que o acusado tenha sido coagido para realizar o teste, ou de outros vícios da vontade, o que, igualmente, afasta violação ao princípio de que ninguém é obrigado a produzir prova contra si. Descabida a absolvição do réu. Consideração à vontade dele, faceta da autodeterminação pessoal, que substancia dimensão positiva da dignidade da pessoa humana. Consentimento desinformado que não se presume. Sentença absolutória desconstituída. Recurso provido.

VOTO

VISTO.

Ao relatório da respeitável sentença (fls. 135/137), que ora se adota, acrescenta-se que o réu **RONALDO DA SILVA** foi absolvido do crime previsto no artigo 306 do CTB, com fundamento no artigo 386, inciso VII, do Código de Processo Penal.

APELA o **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO**, por seu digníssimo Promotor de Justiça oficiante, pretendendo a condenação nos termos da denúncia, alegando inexistir prova nos autos de que o apelado não teria sido cientificado, pelos policiais militares que o detiveram, da possibilidade de recusa ao teste de etilômetro, motivação do decreto absolutório (fls. 145/148).

Trânsito em julgado para a Defesa em 24.01.2014 (certidão de fls. 143).

Recurso devidamente processado (contrarrazões às fls. 152/156), com manifestação da douta Procuradoria Geral de Justiça pelo seu provimento (fls. 162/169).

É o relatório.

O recurso ministerial comporta provimento.

Acesso ao Sumário

O **recorrido** foi denunciado por infração ao artigo 306 da Lei nº 9.503/97, porque em **20 de novembro de 2010,** por volta das 18h56min, na rodovia Euclides da Cunha, altura do km 474, na cidade e comarca de Tanabi, dirigia veículo automotor na via pública estando com concentração de álcool por litro de sangue superior a 06 (seis) decigramas.

De acordo com o que se apurou, o réu conduzia o automóvel GM/Vectra GLS, placas DAA-1930/Votuporanga, quando foi abordado por policiais militares em patrulhamento de rotina. Foi realizado teste com etilômetro constatando a concentração de 0,58mg de álcool por litro de ar alveolar (fls. 07). Realizada a conversão para o padrão estabelecido no artigo 306 da Lei nº 9.503/97, verificou-se que a concentração de álcool por litro de sangue era de 1,16g/l ou 11,6dg/l (fls. 01-D/02-D, denúncia recebida em **04 de abril de 2012**, fls. 76).

Ao contrário do entendimento apresentado na sentença, a condenação se fazia de rigor. A materialidade do **crime de embriaguez ao volante** vem comprovada pelo boletim de ocorrência (fls. 03/04); pelo teste de alcoolemia (fl. 07), e, finalmente, pelas provas orais obtidas em ambas as etapas da persecução penal.

A **autoria** delitiva, da mesma forma, restou inconteste nos autos.

Perante a autoridade policial, o recorrido confirmou que conduzia seu veículo Vectra pela rodovia, ocasião em que foi abordado pelos policiais rodoviários, admitindo que não portava documentos do veículo e sua CNH. Esclareceu que tinha ingerido "***uma latinha de cerveja momentos antes do ocorrido***" e "***foi convidado e aceitou ser submetido ao teste do etilômetro,*** *não sabendo informar o resultado*" (fls. 25).

Embora devidamente citado pessoalmente e intimado (fls. 59 e 102), **Ronaldo** deixou de comparecer, injustificadamente, à audiência para interrogatório, sendo-lhe decretada sua revelia (fls. 112).

Segundo se destaca dos depoimentos dos policiais rodoviários Carlos Eduardo e Eduardo, em patrulhamento de rotina pela rodovia, local dos fatos, eles abordaram o veículo Vectra, conduzido pelo apelado, sendo que ele, condutor, apresentava sinais visíveis de embriaguez. Indagado, **Ronaldo** confirmou a ingestão de algumas bebidas alcóolicas em uma festa em Mirassol. Convidaram-no a realizar o teste etilômetro, o que foi aceito por ele de imediato, resultando em 0,58mg por litro de ar alveolar. Conduziram o acusado à Delegacia e ali foi constatado que ele não portava os documentos do veículo, nem carteira de habilitação. Asseveraram que o veículo foi liberado para o amigo de **Ronaldo**, que ali compareceu com a CNH. Eduardo acrescentou que o recorrido não realizava manobras perigosas (CD mídia audiovisual de fls. 84).

O teste de etilômetro apontou a presença de 0,58 miligrama de álcool por

litro de ar expelido pelos pulmões, que convertido ao padrão estabelecido no artigo 306 da Lei nº 9.503/97, verificou-se concentração de álcool por litro de sangue do réu de 1,16g/l ou 11,66 dg/l, assim confirmando a embriaguez, tendo em vista que sua caracterização legal ocorre quando for superior a 06 (seis) decigramas (fls. 07).

Diante das provas coligidas, perceptível a tipificação do crime imputado ao **apelante** (artigo 306, *caput* , do Código de Trânsito Brasileiro), tendo em vista que, *in casu*, o núcleo do tipo consiste em "*conduzir veículo automotor, na via pública, estando com concentração de álcool por lito de sangue igual ou superior a 6 (seis) decigramas*", cujos aspectos mostram-se comprovados no caso concreto.

Não vinga a ilegalidade da realização do "teste do bafômetro", ao argumento de que **Ronaldo** não foi informado de que tinha o direito de não se submeter a ele. Essa situação, forçoso convir de início, não se presume, sendo que em nenhum momento foi comprovada nos autos. De qualquer maneira, ele próprio declarou perante a autoridade policial que fora convidado pelos policiais e aceitou realizar o exame, fato esse corroborado pelos depoimentos dos agentes públicos ao afirmarem que o fez de imediato. Nota-se que, porque não compareceu em Juízo, nada apresentou para afastar a situação narrada na fase policial. A *voluntariedade* da realização do exame do bafômetro contempla a garantia constitucional de que ninguém será obrigado a produzir prova contra si, de maneira que não foi o réu compelido a realizar prova contra si mesmo. E, se o fez, foi por livre e espontânea vontade, sendo certo, também que na fase inquisitiva admitiu "***que havia ingerido uma latinha de cerveja momentos antes do ocorrido***" (fls. 25).

Cumpre consignar que ninguém pode se escusar sobre o conhecimento da lei (artigo 21, "caput", primeira parte, do Código Penal). É público e notório que não se pode dirigir veículo automotor embriagado ou sob efeito de álcool. Na medida em que o indivíduo aceita realizar o teste sobre ingestão de álcool, está ciente de que ele existe justamente para verificar existência ou não daquela irregularidade. Assim, concordando-se com o teste, não pode alegar desconhecimento de que estaria, em tese, viabilizando prova contra ele. Na verdade, poderia até mesmo achar que estaria fazendo prova a seu favor, entendendo que eventual ingestão anterior não fosse suficiente para ser constatada ou insignificante para chegar aos limites legais.

Por tal razão, em que pese entendimento do nobre Magistrado de primeira instância, com a concordância do **recorrido**, não se pode falar em violação ao princípio constitucional concebido no artigo 5º, inciso LXIII da Constituição Federal: "*o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada assistência da família e de advogado*". Além disso, é importante destacar que o teste é feito antes

Acesso ao Sumário

de qualquer prisão (em ato de mera *fiscalização*), não se tratando de indivíduo "preso", quando obviamente já se encontraria caracterizada a infração, sendo que nem mesmo o momento para aquela advertência, ou por quem ela deva ser feita, se prestariam para o caso ora tratado nos autos, quando se fala apenas da atuação dos policiais militares no momento da abordagem. Somente depois de comprovada a situação de alcoolizado, que poderia se dar inclusive por outras provas, independentemente da vontade do então averiguado (daí, inclusive, que inexiste qualquer prejuízo sobre a situação), é que, em formal interrogatório, a advertência se faz, invariavelmente, por atuação de Delegado de Polícia.

Ainda, tratando-se de teste que só pode ser realizado com a concordância do examinado e não havendo qualquer prova nos autos de que houve coação por parte dos policiais, entendo perfeitamente válida a prova da materialidade delitiva. Tal entendimento, ademais, prestigia a *autodeterminação pessoal*, bem de ver *dimensão positiva da dignidade da pessoa humana*, basilar do Estado Democrático de Direito (artigo 1º, III, CF).

Certo que a fundamentação do douto julgador tem matiz um pouco mais sutil, ao argumentar a violação ao princípio da isonomia, já que o condutor não teria sido advertido pela *autoridade policial* de que não era obrigado a submeter-se ao teste. Todavia, mormente no contexto de valorização da autonomia da vontade que já assinalei, tenho que a ausência de advertência, *de per si*, não conduz, logicamente, à presunção de que o consentimento foi desinformado, ainda mais no quadro, repito, notório, de ampla divulgação, pelos meios de comunicação (e trata-se de atividade regulada), de que ninguém pode ser forçado a realizar o teste questionado.

Neste sentido, precedentes na jurisprudência:

"APELAÇÃO CRIME. EMBRIAGUEZ AO VOLANTE. PRELIMINAR. AUSÊNCIA DE CIENTIFICAÇÃO AO RÉU DO SEU DIREITO DE NÃO PRODUZIR PROVA CONTRA SI. REJEIÇÃO. MÉRITO. MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS. EXAME DO ETILÔMETRO. VALIDADE. DELITO DE MERA CONDUTA. CONDENAÇÃO MANTIDA. PENA SUBSTITUTIVA DE PRESTAÇÃO PECUNIÁRIA. REDUÇÃO PROCEDIDA. APELO DEFENSIVO PROVIDO EM PARTE. (TJRS APELAÇÃO Nº 7005301101 – PRIMEIRA CÂMARA CRIMINAL – RELATOR: DES. NEWTON BRASIL DE LEÃO – J. 15.05.2013)".

Consequentemente, imperiosa a condenação do apelado como incurso no artigo 306, do Código de Trânsito Brasileiro.

Passo à dosimetria da pena do acusado.

Na primeira etapa, a pena-base de **Ronaldo** deve ser fixada no patamar mínimo, pela primariedade e bons antecedentes (fls. 47/48), de modo que fixo

Acesso ao Sumário

sua reprimenda em **06 (seis) meses de detenção e 10 (dez) dias-multa**, no piso mínimo, estabelecida, em definitivo, à míngua de outras causas modificadoras nas etapas seguintes do cálculo de penas.

O regime para início de cumprimento da pena corporal aberto é o mais adequado à hipótese dos autos, diante das condições judiciais favoráveis do acusado e do *quantum* da pena (artigo 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal).

Igualmente, cabível a substituição da pena **privativa de liberdade** por uma (artigo 44, §2º, primeira parte, do Código Penal) restritiva de direitos, e, na impossibilidade da de prestação de serviços à comunidade (artigo 46, "caput", do Código Penal), impõe-se a de **prestação pecuniária**, **no valor mínimo, de 01 (um salário mínimo),** em favor de entidade púbica ou privada com destinação social, de escolha do Juízo das Execuções (na forma do artigo 45, §1º, do Código Penal), sem prejuízo, destaca-se mais uma vez, da pena de *multa* acima fixada.

Por fim, diante da previsão legal contida no tipo penal em seus preceitos secundários, deve ser **suspenso o direito de dirigir veículo automotor, pelo prazo de 02 (dois) meses**, seguindo-se a proporcionalidade do cálculo da pena, com observação do artigo 293 do Código de Trânsito Brasileiro.

Do exposto, por meu voto, **DOU PROVIMENTO** ao recurso ministerial para **condenar RONALDO DA SILVA** por infração ao artigo 306, *caput*, da Lei nº 9.503/97, à pena de **06 (seis) meses de detenção e 10 (dez) dias-multa**, valor unitário mínimo, com substituição da pena privativa de liberdade por uma restritiva de direitos, consistente em **prestação pecuniária, no valor mínimo, de 01 (um salário mínimo)**, em favor de entidade pública ou privada com destinação social, de escolha do Juízo das Execuções, fixado o regime **aberto** em caso de descumprimento da pena, com **suspensão**, ainda, do direito de dirigir veículo automotor pelo prazo de 02 (dois) meses.

Int.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0001165-02.2005.8.26.0263, da Comarca de Itaí, em que são apelantes JANAINA MORAIS DORNELAS, MANOEL SILVA TRIGO, EDNA CRISTINA ÁVILA DA SILVA MOREIRA e JOSILENE LIBANEO PIRES VISSOTO, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 9ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso da acusada Janaína Morais Dornellas, para absolvê-la da imputação contra ela

Acesso ao Sumário

formulada, com base no art. 386, inc. VII, do Código de Processo Penal, e; deram parcial provimento aos recursos dos réus Manoel Silva Trigo, Edna Cristina Ávila da Silva Moreira e Josilene Libaneo Pires Vissoto, somente para reduzir suas penas para 03 anos de reclusão, em regime inicial aberto, e pagamento de 15 dias-multa, no valor unitário mínimo, mantendo, no mais, inalterada a r. sentença. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 6.378)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores SÉRGIO COELHO (Presidente) e LAURO MENS DE MELLO.

São Paulo, 9 de junho de 2016.

AMARO THOMÉ, Relator

Ementa: PECULATO – PRETENDIDA A ABSOLVIÇÃO POR INSUFICIÊNCIA PROBATÓRIA – ACOLHIMENTO APENAS EM RELAÇÃO À RÉ JANAÍNA – PROVAS INSUFICIENTES QUANTO A SEU ENVOLVIMENTO NA PRÁTICA DELITIVA – NO TOCANTE AOS DEMAIS CORRÉUS, O CONJUNTO PROBATÓRIO CONFIRMA, COM SEGURANÇA, QUE SE APROPRIARAM DOLOSAMENTE DE VALORES PERTENCENTES À PREFEITURA DE ITAÍ – DOSIMETRIA – REDUÇÃO DAS PENAS – AFASTAMENTO DA AGRAVANTE DA VIOLAÇÃO DE DEVER INERENTE AO CARGO – INDEVIDO *BIS IN IDEM* – CIRCUNSTÂNCIA VALORADA PELO LEGISLADOR AO INSTITUIR O TIPO PENAL DO PECULATO – REGIME INICIAL ABERTO E SUBSTITUIÇÃO POR RESTRITIVA DE LIBERDADE MANTIDOS – RECURSO DA DEFESA DE JANAÍNA PROVIDO; RECURSO DOS DEMAIS ACUSADOS PARCIALMENTE PROVIDO.

Acesso ao Sumário

VOTO

Cuida-se de apelações interpostas pelas defesas de **Janaína Morais Dornellas, Manoel Silva Trigo, Edna Cristina Ávila da Silva Moreira e Josilene Libaneo Pires Vissoto**, contra a r. sentença de fls. 2336/2347, pela prática do crime previsto no art. 312, *caput*, c.c. o art. 327, § 1º e 2º, e 71, todos do Código Penal, ao cumprimento de **03 anos, 07 meses e 06 dias de reclusão**, em

regime inicial aberto, e pagamento de **18 dias-multa**, no valor unitário mínimo. As penas privativas de liberdade foram substituídas por restritivas de direitos, consistentes em prestação de serviços à comunidade e prestação pecuniária.

Em suas razões, a defesa de Edna postula, preliminarmente, a declaração de nulidade, alegando cerceamento de defesa. No mérito, requer sua absolvição, por entender insuficientes as provas (fls. 2359/2365).

A defesa de Josilene busca sua absolvição, com base na insuficiência probatória (fls. 2370/2386).

Por sua vez, Janaína recorre, pleiteando, preliminarmente, a declaração de nulidade por violação à ampla defesa, uma vez que não houve apresentação de defesa prévia. No mérito, postula sua absolvição, alegando insuficiência de prova (fls. 2408/2414).

Por fim, a defesa de Manoel busca a aplicação da atenuante da confissão espontânea e o reconhecimento da delação premiada, bem como o afastamento das agravantes e da causa de aumento aplicadas pelo Juízo *a quo* (fls. 2440/2444).

Os recursos foram contrarrazoados pelo Ministério Público (fls. 2448/2453).

A Douta Procuradoria-Geral de Justiça opinou pelo não provimento aos recursos (fls. 2464/2470).

É o relatório.

Inicialmente, rejeito a preliminar de nulidade arguida pela defesa da acusada Edna.

A alegação de que teria ocorrido cerceamento de defesa é genérica e não evidenciou a existência de qualquer prejuízo concreto.

Assim, nos termos do art. 563, do Código de Processo Penal, não era mesmo caso de se declarar nulidade processual.

Observado o trâmite previsto em lei, não foi demonstrado qualquer prejuízo concreto pela defesa. De fato, "*o princípio do pas de nullité sans grief exige a demonstração de prejuízo concreto à parte que suscita o vício, independentemente da sanção prevista para o ato, pois não se declara nulidade processual por mera presunção*" (HC 97033, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Primeira Turma, julgado em 12/05/2009, DJe-108 DIVULG 10-06-2009 PUBLIC 12-06-2009 EMENT VOL-02364-02 PP-00219 RSJADV ago., 2009, p. 42-45 RT v. 98, n. 887, 2009, p. 526-532).

Além de não ter a defesa logrado demonstrar concretamente em qual momento da persecução houve obstrução ao exercício da ampla defesa e do contraditório, não se pode olvidar que eventuais ilegalidades ocorridas em sede de inquérito policial, em regra, não possuem o condão de anular o processo penal.

Acesso ao Sumário

Da mesma forma, deixo de acolher o pleito de declaração de nulidade apresentado pela defesa da ré Janaína.

Isso porque, ao contrário do alegado, foi oferecida defesa prévia (fls. 757/759), inclusive, com a indicação de testemunhas a serem ouvidas durante a instrução. Deste modo, inexistiu qualquer violação ao direito de defesa da acusada em questão.

Rejeitadas as preliminares, passo à análise do mérito.

As rés Josilene, Edna e Janaína foram denunciadas (fls. 02d/05d) porque, entre janeiro de 2002 e dezembro de 2004, na Prefeitura Municipal da cidade de Itaí, agindo em concurso e com unidade de desígnios entre si, desviaram, em proveito próprio, a quantia de R$ 589.481,53, proveniente das contas de recursos próprios da Prefeitura, vinculadas à aplicação nas áreas de saúde e educação.

Josilene e Janaína também foram denunciadas porque, entre outubro e dezembro de 2004, na Prefeitura Municipal da cidade de Itaí, agindo em concurso e com unidade de desígnios entre si e com o corréu Manoel, desviaram, em proveito próprio, a quantia de R$ 17.000,00, proveniente das contas de recurso próprio da Prefeitura, vinculadas à aplicação na saúde e educação.

A materialidade delitiva restou evidenciada pelos seguintes elementos de prova: boletim de ocorrência (fl. 04), extratos (fls. 12/15), laudo pericial contábil (fls. 1687/1689), relatórios de auditoria (fls. 115/150, 180/198, 203/254, 263/299 e 477/495), bem como pela prova oral produzida em Juízo.

A autoria, da mesma forma, é certa.

Na fase inquisitorial, a ré **Edna Cristina Ávila da Silva Moreira** explicou o trâmite relativo aos pagamentos referentes à conta-educação e à conta-saúde da Prefeitura de Itaí: "*A nota-fiscal a ser paga chega no setor de JOSILENE assinada pelas responsáveis pela aquisição, e, após ela empenhar aquela nota-fiscal, vai para a Contabilidade Geral, cuja responsável é JANAÍNA, e este setor, faz a devida conferência e dado o visto na nota de empenho, retornando para JOSILENE que emite o cheque com o valor respectivo, e esse cheque é encaminhado para assinatura do tesoureiro e do Sr. Prefeito Municipal*".

Acesso ao Sumário

Confessou ter agido em conluio com a corré Josilene, a partir de 2002, desviando valores da Prefeitura que estavam nas contas referentes ao setor de educação. Criaram o cadastro de um "fornecedor-fantasma", semelhante ao cadastro de uma empresa que efetivamente realizava fornecimentos (*Posto Trevo de Itaí Ltda.*) e passaram a realizar duplo empenho de algumas notas fiscais. Após o setor de contabilidade conferir o novo empenho e o cheque ser assinado, ela e Josilene datilografavam sobre o nome do destinatário o nome de seu escritório de contabilidade. O cheque era descontado e ambas dividiam o valor do desvio (fls. 05/06).

Também em sede administrativa, a corré **Josilene Libaneo Pires Vissoto** confessou a prática do delito, narrando os fatos de forma semelhante ao relato de Edna. Acrescentou ter se utilizado do mesmo esquema para praticar peculato também com o corréu Manoel (fls. 07/08).

A corré **Janaína Morais Dornellas**, na fase inquisitorial, disse exercer a função de contadora na Prefeitura, conferindo empenhos relativos à conta-saúde e à conta-educação (comparando empenho e nota-fiscal). Afirmou que a corré Edna, sua prima, "*sempre me orientou que, em relação essa conta-Educação e conta-Saúde, era para que eu sempre considerasse conferido, pois JOSILENE sempre fazia o serviço correto*". Alegou desconhecer que as corrés estariam desviando dinheiro da Prefeitura (fl. 10).

Já o acusado **Manoel Silva Trigo**, em sede administrativa, confessou ter praticado peculato junto com a corré Josilene. A acusada lhe entregava cheques e ele os depositava em sua conta corrente (fl. 11).

Em Juízo, sob o crivo do contraditório, Josilene alterou parcialmente a narrativa dos fatos, confirmando a ocorrência do desvio, mas alegando que quem efetivamente recebia os valores era o Prefeito de Itaí. Consentiu com o crime por ter sido ameaçada de perder sua função. Alegou que "*Foi impedida de conversar com seu advogado e quem a acompanhou até a delegacia foi a advogada da prefeitura doutora Laura. Na sala de depoimento a advogada da prefeitura ditou o depoimento para o escrivão e a interroganda apenas assinou os papéis*" (fls. 742/743 e mídia de fl. 2247).

Já a corré Janaina, também em Juízo, negou seu envolvimento com o crime de peculato, alegando que fazia controle dos cheques e das notas, mas que o livro de controle de notas fiscais não ficava em sua posse. Conferia o cheque comparando apenas com o valor da nota fiscal, não analisando o número da nota. Alegou que não tinha como saber da ocorrência da fraude e que não obteve vantagem econômica (fls. 1323/1334 e mídia de fl. 2241).

Edna também alterou parcialmente sua narrativa, alegando que os desvios ocorreram por ordem do Prefeito, com o fim de efetuar pagamentos ilegais a funcionários. Sua função na fraude era descontar os cheques e depositar os valores para sua empresa de contabilidade. Confirmou, porém, ter recebido valores indevidos. Afirmou que Josilene emitia os cheques e que Janaína apenas assinava o controle, sendo que a última desconhecia a fraude (fls. 1347/1364).

Por sua vez, Manoel confessou ter desviado valores em dinheiro da Prefeitura, em conluio com a corré Josilene. Ela emitia o cheque e o depositava em sua conta, sendo que cada um ficava com metade do valor. O ilícito ocorreu nos meses de outubro, novembro e dezembro de 2004 (fls. 1373/1374). Foi decretada a revelia dos acusados Edna e Manoel quando de seus reinterrogatórios (fl. 2235).

Acesso ao Sumário

A testemunha **Jurandir Delmiro Dantas** informou ter sido contratado pela Prefeitura de Itaí para realizar auditoria nas contas municipais. Explicou que a seguinte fraude foi detectada: "*Era feita uma despesa da Prefeitura com emissão de nota, requisição e realização de empenho. O cheque era encaminhado ao prefeito que o assinava. Depois disso o cheque voltava para o setor de contabilidade e as pessoas que lá trabalhavam, Cristina, uma contadora e Josilene montavam um outro empenho dublê e outro cheque no mesmo valor era encaminhado ao prefeito. Ele assinava também. Esses segundos cheques eram depois rasurados com a retirada do nome de quem era o beneficiário da cártula e no lugar era colocado o nome da empresa de Cristina*".

Disse acreditar que o prefeito assinava os cheques de boa-fé, pois confiava em seus assessores. As desconfianças de fraude surgiram em razão de evidências de enriquecimento anormal de alguns funcionários. Também alegou não acreditar que Janaína participava da fraude, pois ela era recém-formada e não entendia de contabilidade (fls. 1438/1439).

Já **Valdir Viana**, à época Prefeito da cidade, afirmou que as rés Edna e Josilene tinham condutas e gastos incompatíveis com a remuneração que recebiam. Quando assumiu o cargo de Prefeito, contratou serviço de auditoria que constatou a ocorrência de desvio de verba da prefeitura por parte dos acusados. Edna, auxiliada por Janaína, era a responsável pela emissão das notas de empenho (fl. 1445).

Marcos Benedito de Oliveira informou trabalhar na tesouraria da prefeitura e que os empenhos eram assinados por três pessoas: contador (à época Janaína), prefeito e tesoureiro. Disse que os cheques eram conferidos com os respectivos empenhos (fl. 1446).

Por sua vez, **Adenilse Mantovani Marcusso Michelin** afirmou que as rés Josilene e Edna tinham hábitos pessoais, patrimônio e gastos incompatíveis com a remuneração que recebiam. Afirmou ainda que a responsabilidade de conferir os dados das notas fiscais com os dos empenhos era de Janaína, que, ao contrário das primeiras, tinha vida mais humilde e, por vezes, contraía empréstimos bancários para poder arcar com seus compromissos financeiros (fls. 1447).

Wellmington Ramos informou que no setor de educação e saúde da Prefeitura era a ré Josilene que conferia as notas de empenho e depois Janaína as assinava (fl. 1448).

A testemunha **Denis Roberto dos Reis** afirmou que trabalhava como supervisor de finanças na época dos fatos e que "*O pagamento para fornecedores era de responsabilidade de Edna e Josilene, que eram responsáveis pelo empenho, toda a contabilidade e prestação de contas. A emissão de cheques,*

Acesso ao Sumário

prestação de contas era de responsabilidade delas. Quando chegava para o depoente, apenas assinava. Nunca percebeu nada, pois para a fiscalização tinha a contadora (Janaína) e a empresa de contabilidade que pertencia a Edna". Apenas percebeu a fraude quando o gerente da Caixa Econômica ligou, informando que havia um cheque rasurado assinado por ele, que seria depositado em favor do réu Manoel (fl. 1495).

As testemunhas **Luiz Carlos Gil, Luciano Lino Vissoto, Ivair Olivio Rossi, José Afonso Ciari de Almeida, Eliana Fonseca Loureiro** e **Sandra Helena da Silva** em nada colaboraram para a elucidação dos delitos (fls. 1496, 1497, 1498, 1511, 1512 e 1513).

O conjunto da prova oral acima descrito comprova, de forma segura, que ocorreu o crime de peculato. Os réus e as testemunhas que tiveram conhecimento dos fatos foram uníssonos em confirmar a ocorrência de apropriação indevida de verbas pertencentes à Prefeitura de Itaí.

Da mesma forma, a prova dos autos atesta que os réus Edna, Josilene e Manoel foram os principais protagonistas do crime imputado.

De fato, Manoel confirmou a prática do delito em ambas as etapas da persecução penal, narrando os fatos em conformidade com a inicial acusatória. Sua confissão restou corroborada pelos depoimentos de Jurandir, Valdir Viana e Denis Roberto.

No mais, ao atestar que praticou a fraude em conluio com a corré Josilene, Manoel evidencia que as confissões desta acusada e de Edna, prestadas na fase inquisitorial, devem prevalecer sobre as exculpatórias apresentadas por ambas em Juízo.

Com efeito, comprovado que Josilene praticou crime de peculato em conluio com Manoel, ambos dividindo entre si os valores indevidamente apropriados, resta evidente a falsidade da alegação de que Edna e Josilene teriam agido apenas por ordem do Prefeito da cidade.

No mais, ainda que houvesse provas suficientes do envolvimento do Prefeito no crime imputado, não seria o caso de absolvição das acusadas, pois a excludente da culpabilidade da obediência hierárquica tem por requisito que a ordem da autoridade superior não seja manifestamente ilegal (art. 22, do CP), o que não se verifica no caso concreto.

Não se pode olvidar ainda que, embora tenha buscado diminuir ou excluir sua responsabilidade penal, a acusada Edna acabou admitindo, mesmo em Juízo, que recebeu parte das quantias desviadas.

Estas circunstâncias atestam, conforme já exposto, que a versão apresentada pelas rés em fase administrativa deve, no caso concreto, preponderar sobre as exculpatórias apresentadas em Juízo.

Ainda, é irrelevante que as rés eventualmente não tenham assinado

Acesso ao Sumário

documentos relativos à fraude praticada, pois a prova dos autos, em especial as confissões, os depoimentos das testemunhas, o exame pericial e os relatórios de auditoria juntados evidenciam que elas se apropriaram de verbas públicas.

Também não é verdadeira a alegação defensiva de que as acusadas não se beneficiaram do desvio dos valores pertencentes à Prefeitura. Não só o acusado Manoel confirmou que dividiu valores apropriados com a ré Josilene, mas a própria corré Edna confessou, inclusive em Juízo, que se apropriou de parte dos valores, e o padrão de vida por elas ostentado, conforme ilustrado pela testemunha Adenilse, deixa evidente que fizeram uso, em proveito próprio, do dinheiro público subtraído.

De rigor, portanto, manter a condenação dos acusados Josilene, Edna e Manoel.

Contudo, assiste razão à defesa de Janaína ao postular sua absolvição, uma vez que a prova dos autos não é suficiente a justificar sua condenação.

Há mera suspeita de que a acusada em questão envolveu-se dolosamente no crime de peculato. Ela era prima de Edna e deixou de exercer corretamente sua função ao não fiscalizar a confecção e destinação dos empenhos, notas fiscais e cheques que lhe eram entregues.

Estes indícios, porém, não são aptos a formar o necessário juízo de certeza para justificar sua condenação, posto que também é possível que a acusada tenha agido de forma apenas negligente, por confiar cegamente na orientação de sua prima, mentora do plano dos desvios, e, com isso, não ter percebido que os corréus praticavam uma fraude.

Importante ressaltar ainda que nenhum dos corréus e nenhuma testemunha confirmaram que Janaína tivesse concorrido dolosamente para a prática dos delitos ou, no mínimo, tivesse se beneficiado economicamente com o produto deles decorrente. Inclusive, o auditor Jurandir afirmou não acreditar no envolvimento da apelante em tela com o delito.

Deste modo, é de rigor sua absolvição com fulcro no art. 386, inc. VII, do Código de Processo Penal.

Passo à análise da dosimetria das penas.

Na primeira fase, o Juízo *a quo* fixou a pena-base dos acusados no mínimo legal, ou seja, 02 anos de reclusão e pagamento de 10 dias-multa, no valor unitário mínimo, uma vez que as circunstâncias judiciais não são desfavoráveis.

Na segunda etapa, o Juízo de Primeiro Grau exasperou as penas dos réus com fulcro na agravante prevista no art. 61, inc. II, alínea *g*, do CP, fixando-as em 02 anos, 04 meses e 24 dias de reclusão, e pagamento de 12 dias-multa.

Contudo, afasto a incidência da agravante em questão, pois o crime de peculato pressupõe a violação de dever inerente ao cargo. A aplicação da

agravante em tela importaria indevido *bis in idem*, conforme entende o Col. STJ:

> *"12. Nos termos do artigo 61, caput, do Código Penal, somente se admite o reconhecimento das agravantes previstas em um de seus incisos quando elas "não constituem ou qualificam o crime": daí a jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça, firme no sentido de que a incidência da agravante prevista no artigo 61, II, g, do Código Penal se mostra incompatível com o delito de peculato (Código Penal, artigo 312), pois a prática deste pressupõe, sempre, o abuso de poder ou a violação de dever inerente ao cargo"* (Resp. nº 279.569/RJ, parte da ementa, 6ª Turma, Min. Celso Limongi, 14/12/2010).

Portanto, estabeleço novamente as penas dos réus no patamar mínimo.

Embora o réu Manoel tenha efetivamente confessado a prática do crime, inviável a aplicação da atenuante da confissão espontânea para 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*.".

Importante ressaltar ainda que a confissão do acusado não se confunde com a figura da delação premiada. O réu apenas confessou o crime quando ouvido em ambas as fases da persecução, não advindo de suas manifestações qualquer dos resultados colaborativos previstos em lei para a configuração da delação premiada.

Já na derradeira fase, mostrou-se correta a majoração da pena dos apelantes pelo Juízo *a quo* em 1/2, o que resulta na pena final de 03 anos de reclusão e pagamento de 15 dias-multa no valor unitário mínimo, em razão da multiplicidade de ações delituosas em continuidade.

Mantenho, por fim, a fixação do regime inicial aberto e a substituição das penas privativas de liberdade por restritivas de direitos, na medida em que não houve impugnação específica por parte do Ministério Público.

Ante o exposto, rejeito as preliminares e: ***a)* dou provimento** ao recurso da acusada **Janaína Morais Dornellas**, para absolvê-la da imputação contra ela formulada, com base no art. 386, inc. VII, do Código de Processo Penal, e; ***b)* dou parcial provimento** aos recursos dos réus **Manoel Silva Trigo, Edna Cristina Ávila da Silva Moreira** e **Josilene Libaneo Pires Vissoto**, somente para reduzir suas penas para **03 anos de reclusão**, em regime inicial aberto, e pagamento de **15 dias-multa**, no valor unitário mínimo, mantendo, no mais, inalterada a r. sentença.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0017035-72.2014.8.26.0554, da Comarca de Santo André, em que é apelante/apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, é apelado/apelante LEONARDO DA SILVA MERCHAN.

ACORDAM, em 8ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "negaram provimento ao apelo defensivo e deram provimento ao ministerial para que o réu Leonardo da Silva Merchan cumpra as penas corporais de 04 (quatro) anos, 10 (dez) meses e 10 (dez) dias de reclusão, mais a paga de 485 (quatrocentos e oitenta e cinco) dias-multa, valorados como na sentença, em regime prisional inicial fechado, por incurso nas sanções do artigo 33, *caput*, c.c. o artigo 40, VI, ambos da Lei nº 11.343/06, mantida no mais, por seus fundamentos, a r. sentença, corrigindo-se, tão somente, mero erro material constante no trecho inserido as fls.164/165, referente aos parágrafos 4º a 7º, por não se tratarem de acontecimentos atinentes ao presente feito, sem contudo tal prejudicar o exame dos fatos relacionados ao ora apelante. Após o trânsito em julgado, expeça-se contra o condenado mandado de prisão. Decretaram desde já a perda em favor da União do numerário apreendido a fl. 49, devendo a MMª Juíza providenciar seu depósito em conta em nome da Secretaria Nacional Antidrogas. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 26.944)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ALCIDES MALOSSI JUNIOR (Presidente sem voto), LOURI BARBIERO e GRASSI NETO.

São Paulo, 16 de junho de 2016.

MARCO ANTÔNIO COGAN, Relator

Ementa: APELAÇÕES CRIMINAIS – PLEITO MINISTERIAL DE APLICAÇÃO DO REDUTOR PREVISTO NO § 4º, DO ART. 33, DA LEI DE DROGAS, NO PATAMAR MÍNIMO; DE FIXAÇÃO DE REGIME PRISIONAL INICIAL FECHADO.

PLEITO DEFENSIVO DE ABSOLVIÇÃO DO RÉU, POR AUSÊNCIA DE PROVAS A INCRIMINÁ-LO.

CONDENAÇÃO ESTRIBADA NO ART. 33, *CAPUT*, C.C. O ART. 40, VI, AMBOS DA LEI 11.343/06.

CONJUNTO PROBATÓRIO ROBUSTO A INCRIMINAR O APELANTE NA FORMA RECEPCIONADA NO ÉDITO MONOCRÁTICO.

Acesso ao Sumário

CASO, TODAVIA, DE CORREÇÃO, DE OFÍCIO, EM RAZÃO DE CONSTAR, NA R. SENTENÇA, PARÁGRAFOS QUE NÃO SE REFEREM AOS ACONTECIMENTOS APURADOS NO PRESENTE FEITO, QUE CONSTITUEM EM MERO ERRO MATERIAL, UMA VEZ QUE TAL NÃO PREJUDICOU O EXAME DOS FATOS RELACIONADOS AO APELANTE.

Recurso defensivo desprovido, provido o ministerial, com determinação.

VOTO

1 – Trata-se de apelação interposta em desfavor de Leonardo da Silva Merchan, que foi condenado ao cumprimento de pena corporal de um ano, onze meses e dez dias de reclusão, em regime prisional aberto, mais o pagamento de cento e noventa e quatro dias-multa, fixados no piso mínimo, por infração aos ditames do artigo 33, *caput*, c.c. o artigo 40, VI, ambos da Lei nº 11.343/06 (fls. 163/167).

Aduz o doutor Promotor de Justiça que a r. sentença deve ser reformada, a fim de que seja aplicado o redutor previsto no §4º, do artigo 33, da Lei de Drogas, em seu patamar mínimo, e ainda, para que seja fixado regime prisional inicial fechado para o cumprimento da pena aflitiva (fls. 171/173).

Em contrarrazões, a Defesa de Leonardo requer o desprovimento do recurso ministerial (fls. 188/190).

Apela, também, a Defesa do réu, pretendendo a reforma da r. decisão monocrática, a fim de que ele seja absolvido por falta de provas a incriminá-lo. Frisa que o conjunto probatório está baseado, tão somente, nos depoimentos dos policiais responsáveis pela prisão do acusado, e ainda, que há contradições nas versões apresentadas pelos mesmos (fls. 184/186).

O apelo defensivo foi contrarrazoado pelo doutor Promotor de Justiça, que pretende o seu desprovimento (fls. 192/194).

E a d. Procuradoria de Justiça, em r. parecer da lavra do doutor Edson Spina Fertonani, se pronunciou pelo provimento do recurso ministerial, e pelo desprovimento do defensivo (fls. 199/208).

Este, em síntese, é o relatório.

2 – Há que se negar provimento ao apelo defensivo, dando-se ao ministerial.

Segundo apurado, no dia 23 de agosto de 2014, na Comarca de Santo André, policiais militares em patrulhamento de rotina se dirigiram ao local dos

Acesso ao Sumário

fatos, em razão do recebimento de denúncia anônima dando conta de que lá estava ocorrendo a venda de drogas. Ao chegarem, avistaram dois indivíduos parados, cujas características correspondiam com as fornecidas na delação. Tais indivíduos, ao notarem a presença da viatura, procuraram fugir, sendo abordados e identificados como sendo Leonardo e o adolescente F.E.S.S. Efetuada a revista pessoal, foi encontrado em poder do réu, sob suas vestes, uma sacola plástica contendo 98 invólucros de cocaína, com peso líquido de 58,3g, e na posse do adolescente F. lograram encontrar uma carteira em cujo interior havia dois cigarros de maconha, pesando 2,7g e mais R$ 60,00.

A materialidade está comprovada as fls. 02/11, 13/16, 17/18, 19/21 e 94/96, por documentos atinentes a apreensão e perícia das substâncias apreendidas em poder do réu e do adolescente infrator.

Já a autoria, igualmente é induvidosa.

Na fase administrativa, o acusado relatou que estava passando pela praça quando encontrou um conhecido da escola, isto é, o adolescente F., o qual lhe convidou para fumar um "baseado". Como é usuário de maconha, aceitou o convite e, quando estava sentado, rapidamente surgiu a viatura, e foram abordados. Os policiais disseram ter encontrado drogas no mato da praça, mas consigo localizaram apenas duas pontas de cigarros de maconha e R$ 50,00; com Felipe apreenderam apenas um "baseado". Não estava vendendo drogas e acredita que foi confundido pelos milicianos, pois é usuário de maconha e a fuma todos os dias (fl. 10). Em juízo, manteve a mesma versão, acrescentando que no Distrito Policial, o Delegado apareceu com uma sacola, mas não viu o que tinha dentro dela, oportunidade em que o adolescente F. disse que estava vendendo drogas desde as nove horas da manhã (fl. 121/124).

E a par da fragilidade e inconsistência que já se observa nas narrativas do apelante, a prova oral produzida bem o incriminou da forma recepcionada na r. sentença.

O adolescente F.E.S.S., em Juízo, tentou assumir a autoria do delito, alegando que estava sozinho, comercializando no local, conhecido ponto de tráfico, desde oito horas da manhã, e que não tinha conseguido vender nada até a chegada da polícia. Contudo, ao ser indagado sobre a quantidade de droga que portava, caiu em contradição, dizendo que possuía apenas um pedacinho de maconha (fls. 127/130).

Edney Coca Melmudes e Marcelo Ferreira da Conceição, policiais militares responsáveis pela prisão em flagrante, narraram os fatos conforme descritos na inicial acusatória. Eles confirmaram, em Juízo, o recebimento da denúncia anônima, a tentativa de fuga dos averiguados, a apreensão dos invólucros de cocaína sob as vestes do réu, bem como das porções de maconha e dinheiro na posse do adolescente, além de dois aparelhos de telefones celulares.

Marcelo acrescentou que, durante a abordagem, Leonardo e F. admitiram informalmente a traficância (fls. 04, 07, 132/134 e 136/139).

Diante desse panorama, evidente se mostra o envolvimento do apelante na prática do delito imputado, não apenas em razão das narrativas firmes e coerentes dos milicianos responsáveis pela sua prisão, que sequer antes conheciam o réu, portanto sem motivação para falsamente incriminá-lo, como também porque, à luz dos ditames do artigo 156, do Código de Processo Penal, os argumentos ofertados por ele não foram a qualquer momento comprovados.

Não há como, pois, acolher-se a pretensão defensiva de absolvição do apelante, diante desse robusto quadro incriminador, sendo, inclusive, indiferente para o deslinde do caso que ele fosse também consumidor, uma vez que tal condição não ilide a de traficante.

Nesse sentido, inclusive, decidiu esta Colenda Corte, de há muito: - "**A alegação de viciado não obsta o reconhecimento da figura do traficante, mormente na hipótese vertente, em que ambas se mesclam num mesmo agente, preponderando a última, de maior gravidade**." (TJSP – HC 42.229-3 – Rel. Onei Raphael – RJTJSP 101/498).

E quanto ao crédito que deve ser dispensado, na espécie, aos relatos dos policiais, já se pronunciou o Superior Tribunal de Justiça: - "***HABEAS CORPUS*. PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. TESE DE FRAGILIDADE DA PROVA PARA SUSTENTAR A ACUSAÇÃO. VIA IMPRÓPRIA. NECESSIDADE DE EXAME APROFUNDADO DO CONJUNTO PROBATÓRIO. DEPOIMENTO DE POLICIAIS. VALIDADE PROBATÓRIA. 1. (...). 2. Os policiais não se encontram legalmente impedidos de depor sobre atos de ofício nos processos de cuja fase investigatória tenham participado, no exercício de suas funções, revestindo-se tais depoimentos de inquestionável eficácia probatória, sobretudo quando prestados em juízo, sob a garantia do contraditório. Precedentes. 3. Ordem denegada."** (HC 115516/SP – Rel. MINISTRA LAURITA VAZ – Quinta Turma – julg. 03/02/2009 – publ. DJe 09/03/2009).

E ainda: - "**DEPOIMENTO DE POLICIAIS. MEIO PROBATÓRIO VÁLIDO. - O depoimento de policiais pode servir de referência ao juiz na verificação da materialidade e autoria delitivas, podendo funcionar como meio probatório válido para fundamentar a condenação, mormente quando colhido em juízo, com a observância do contraditório, e em harmonia com os demais elementos de prova**." (Quinta Turma, HC 110869/SP, Re. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, Quinta Turma, v.u., j. 19.11.2009; pub. DJe de 14.12.2009).

Vale ressaltar que, para a configuração do delito de tráfico de drogas, não é necessária a efetiva venda, bastando, para o seu reconhecimento a demonstração

Acesso ao Sumário

de que a droga seria fornecida a terceiros, como ocorreu no caso concreto. A expressiva quantidade de porções apreendidas, fracionadas e embaladas uma a uma, em local conhecido como ponto de tráfico, traz a certeza de que se destinavam ao comércio ilícito.

E a causa de aumento de pena referente ao envolvimento do adolescente também restou bem demonstrada pela prova oral.

Patente, pois, a responsabilidade penal de Leonardo, acertadamente reconhecida no édito monocrático.

Já no tocante a aplicação das penas, com razão o inconformismo do representante do *Parquet.*

Isso porque, a par da sua primariedade, o apelante foi preso na posse de nada menos que 98 porções de cocaína, substância de elevado poder viciante, em local conhecido como ponto do nefando comércio, sem contar o fato de que não fez qualquer demonstração quanto ao exercício de trabalho lícito, que pudesse lhe gerar renda suficiente para a aquisição de tamanha quantidade da droga para si, em situação que demonstra o não preenchimento do terceiro requisito do artigo 33, § 4º, da Lei Especial, de forma que a concessão do benefício já lhe foi extremamente favorável, cabendo, quanto muito, a redução mínima de 1/6, na forma requerida pelo douto Promotor de Justiça, à mingua de pleito de afastamento desse instituto.

Assim, as penas básicas de cinco anos de reclusão, e de quinhentos dias-multa, exasperadas em 1/6 pela causa de aumento de pena do artigo 40, VI, da Lei Especial, resultam em cinco anos e dez meses de reclusão, mais o pagamento de quinhentos e oitenta e três dias-multa, e com a redução em 1/6 pela aplicação do benefício do § 4ª, do artigo 33, que ora se promove, tornando-se definitivas em quatro anos, dez meses e dez dias de reclusão, mais o pagamento de quatrocentos e oitenta e cinco dias-multa.

E a fixação do regime prisional inicial aberto ao apelante também constitui benefício incompatível com a gravidade em concreto do crime praticado, e com o que dispõe a Lei nº 8.072/90, concluindo-se que outro não poderia ser o regime prisional inicial estabelecido para o apelante que não o fechado, diante dessa postura, e das graves consequências que poderiam ser alcançadas com sua forma de proceder, nos termos do que dispõe o artigo 44, da Lei 11.343/2006, inclusive pela quantidade de porções de tóxico que trazia consigo, quase uma centena.

Acrescente-se a tal que aqui se faz menção à natureza gravíssima do crime de tráfico de drogas, equiparado aos hediondos, entendendo a Turma Julgadora que a sua repressão deve ser rigorosa, sob pena de não ser proporcionada a devida eficácia aos mandamentos contidos no artigo 5º, XLIII e LI, da Carta Magna, que, ao tratar do narcotráfico, e de outros ilícitos gravíssimos, exigem que a eles

Acesso ao Sumário

seja dispensado tratamento mais gravoso, e também dentro do que dispõe, sobre o tema, o próprio artigo 2º, da Lei suprarreferida, que trata, especificamente, de tais crimes, para fim de fixação do regime prisional inicial fechado.

Não há que se descurar, inclusive, que esses dispositivos constitucionais, como a própria Lei nº 8.072/90, encontram pleno amparo na Convenção de Viena, de 1991, de Combate ao Tráfico de Drogas, promulgada no país pelo Decreto nº 154/91, especialmente quanto aos seus artigos 4º, "a", 6 e 7, acrescentando-se que o artigo 44, I, do Código Penal, expressamente veda a aplicação de penas restritivas de direitos para crimes cometidos "**com violência ou grave ameaça à pessoa**", o que, por certo, abrange a narcotraficância, que lesa profundamente a saúde pública, atingindo toda a coletividade, além de ser fator gerador de outros crimes também graves, em especial contra a pessoa e o patrimônio.

Isto posto, nega-se provimento ao apelo defensivo e dá-se provimento ao ministerial para que o réu Leonardo da Silva Merchan cumpra as penas corporais de 04 (quatro) anos, 10 (dez) meses e 10 (dez) dias de reclusão, mais a paga de 485 (quatrocentos e oitenta e cinco) dias-multa, valorados como na sentença, em regime prisional inicial fechado, por incurso nas sanções do artigo 33, *caput*, c.c. o artigo 40, VI, ambos da Lei nº 11.343/06, mantida no mais, por seus fundamentos, a r. sentença, corrigindo-se, tão somente, mero erro material constante no trecho inserido as fls.164/165, referente aos parágrafos 4º a 7º, por não se tratarem de acontecimentos atinentes ao presente feito, sem contudo tal prejudicar o exame dos fatos relacionados ao ora apelante. **Após o trânsito em julgado, expeça-se contra o condenado mandado de prisão. Decreta-se desde já a perda em favor da União do numerário apreendido a fl. 49, devendo a MMª Juíza providenciar seu depósito em conta em nome da Secretaria Nacional Antidrogas.**

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 0001891-65.2010.8.26.0306, da Comarca de José Bonifácio, em que é apelante JOSÉ ANTONIO CARVALHO, e é apelado o MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 5ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "REJEITADAS AS PRELIMINARES, DERAM PARCIAL PROVIMENTO ao apelo para reduzir as penas a dez meses e vinte dias de detenção e dezesseis dias-multa, e, *ex officio*, JULGARAM EXTINTA A PUNIBILIDADE de JOSÉ ANTONIO CARVALHO, pelo reconhecimento da ocorrência da prescrição, com fundamento nos artigos 107,

Acesso ao Sumário

IV, 1ª figura, 109, VI (com a redação anterior à Lei nº 12.234/2010), 110, §1º, 114, II, e 117, I e IV, do Código Penal, combinados com o artigo 61, do Código de Processo Penal. Determinaram o encaminhamento de cópia do acórdão à Ordem dos Advogados do Brasil para conhecimento e providências cabíveis. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 24.463)**

O julgamento teve a participação dos Exmo. Desembargadores PINHEIRO FRANCO (Presidente) e JOSÉ DAMIÃO PINHEIRO MACHADO COGAN.

São Paulo, 23 de junho de 2016.

JUVENAL DUARTE, Relator

Ementa: Apelação criminal – Calúnia, cometida contra funcionário público, em razão da função – Recurso da defesa – Preliminares – Nulidade do processo – Cerceamento de defesa – Ausência de interrogatório – Não intimação de advogado constituído – Prescrição – Inocorrência – Regularidade da marcha processual com intimação dos patronos que representaram os interesses do apelante para todos os atos processuais – Ausência injustificada do recorrente e de seu advogado em audiência de interrogatório que não enseja a repetição do ato – Prescrição – majoração decorrente de causa de aumento que deve ser considerada no cálculo prescricional – Lapso de quatro anos não superado – Preliminares rejeitadas – Mérito Absolvição por atipicidade de conduta, com esteio em tese de ausência de dolo – Impossibilidade – Materialidade e autoria incontroversas – Dolo demonstrado pelas circunstâncias do crime – Teor calunioso de petição firmada pelo acusado que não sustenta alegação no sentido de que pretendeu atacar a decisão e não o magistrado que a prolatou – Dosimetria – Majoração das básicas com esteio em ações penais sem solução condenatória definitiva – Impossibilidade por violação ao princípio da presunção do estado de inocência e ao disposto na Súmula 444, do STJ – Penas reduzidas – Novo *quantum*, inferior a um ano, alcançado pela prescrição – Lapso de dois anos superado entre o recebimento da denúncia e a publicação da sentença condenatória – Apelo provido,

Acesso ao Sumário

em parte.

VOTO

JOSÉ ANTONIO CARVALHO, inconformado com a r. sentença que o condenou a um ano, um mês e dez dias de detenção, em regime semiaberto, e a vinte dias-multa, no piso, substituída a carcerária por prestação de serviços à comunidade, por igual período, e por prestação pecuniária (correspondente a dez salários mínimos), por infração ao disposto no artigo 138, *caput*, combinado com o artigo 141, II, do Código Penal, apela aduzindo preliminares de nulidade do processo, por ter havido cerceamento de defesa, ante a ausência de intimação do defensor constituído para ... *diversos atos processuais realizados, após a sua constituição* ... (*sic*, fl. 353), bem assim porque não foi interrogado, a despeito de ter justificado sua ausência ao ato designado e se ... comprometido, posteriormente, a ser interrogado , o que poderia ... *ter ocorrido em qualquer fase do processo. ...* (*sic*). Aduz, ainda em sede preliminar, a ocorrência da prescrição da pretensão punitiva estatal, considerando-se a data do recebimento da denúncia (não a da ratificação do ato), a data do registro da r. sentença e a pena-base imposta (sem o acréscimo decorrente da causa de aumento prevista no artigo 141, II, do Código Penal).

No mérito, busca a absolvição por atipicidade de conduta ... *levando-se em consideração que não houve individualização da vítima, a ausência de dolo na* ... sua ... *conduta... somadas ao fato de que ... apenas ... utilizou a expressão agindo em defesa aos interesses de seu cliente* (*sic,* fl. 357).

Por fim, pugna pela redução das penas e prequestiona os artigos 138, *caput*, e 141, II, do Código Penal.

Regularmente processado o recurso, opina a d. Procuradoria Geral de Justiça pelo provimento parcial, reduzindo-se as penas e reconhecendo-se a ocorrência da prescrição (retroativa) da pretensão punitiva estatal.

É, em síntese, o relatório.

As preliminares de nulidade do processo não vingam porque, ao contrário do que se sustenta, o rito e as fases processuais foram regularmente observados, não se cogitando de violação aos princípios constitucionais do contraditório ou da ampla defesa.

Não há se falar em cerceamento de defesa decorrente dos motivos elencados nas razões de apelo, pois, como bem anotou o zeloso Promotor de Justiça Assessor FERNANDO CÉLIO DE BRITO NOGUEIRA, cuja manifestação merece destaque e também se adota como razão de decidir, *verbis:*

(...)

Recebida a denúncia (fls. 138/139), o réu foi pessoalmente citado por precatória (fls. 162). Deixou decorrer o prazo sem constituir defensor

Acesso ao Sumário

nos autos (fls. 164). Foi determinada por isso a expedição de ofício para indicação de defensor a ele, nos termos do convênio Defensoria Pública / OAB (fls. 166), indicada a profissional de fls. 167, que foi regularmente intimada (fls. 168/171), assinou o compromisso como defensora dativa (fls. 172) e apresentou defesa (fls. 173/183).

Foi ratificado o recebimento da denúncia (fls. 184).

Depois, advogando em causa própria, o apelante arguiu exceção de suspeição "superveniente" contra a MMª Juíza de Direito da 1ª Vara Criminal da Comarca de Olímpia (cf. fls. 203/214).

Na audiência de fls. 215, o acusado e sua defensora não compareceram. A MMª Juíza excepta não considerou admissível a exceção, mas, para evitar tumulto processual, fez constar que a audiência seria realizada por outra Juíza, designada para auxiliar na 1ª Vara da Comarca de Olímpia.

O acusado foi pessoalmente intimado para interrogatório (fls. 227). Foi indicado a ele outro advogado (fls. 229), que também foi intimado pessoalmente (fls. 229-v °).

A defensora primeiro nomeada ao réu requereu o adiamento da audiência de interrogatório, porque depois haveria ainda o depoimento da vítima (fls. 232/233/234). O pedido foi deferido (fls. 235).

Depois, sobreveio a petição do novo defensor nomeado, explicando que o acusado constituiu a defensora nomeada inicialmente, que não teria sido intimada da designação (cf. fls. 240/244).

O requerimento foi indeferido perante o E. Juízo deprecado, "isto porque o acusado e o defensor nomeado para este ato foram pessoalmente intimados (fls. 42v) e não compareceram em juízo. Além disso, à fls. 41 foi comunicado ao juízo deprecante a redesignação da audiência, sendo, portanto, cumprido todos os atos de intimação e comunicação necessários para a realização da audiência deprecada neste juízo. Assim, diante da ausência do interrogando devidamente intimado, determino a devolução da deprecata ao juízo de origem..." (fls. 245).

Ou seja, não houve a nulidade proclamada.

O acusado, advogado, citado pessoalmente para os termos da ação penal, não constituiu advogado, por isso teve defensora nomeada, e consta da petição de fls. 240/241 que depois a teria constituído. Foram pessoalmente intimados e não compareceram ao ato. Ou seja, esmera-se em 'cavar' nulidade processual onde ela não existe, violando o princípio da lealdade processual. Não constitui defensor, lhe é nomeada defensora, atravessa petição nos autos advogando em causa própria...Depois, pessoalmente intimado, não vem ao interrogatório...

Acesso ao Sumário

(...)

Clara, portanto, a regularidade do processo, não se cogitando de reconhecimento das nulidades aventadas.

E no que tange à alegada ocorrência da prescrição também não merece guarida porque, sabidamente, o acréscimo da pena decorrente da aplicação da causa de aumento prevista no artigo 141, II, do Código Penal, compõe o *quantum* para fins de cálculo prescricional, cujo montante imposto, superior a um ano, prescreve em quatro anos (CP, art. 109, V), lapso ainda não superado.

Portanto, rejeitam-se as preliminares.

No mérito, o recorrente foi condenado porque, nas condições de tempo e lugar descritas na denúncia, na condição de advogado, imputou falsamente a Sandro Nogueira de Barros Leite, Juiz de Direito da 1ª Vara Judicial da Comarca de José Bonifácio, SP, em razão de suas funções, fato definido como crime (estelionato).

Reza a inicial que *o acusado ... na condição de advogado, protocolizou petição de embargos de declaração endereçada à vítima, Juiz da primeira Vara Judicial desta comarca, imputando-lhe, falsamente, a prática do crime de estelionato. O denunciando relatou que a vítima age parcialmente com o intuito de obter vantagem ilícita em favor de outrem, utilizando-se dos seguintes dizeres: "utilizando a parte adversa a alternativa da rescisão contratual, a fim de que o imóvel em discussão retorne ao patrimônio das Requerentes (sic), com velado apoio do Judiciário local, o acolhimento desta alternativa se revela cristalino estelionato judicial, via enriquecimento ilícito (imóvel residencial urbano com valor comercial superior a R$ 300.000,00 (trezentos mil reais = CPC art. 334, I, II, II e IV), ferindo o principio consagrados da melhor e atual doutrina e jurisprudência: RAZOABILIDADE*!" ... (*sic*).

A materialidade e a autoria resultaram incontroversas, pois o acusado jamais negou ser o autor da petição cujo teor foi tomado pelo ofendido como falsa imputação de prática criminosa, em prejuízo de sua honra (pessoal e funcional).

De igual modo, a culpabilidade ficou demonstrada pelo acervo acusatório, não obstante as desculpas ofertadas pelo recorrente - somente na fase administrativa, pois tornou-se revel em juízo - nos seguintes termos, *verbis:*

(...)

Sobre o teor de sua manifestação, o declarante consigna que não teve nenhuma intenção de ofender a honra de quem quer que seja e que apenas utilizou expressão que igualmente foi proferida em antiga palestra pelo Ministro do STF, GILMAR MENDES, ... Salienta que a referida expressão não pode ser analisada isoladamente, pois integrou razões de inconformismo através da interposição de agravo de instrumento contra

Acesso ao Sumário

a decisão do ilustre magistrado com a única intenção de defender os interesses de seu cliente na causa, e também que o declarante, à época, dirigiu-se pessoal e verbalmente ao Magistrado, afirmando que a crítica de natureza técnica dirigiu-se à decisão e jamais à sua pessoa ou honra de quem quer que seja ... (*sic*, fl. 47).

(...)

É que o ofendido, externando interpretação diversa daquela sustentada pelo recorrente, consignou - nas duas fases da *persecutio criminis* - que este, dado ao uso de expressões fortes e contundentes em suas manifestações, ... *extrapolou o razoável* ... (*sic*), pois lhe imputou - claramente - a prática do crime de estelionato ao se insurgir contra decisão que proferiu em ação civil, na qual representava os interesses de parte que descumpriu acordo judicialmente homologado, porquanto afirmou que a opção feita pela parte adversa, no sentido de reaver o imóvel objeto da demanda, configuraria ... *estelionato judicial, com apoio velado do Judiciário local* (*sic*), referência com a qual explicitou que agiu (o e. magistrado) ... *parcialmente, com o intuito de obter vantagem ilícita em favor de outrem* ... (*sic*, fl. 9).

Nesse contexto, em que pese o esforço da combativa defesa, correta a *decisum* condenatória, sobretudo diante das circunstâncias do caso concreto, mais que suficientes para se inferir, serenamente, o dolo, a vontade livre e consciente do acusado de perpetrar a conduta prevista no artigo 138, *caput,* combinado com o artigo 141, II, do Código Penal, sem desconsiderar que a condenação está fundada tanto na prova documental, que atestou a materialidade do delito, porquanto instruída com cópia da petição que veiculou a falsa imputação, vulnerando a hora do ofendido, bem assim nos relatos da vítima, claros em demonstrar que a conduta do acusado foi muito além do mero exercício da profissão na defesa dos interesses de seu cliente e que ofendeu - sim - a sua honra, diante da impossibilidade de se acolher as desculpas que ofertou, no sentido de que não pretendeu atacar a pessoa do magistrado, mas somente sua decisão.

Acesso ao Sumário

Ademais, vale lembrar que a *imunidade profissional* prevista no artigo 7º, § 2º, da Lei nº 8.906/94, não contempla a prática do delito de calúnia, como ocorreu na hipótese.

Inarredável, portanto, o edito condenatório, porém, as penas exigem ajuste.

É que, como bem anotou a d. defesa, secundada pelas manifestações dos i. representantes do *parquet*, as básicas foram majoradas de quatro meses de detenção e cinco dias-multa, com esteio na *culpabilidade* do recorrente, por externar ... *conduta mais reprovável do que a do cidadão comum, alheio a urbanidade forense e com menor consciência da ilicitude* ... (*sic*, fl. 271), e,

também, em razão da *péssima conduta social ... conforme demonstram a folha de antecedentes (fls. 02/11 e 12) e as* certidões *(fls. 16, 17,18,19, 20, 22, 23, 25, 26, 27) nos autos em apenso ...* (*sic*, fl. 271), mas o último fundamento não subsiste, diante da ausência, entre os documentos indicados, de qualquer registro de condenação definitiva apta a constituir a circunstância judicial negativa invocada para o agravamento das penas, diante do que reza o princípio da presunção do estado de inocência e o assentado na Súmula 444, do STJ, razão pela qual a majoração fica reduzida a dois meses de detenção e dois dias-multa.

Por fim, mantido o acréscimo de 1/3, decorrente da causa de aumento prevista no artigo 141, II, do Código Penal, diante da comprovada condição de funcionário público da vítima e do inequívoco cometimento do delito em razão de sua função, as sanções perfazem dez meses e vinte dias de detenção e dezesseis dias-multa, no piso.

Forçoso, a esta altura, o reconhecimento da ocorrência da prescrição (retroativa) da pretensão punitiva estatal (CP, 107, IV), nos termos propugnados pelos i. representantes do *parquet*, uma vez que o *quantum* ora estabelecido, inferior a um ano, prescreve em dois anos (CP, art. 109, VI, com a redação anterior à Lei nº 12.234/2010, *ex vi* do princípio *tempus regit actum*), lapso superado entre as datas do recebimento da denúncia (22.11.2011 – fls. 138/139) e da publicação da r. sentença condenatória (26.11.2013 – fl. 273vº).

Por tais razões, REJEITADAS AS PRELIMINARES, DÁ-SE PARCIAL PROVIMENTO ao apelo para reduzir as penas a dez meses e vinte dias de detenção e dezesseis dias-multa, e, *ex officio*, JULGA-SE EXTINTA A PUNIBILIDADE de JOSÉ ANTONIO CARVALHO, pelo reconhecimento da ocorrência da prescrição, com fundamento nos artigos 107, IV, 1ª figura, 109, VI (com a redação anterior à Lei nº 12.234/2010), 110, §1º, 114, II, e 117, I e IV, do Código Penal, combinados com o artigo 61, do Código de Processo Penal. Encaminhe-se cópia do acórdão à Ordem dos Advogados do Brasil para conhecimento e providências cabíveis.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0001521-75.2014.8.26.0426, da Comarca de Patrocínio Paulista, em que é apelante MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, é apelado AUGUSTO DAVID JACOMINI.

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 1.656)

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ALCIDES MALOSSI JUNIOR (Presidente sem voto), MARCO ANTÔNIO COGAN e LOURI BARBIERO.

São Paulo, 23 de junho de 2016.

CARLOS MONNERAT, Relator

Ementa: Apelação Criminal. Réu denunciado pela pratica de homicídio culposo. Negligência na guarda de animal. Morte de criança pelo ataque de cão da raça rotweiller. Sentença absolutória. Pleiteia o "parquet" a condenação nos termos da denúncia. Incabível. Culpa do réu não evidenciada. Existência de elementos a indicar que o animal encontrava-se isolado, com circulação restrita. Ingresso da vítima no local. Melhor se mostra a manutenção do decreto absolutório. Recurso não provido.

VOTO

Ao relatório da r. sentença, que se lhe acolhe, acrescenta-se que AUGUSTO DAVID JACOMINI restou absolvido pelo Magistrado da Vara Única da Comarca de Patrocínio Paulista, das imputações pela prática do crime previsto no artigo 121 § 3º, com as agravantes do artigo 61, inciso II, alíneas "d" (perigo comum), e "h" (crime cometido contra criança), todos do Código Penal, com base no art. 386, III, do Código de Processo Penal.

Irresignado com esse desfecho, apela o Ministério Público objetivando a condenação do acusado, nos termos da denúncia por entender evidenciada sua responsabilidade penal.

Regularmente processado o recurso, pelo provimento é o parecer da douta Procuradoria-Geral de Justiça (fls. 454/491).

RELATADOS, passo a decidir.

AUGUSTO restou denunciado pela prática de homicídio culposo, praticado contra criança e mediante perigo comum, porque no dia 28 de maio de 2014, provocou, em razão de negligência na guarda do cão "Baruque", da raça Rotweiller, a morte da criança *Luiz Guilherme de Souza Oliveira*, com apenas 02 anos de idade à época dos fatos.

Conta dos autos AUGUSTO é proprietário da Fazenda Santa Rosa e lá possui, no alambrado que cerca a casa-sede, o animal supramencionado. No dia dos fatos, a vítima foi levada por sua mãe, Maria Cristiane até a casa-sede para

Acesso ao Sumário

visitar Sonia, funcionária da fazenda.

A mãe da vítima entrou no alambrado, que estava com os portões destrancados, com a criança nos braços e dirigiu-se até a varanda da residência, onde Sonia a esperava.

O cão encontrava-se solto nas proximidades.

Maisa colocou a vítima no chão para brincar enquanto conversava com Sonia, momento em que a criança começou a brincar com um pedaço de corda que estava no chão, batendo as botas que calçava.

Tal fato atraiu a atenção do cachorro que se aproximou do garoto.

Apesar de Maisa ter erguido seu filho para protegê-lo o mesmo foi atacado pelo cão.

Após incessante batalha para soltar a vítima o cão deixou de mordê-la.

A criança foi imediatamente levada ao hospital, mas veio a falecer no dia 30.05.2014, em razão de "hemorragia interna traumática decorrente de laceração pulmonar e renal por mordeduras de cão" (laudo de fls. 24/27 e 116/118).

Pois bem.

A materialidade do crime está demonstrada no laudo de exame necroscópico, que atestou que a *causa mortis* ocorreu pelos ferimentos causados em virtude das mordidas do cão (fls. 24/27 e 116/118).

A autoria também é induvidosa, vez que o cão pertencia ao Réu.

Entretanto, como bem concluído pelo magistrado *a quo*, a culpa do agente não restou evidenciada.

A denúncia atribuiu a negligência na guarda do animal como causa da morte de *Luiz.*

Porém o conjunto probatório produzido foi em outro sentido.

Em interrogatório, o Réu afirmou ter tomado todas as precauções cabíveis para isolar o animal, como a construção do alambrado.

Aduziu que a ordem era expressa no sentido de somente serem autorizados a adentrar a sede Ronaldo, Marcio, Sonia, ele e seu filho, pessoas que tinham um contato mais próximo com o cachorro.

Afirmou que quando estranhos iam adentrar a sede, o cão era removido e preso no local adequado (fls. 250).

Sônia Aparecida, mulher do administrador da fazenda, disse trabalhar para o acusado há 16 anos, e que no dia dos fatos estava limpando a sede, quando Maisa (mãe de Luiz Guilherme) chegou com a vítima no colo, abriu o portão e adentrou o recinto.

Afirmou que a mãe da vítima a colocou no chão, perto delas, conversando por 40 minutos sem o cachorro ter feito nada.

Acesso ao Sumário

De repente a vítima pegou um pedaço de corda que estava no chão, rodou e bateu o pé no chão, momento em que o cachorro a atacou.

Declarou que o animal sempre ficava solto dentro do alambrado, e apesar de não usar focinheira, nunca havia atacado ninguém.

Disse, ainda, que foi a primeira vez que mãe e vítima adentraram a sede.

Confirmou que havia sido orientada a tomar certas precauções no tocante a visitas adentrarem no local, no sentido de trancar o cachorro na casinha.

No dia dos fatos o portão estava fechado. Deixou de trancar o cão devido ao mesmo estar manso (fls. 250).

Maísa, mãe da vítima, disse que a vítima queria entregar uma "xicarazinha" de presente de aniversário para Sonia.

Ela abriu o portão e os convidou para entrar.

Disse ter visto o cachorro, mas que este "ficou na dele".

Declarou achar que o barulho da bota do filho no chão assustou o cão, que veio na sua direção.

Mesmo pegando o filho no colo o cão conseguiu derrubá-los e começou a morder a vítima.

Disse que foi a primeira vez que adentrou no local. Não foi alertada sobre eventual perigo.

Ronaldo Rocha de Oliveira, pai da vítima, disse não estar presente no dia do evento, mas que já havia advertido sua esposa de que ela não poderia entrar no local.

Afirmou que somente ele e Sonia tinham a chave do portão e que advertiu a esposa de que não deveria entrar no local em virtude da periculosidade do cão.

Confirmou que a casa sede não era local de livre circulação de pessoas.

As testemunhas, *Marcio Lazoti, Carlos Henrique e Fabiano Aparecido*, funcionários da fazenda, não presenciaram os fatos, mas confirmaram que o Réu dava ordens para que ninguém entrasse no local em que o animal ficava, exceto pessoas autorizadas.

Pela análise do conjunto probatório não restou evidenciada a culpa do Réu, pois o mesmo tomava as medidas cabíveis de segurança para proteger inocentes dos possíveis ataques do cão.

Existiam ordens para que somente as pessoas autorizadas entrassem em contato com o animal. Ronaldo (responsável por alimentar o cão), Márcio (administrador da fazenda) e Sonia (responsável pela limpeza do local), pessoas estas que possuíam a chave do cadeado do portão de acesso.

Como bem mencionado pelo magistrado "a quo" na r. sentença: "... *não cabe imputar responsabilidade penal ao acusado por eventual descumprimento de ordem da funcionária Sônia em deixar mãe e vítima adentrarem o local.*

Afinal, Sonia sabia da potencial periculosidade do cão, bem como sabia das ordens passadas por seu patrão. Eventual descumprimento desta acarretaria responsabilidade da própria empregada pelo evento que causou a morte da criança, e não do acusado".

Assim, não há elementos nos autos de que o Réu tenha sido omisso ou negligente na guarda do animal, motivo pelo qual melhor e mais prudente manter-se a escorreita sentença absolutória por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Por fim, ressalte-se que o fato do Réu ter sido absolvido com fundamento no inciso III do art. 386 do Código de Processo Penal – *não constituir o fato infração penal* – não impede eventual discussão sobre indenização por perdas e danos na esfera cível, nos temos do art. 67, III do mesmo diploma processual.

Ante ao exposto, nega-se provimento ao apelo Ministerial.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0008329-32.2012.8.26.0664, da Comarca de Votuporanga, em que é apelante/apelado CLÉO JÚNIOR NEVES, 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 da Defesa e, deram parcial provimento ao recurso do Ministério Público para fixar o regime semiaberto para expiação, mantendo-se, no mais, a r. sentença. Expeça-se mandado de prisão. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 35.938)**

O julgamento teve a participação dos Exmo. Desembargadores IVAN SARTORI (Presidente) e CAMILO LÉLLIS.

São Paulo, 28 de junho de 2016.

EUVALDO CHAIB, Relator

Ementa: APELAÇÃO CRIMINAL – ESTELIONATO – AQUISIÇÃO DE VEÍCULO COM CHEQUE SUSTADO – ABSOLVIÇÃO DIANTE DA ATIPICIDADE OU FRAGILIDADE DAS PROVAS – IMPOSSIBILIDADE – AUTORIA E MATERIALIDADE INCONTESTES – DEPOIMENTOS FIRMES DA VÍTIMA E EMISSOR DO CHEQUE SUSTADO – CONDENAÇÃO

Acesso ao Sumário

ESCORREITA – A PENA FOI DOSADA COM CRITÉRIO – MAUS ANTECEDENTES E REINCIDÊNCIA – O REGIME PRISIONAL DEVE SER O INTERMEDIÁRIO – RECURSO DA DEFESA DESPROVIDO E RECURSO DO MINISTÉRIO PROVIDO EM PARTE, PARA FIXAR O REGIME SEMIABERTO, COM EXPEDIÇÃO DE MANDADO DE PRISÃO.

VOTO

CLÉO JÚNIOR NEVES foi condenado pelo r. Juízo da 3ª Vara Judicial da Comarca de VOTUPORANGA, nos autos do Processo nº 284/2012, *sentença da lavra do eminente Juiz de Direito Dr. José Manuel Ferreira Filho*, como incurso no artigo 171, "*caput*", do Código Penal, às penas de 01 (um) ano e 04 (quatro) meses de reclusão, em regime inicial aberto, e ao pagamento de 13 (treze) dias-multa, fixados no mínimo legal (fls. 269/vº).

O réu foi processado porque, agindo em concurso, previamente ajustado e com o mesmo propósito criminoso com o corréu Diego Luís Ferrari (processo suspenso), com dolo predeterminado, obteve vantagem ilícita, mediante fraude, que acarretou prejuízo a José Carlos da Silva.

Apela o ilustre representante do Ministério Público pleiteando a elevação da pena e também que seja aplicado o regime prisional fechado, diante da reincidência (fls. 275/282).

Apela também CLÉO pleiteando a absolvição, diante da atipicidade da conduta ou fragilidade das provas, pois teria havido apenas descumprimento contratual do negócio entabulado na esfera cível (fls. 304/311).

Contrariados os recursos (fls. 313/317 e 319/322), o douto Procurador de Justiça Dr. Walter Tebet Filho, opina pelo provimento do recurso ministerial (fls. 330/339).

É o relatório.

Principia-se pelo reclamo defensivo.

Não há inépcia da denúncia, que bem descreve a prática de um crime de estelionato e não de apropriação indébita, como apontam as razões da defesa.

A vítima José Carlos deixou seu veículo, um VW/Passat, na empresa do réu, "Cléo Veículos", para que este vendesse.

Passado algum tempo, José Carlos soube que CLÉO havia vendido o seu veículo e foi à empresa pretendendo receber o combinado, R$ 10.550,00 (dez mil e quinhentos reais).

Depois de várias tentativas frustradas de receber o valor correspondente

Acesso ao Sumário

à venda de seu veículo, José Carlos recebeu como pagamento R$ 500,00 (quinhentos reais) em dinheiro e dois cheques, um do Banco Santander, em nome de Epaminondas José Marçal, no valor de R$ 3.600,00 (três mil e seiscentos reais) e outro do banco Bradesco, em nome da empresa J. A. Marcenaria ME, no valor de R$ 3.500,00 (três mil e quinhentos reais).

Quando apresentados os dois cheques às instituições bancárias, não foi possível o recebimento desses valores. O primeiro cheque havia sido sustado pelo emitente e o segundo todo o talão de cheques foi cancelado, pois extraviado nos correios.

O acusado CLÉO foi ouvido somente em solo policial e disse que foi o seu funcionário Diego Ferrari (corréu) quem adquiriu o veículo da vítima e também foi ele quem passou os cheques a José Carlos, que posteriormente foram sustados. Disse que há ação cível em andamento para concluírem o negócio (fls. 72).

Em Juízo, optou pela revelia. Não quis comparecer para apresentar sua versão dos fatos.

Sua negativa simplória, não podia mesmo vingar.

Diante das provas reunidas, não há como justificar o engodo.

Diego Ferrari, funcionário do réu, em acareação perante a autoridade policial, confirmou que os cheques foram entregues à vítima por determinação de CLÉO (fls. 115). Em sua defesa, alegou que agiu apenas cumprindo ordens de seu superior.

Por outro lado, a vítima José Carlos, sempre que ouvida, narrou os fatos com segurança. Disse que deixou seu veículo na empresa do réu, para ser vendido. Foi "*enrolado*" por aproximadamente um ano até que conseguiu receber valor inferior ao combinado. Recebeu R$ 500,00 (quinhentos reais) em dinheiro e os dois cheques, descritos na denúncia. Ambos foram sustados e por isso não conseguiu receber o combinado. Disse que o réu tem má fama na cidade e também já fez diversas outras vítimas (fls. 208/211).

Note-se que o laudo pericial de fls. 110/112, embora não tenha sido conclusivo diante da precariedade de material, encontrou semelhanças gráficas entre o material fornecido pelo réu e o subscritor dos cheques examinados.

Epaminondas foi ouvido em contraditório e disse que fez negócios com o réu, comprando e vendendo veículos. Posteriormente, um dos negócios foi desfeito e por isso sustou o cheque apresentado nos autos (mídia de fls. 257). Em solo policial disse que solicitou a CLÉO que lhe devolvesse os cheques, mas não teve sucesso (fls. 95).

José Aparecido, titular do outro cheque, foi ouvido apenas em solo inquisitivo. Confirmou que é correntista do banco Bradesco.

Acesso ao Sumário

Disse que teve um talão de cheques extraviado nos correios. Foi o próprio banco que cancelou esse talão. Registrou boletim de ocorrência (fls. 86/87). Por isso, negou ter preenchido ou assinado o cheque apresentado nestes autos (fls. 85).

Ora, diante desse contexto, não resta a menor dúvida quanto à prática do crime de estelionato pelo réu.

Conforme a lição de GUILHERME DE SOUZA NUCCI, a conduta descrita no crime de estelionato consiste em "*conseguir um benefício ou um lucro ilícito em razão do engano provocado na vítima*" (Código Penal, São Paulo: RT, 2012, p. 843).

CLÉO era devedor da vítima e repassou a ela cheques que sabia não seriam descontados, obtendo assim vantagem ilícita.

Com o transtorno provocado pelo réu a vítima acabou aceitando valor muito inferior ao inicialmente ajustado e, ao que consta, o negócio jurídico entabulado, quando da sentença, ainda não havia terminado.

Não há, portanto, que se falar atipicidade da conduta ou fragilidade das provas.

O fato de haver ação civil objetivando a reparação dos danos sofridos ou a discussão quanto ao justo valor do negócio entabulado em nada altera a prática do crime aqui em apreço.

Como se viu não se discute o negócio jurídico praticado na esfera cível, nem a retenção do valor recebido pelo réu com a venda do veículo da vítima, mas sim o pagamento feito por este à José Carlos, com cheques que sabia não seriam compensados. Daí a fraude.

Condenação, portanto, bem lançada.

Passa-se à análise da dosimetria penal aplicada.

Aqui também a r. sentença não merece qualquer reparo.

A pena base foi fixada com significativo aumento, 1/3 (um terço) diante dos maus antecedentes do réu e também diante da reincidência.

É verdade que não foi aplicada a melhor técnica.

Em uma só operação, a pena foi aumentada de 1/3 (um terço).

No entanto, caso fosse a pena-base aumentada de uma sexta parte, diante das circunstâncias judiciais desfavoráveis apontadas no reclamo da Justiça Pública, e depois novo aumento, de mais uma sexta parte, na segunda fase do cálculo, diante da reincidência, o resultado seria aproximadamente o mesmo. O aumento seria, ao final, de 1/3 (um terço).

Portanto, permanece inalterado o *quantum* de pena, necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime.

Agora, quanto ao regime prisional imposto, com razão o combativo

Acesso ao Sumário

representante da Justiça Pública.

O réu ostenta diversas ações penais em seu desfavor (fls. 17/20, do apenso). Soma maus antecedentes com reincidência (certidões de fls. 26 e 44 do apenso próprio) o que justifica a fixação do regime intermediário para expiação da reprimenda.

Subsiste no mais integralmente a r. sentença.

Por fim, à luz da nova orientação do Pretório Excelso (HC 126292), a execução da pena será imediata, com a necessária segregação do réu, sem que esse procedimento ofenda ao princípio constitucional da presunção da inocência.

Essa decisão da Corte Maior, por sinal, ratificou v. acórdão emanado desta Câmara, sufragando a orientação de que a manutenção da sentença penal condenatória, pela Segunda Instância, encerra a análise de fatos e de provas, assentando, assim, a culpa do condenado, o que autoriza o início da execução da pena.

Diante do exposto, pelo meu voto, nega-se provimento ao recurso da Defesa e, dá-se parcial provimento ao recurso do Ministério Público para fixar o regime semiaberto para expiação, mantendo-se, no mais, a r. sentença. Expeça-se mandado de prisão.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0066737-20.2009.8.26.0050, da Comarca de São Paulo, em que é apelante LUIZ FLÁVIO PRADO DE LIMA, 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: "Ante o exposto, afasto a preliminar arguida e, dá-se provimento ao recurso, a fim de absolver Luiz Flávio Prado de Lima, da imputação do art. 218-B, § 2º, I, c.c. o artigo 14, inciso II, ambos do Código Penal, com fulcro no art. 386, VII, do Código de Processo Penal. V.U.

OBS: Esteve presente o Dr. André Boiani e Azevedo", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 22.058)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores VICO MAÑAS (Presidente) e ÁLVARO CASTELLO.

São Paulo, 22 de junho de 2016.

PAULO ROSSI, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: APELAÇÃO CRIMINAL PENAL E PROCESSO PENAL. FAVORECIMENTO DA PROSTITUIÇÃO DE VULNERÁVEL TENTADO. PRELIMINAR DE INÉPCIA DA DENÚNCIA AFASTADA. Requisitos do artigo 41 do Código de Processo Penal, devidamente atendidos.

ABSOLVIÇÃO – POSSIBILIDADE – O acervo probatório evidencia que o acusado não submeteu, induziu, atraiu, facilitou, impediu ou dificultou o abandono da prática de prostituição pelos menores. Incabível a condenação pelo crime do artigo 218-B, *caput*, do CP.

Recurso provido.

VOTO

VISTOS.

1. Trata-se de apelação interposta por Luiz Flávio Prado de Lima, contra a r. sentença datada 15 de dezembro de 2014, prolatada pela MMª. Juíza de Direito da 14ª Vara Criminal da Comarca de São Paulo que o condenou como incurso no artigo 218-B, § 2º, inciso I, c.c. o artigo 14, II, ambos do Código Penal, à pena de 02 (dois) anos e 08 (oito) meses de reclusão, no regime aberto e ao pagamento de 06 dias-multa, substituída a pena privativa de liberdade por duas penas restritivas de direito, uma de prestação de serviços à comunidade pelo mesmo tempo da pena fixada e outra de prestação pecuniária, consistente no pagamento de 10 salários mínimos a instituição a ser indicada em sede de execução (fls.626/650).

Nas razões recursais em preliminar alega inépcia da denúncia, por ausência de individualização da conduta e, no mérito, a absolvição, com fulcro no artigo 386, inciso V, do Código de Processo Penal, ocorrência de crime impossível em razão de flagrante preparado, quanto aos supostos fatos de 20/08/2009, ou a absolvição com fundamento no artigo 396, inciso VII, do Código de Processo Penal, ocorrência de erro de tipo (desconhecimento da idade das supostas vítimas), a desclassificação para o artigo 228 do Código Penal, redução da pena, afastamento da pena de multa por ausência de previsão legal (fls.666/691).

O recurso foi contra-arrazoado pelo Ministério Público, que postulou pelo improvimento do recurso (fls.693/706).

E a D. Procuradoria de Justiça, em r. Parecer, pronunciou-se no sentido do desprovimento do recurso (fls.708/719).

Em síntese, é o relatório.

2- <u>DA PRELIMINAR</u>

Acesso ao Sumário

Da inépcia da denúncia.

Preliminarmente, há que se analisar a alegada inépcia da denúncia suscitada pela defesa.

A peça acusatória juntada aos autos atende perfeitamente os requisitos do artigo 41 do Código de Processo Penal, uma vez que contém a exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias, a qualificação do acusado, a classificação do crime e o rol de testemunhas, não havendo em que se falar em inépcia da denúncia.

Neste sentido:

"APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME DE LESÃO CORPORAL (ART. 129, § 9.º, CP). VIOLÊNCIA DOMÉSTICA. RECURSO DA DEFESA. PRELIMINAR DE INÉPCIA DA DENÚNCIA AO ARGUMENTO DE QUE A DATA DOS FATOS NÃO CORRESPONDE A DATA INDICADA NA EXORDIAL ACUSATÓRIA. INOCORRÊNCIA. ERRO MATERIAL. REQUISITOS DO ART. 41, DO CPP DEVIDAMENTE PREENCHIDOS. PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO POR INSUFICIÊNCIA PROBATÓRIA. ACOLHIMENTO. AUSÊNCIA DE PROVAS SUFICIENTES PARA CONDENAÇÃO. PRETENSÃO DE CONCESSÃO DE ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA. RECURSO NÃO CONHECIDO NESTE TÓPICO. COMPETÊNCIA DO JUÍZO DE EXECUÇÃO. RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO E, NA PARTE CONHECIDA, PROVIDO PARA ABSOLVER O ACUSADO, RESTANDO PREJUDICADO A ANÁLISE DOS DEMAIS PEDIDOS". (TJPR – Apelação Crime nº 1.295.4204 – 1ª Câmara Criminal – Relator Miguel Kfouri Neto – Unânime Publicação: 31.03.2015).

Feitas tais considerações, há que afastar a preliminar de inépcia da denúncia.

Consta da denúncia que, no dia 20 de agosto de 2009, por volta das 20 horas, na Avenida Higienópolis, nesta cidade e comarca, Luiz Flavio Prado de Lima, atraiu à prostituição as vítimas A.E.S.S., de 16 de anos de idade, D.C.G., de 15 de anos de idade e V.K.S.S., de 14 anos de idade, dificultando o abandono desta prática com o oferecimento de dinheiro e presentes, e tentou praticar com elas conjunção carnal na situação acima descrita.

Consta ainda, que em datas anteriores ao dia 20 de agosto de 2009, na Avenida Higienópolis, numero 240, apartamento 22-B, Higienópolis, atraiu à prostituição as vítimas D.C.G., de 15 anos de idade, V.K.S.S., de 14 anos de idade, C.S.O.S., de 15 anos de idade, A.K.F.S., de 15 anos de idade, I.S.S., menor de 18 anos e maior de 14 anos à época dos fatos, e P.C.L.F., de 17 anos de idade, dificultando o abandono desta prática com o oferecimento de dinheiro e presentes, praticando com elas conjunção carnal na situação acima descrita.

Consta, também que, em datas anteriores ao dia 20 de agosto de 2009, no Motel Gramado, próximo ao Metro Santa Cecília, nesta comarca e cidade,

Acesso ao Sumário

o réu atraiu à prostituição as vítimas D.C.G., de 15 anos de idade, M.S.M., de 14 anos de idade, I.S., menor de 18 anos e maior de 14 anos à época dos fatos e C.S.O.S., de 15 anos de idade, dificultando o abandono desta prática com o oferecimento de dinheiro e presentes, praticando com elas conjunção carnal na situação acima descrita.

A denúncia foi oferecida aos 08 de setembro de 2009 (fls.01-D/04) e recebida aos 16 de setembro de 2009 (fls.115). O acusado foi citado e apresentou resposta escrita à acusação (fls.188/193).

A materialidade do crime está demonstrada pelo auto de exibição e apreensão (fls.43/44).

A autoria também é certa.

Na delegacia, o réu negou ter se relacionado sexualmente com quaisquer das vítimas aqui mencionadas, sendo que, no dia do ocorrido, encontrou D., que estava com duas amigas no metrô Santa Cecília, quando passou em casa apenas para tomar banho já que iria levá-las ao shopping para comprar a sandália que D. vinha lhe pedindo (fls.17/20).

Em juízo, negou os fatos, explicando que D. lhe telefonou várias vezes durante aquele dia em razão de uma sandália que ele havia lhe prometido. Conheceu D. através de I., acreditando que ela tivesse cerca de 19 anos de idade. Pegou D. no metrô, sendo que ela estava com outras duas amigas que ele não conhecia. Foi ao seu apartamento e enquanto tomava banho, sugeriu que as meninas ficassem na sala. Durante seu banho, D. ainda bateu duas vezes na porta do banheiro e depois que saiu do banho, chegou a ver uma das meninas sentada na sua cama, mas pensou que ela estava ali vendo o aquário que tem no seu cômodo. Diversamente do que disse na delegacia, confirmou que se relacionou sexualmente com D. e com outras meninas cujos nomes foram mencionados no processo. No entanto, nenhuma delas aparentava serem menores de idade, explicando que "se portam como maiores, trabalham, tem seus compromissos (isto é, trabalham em uma lanchonete), daí não ter desconfiado que eram menores de idade". Continuou seu interrogatório, alegando que "as duas irmãs" tem interesse financeiro ao acusá-lo injustamente. Isto porque elas (A. e V.) se relacionaram com a pessoa de Profeta e para explicar o "erro" para sua genitora e com a desculpa de que "foram levadas por um terceiro" é que acredita estar sendo acusado. I. foi quem lhe apresentou D. Quando indagado sobre a afirmação de I., de que já transou com ele e que ela apresentava garotas para ele em troca de receber determinada quantia, respondeu que já transou com I., porém ela nunca lhe apresentou amigas com fins sexuais. Tinha 48 anos de idade quando dos fatos e indagado se tem atração por pessoas menores de idade, desconversou e respondeu que o que ocasionou a acusação é o fato de que todas as meninas se conhecem. Explicou que chegou a dar dinheiro para I. e "para

Acesso ao Sumário

essas meninas também", mas com a finalidade de ajudá-las e não em troca de sexo. Conhecia C., que lhe aparentava ser maior de idade. Em dada ocasião, Caroline compareceu em seu apartamento com P., isso uma semana antes do seu aniversário, em julho, sendo que fez sexo com as duas nesta oportunidade, uma de cada vez. O acusado afirmou que transou uma vez com D., duas vezes com I., uma vez com C. e com P. Por fim, disse que no dia da abordagem não tinha a intenção de se relacionar com as irmãs A. e V., insistindo que as meninas tenham intenções financeiras por detrás da falsa acusação (fls.515 – sistema audiovisual).

A vítima V.K.S.S., de 15 anos de idade e irmã de A., contou que conheceu D. uma semana antes dos fatos e ela a convidou para ir até o encontro do seu "tio". Chegando no local, D. lhe contou que fazia sexo com ele em troca de R$50,00. Neste dia, foi apenas com D. no apartamento do réu, que a chamou para o quarto. Mantiveram relação sexual sem preservativo e recebeu R$50,00, sendo que D. também recebeu o mesmo valor embora não tivesse feito sexo com o acusado. Aquela não foi a sua primeira relação sexual, sendo que D. já a tinha levado para um homem conhecido por "profeta", que também lhe pagou R$50,00 pela relação sexual. Segundo soube, D. sempre ia ao apartamento do acusado e mantinha com ele relações sexuais mediante paga. No dia do ocorrido, esperou com D. e sua irmã A. na estação e o réu as pegou de carro, levando-as ao seu apartamento. Neste dia, permaneceu na sala enquanto que o acusado chamou sua irmã A. para o quarto, sendo que momentos após os policiais ali chegaram. Explicou que o réu não perguntava se a depoente "queria dinheiro", mas apenas lhe dava o dinheiro, sendo que D. resumiu como ocorria, isto é, que o réu entregava o dinheiro depois do sexo (fls.286/295).

I.S.S., de 19 anos de idade, contou que apresentava "amigas" para "saírem" com o réu em troca de pagamento. Apresentou D. e C. para o acusado, sendo que as outras meninas foram apresentadas por D. Apresentou o réu para suas amigas como sendo "um amigo legal que, se saísse com ele, ele dava dinheiro". Recebeu R$50,00 por ter apresentado duas amigas ao acusado. C., de 15 anos de idade, foi apresentada ao acusado através de D., narrando que o réu a pegou no metro Santa Cecília, a levou para seu apartamento onde manteve relação sexual com ele que, por fim, lhe pagou R$50,00. Neste dia a que se referiu, estava acompanhada de D. e P., sendo que as três mantiveram relações sexuais com o acusado, em troca de paga. Conhecia D. já "havia um tempo", sendo que ela, de pronto, lhe informou que "saía" com o acusado em troca de dinheiro (fls.296/302).

A.C.F.S., com 15 anos à época dos fatos, confirmou que mantinha relações sexuais com o acusado, em troca de cinquenta reais. Afirmou que só teve relações uma vez e que foi D. quem o apresentou. Teve relações sexuais no apartamento do acusado e no dia estavam a D. e a P. A D. lhe disse que receberia o valor

Acesso ao Sumário

se fizesse sexo com ele. Encontraram com ele na Santa Cecília e foram para o apartamento. Não presenciou D. e P. fazendo sexo com o acusado, mas estas lhe disseram que tinham feito. Não conhece "Profeta" ou Alencar (fls.303/309).

P.C.L.F., de 17 anos à época dos fatos, conheceu o réu através de D., que dizia ser sobrinha dele. "Ninguém foi forçado a nada, todo mundo já foi com a cabeça sabendo o que ia acontecer" porque "D. resumiu tudo". Confirmou que neste dia, junto com D. e C., foram ao apartamento do réu e ali todas as três se relacionaram sexualmente com o acusado, que lhe pagou R$40,00. Alegou que transou com o acusado "porque D. ficou forçando" dizendo que era "mancada se for" e "ninguém ia ganhar dinheiro". Por fim, justificou que se relacionou sexualmente com o réu porque precisava de dinheiro (fls.303/309).

A.E.S.S., à época com 16 anos, confirmou que se dirigiu até o apartamento do acusado, conhecido por "Véio" e foi alertada por D. e sua irmã V. que se não fizesse o que o réu queria, ele a "mataria". No dia do flagrante estava muito nervosa e, atendendo ao pedido do acusado, estava de calcinha e sutiã na cama quando o réu saiu do banho, sendo que instantes depois a policia ali chegou. Pelo que sabia, D. e M. apresentavam as meninas para praticarem sexo mediante paga inclusive para outros senhores (fls.429/430).

O investigador de polícia Antônio Pereira do Carmo Neto tomou conhecimento dos fatos após a mãe de uma delas ter comparecido na delegacia e relatado que sua filha, menor de idade, estava se relacionando sexualmente com um advogado em troca de dinheiro, isto é, R$50,00. Segundo a genitora, ele havia marcado um encontro e pegaria as meninas, inclusive sua outra filha, no Largo Santa Cecília. No dia marcado, ele e outros policiais fizeram campana, até que avistou as três adolescentes adentrando em um veiculo Eco Sport preto, cuja placa batia com o nome fornecido na denúncia. Seguiu o carro até o apartamento e viu o momento em que ele adentrou na garagem do prédio. Identificou-se para o porteiro como policial, sendo-lhe fornecido o número do apartamento. Convidou o porteiro para acompanhá-lo na diligência e subiu ate o andar indicado. Bateu rapidamente na porta e uma das duas meninas que estavam na sala abriu a porta. Foi em direção do quarto e ali avistou a terceira menina com roupas íntimas e o réu, trajando apenas uma camiseta, sem trajes íntimos. As adolescentes confirmaram que estavam no apartamento "para sexo mesmo" (fls.251/261).

Acesso ao Sumário

O policial civil Marcos Roberto acompanhou a abordagem do acusado e confirmou o relato acima. Acrescentou que as meninas confirmaram o motivo de estarem no apartamento do acusado, sendo que I. era quem as aliciava. A genitora de duas das menores acompanhou a campana em uma viatura descaracterizada, mas não chegou a adentrar no imóvel, permanecendo todo o tempo dentro do carro (fls.262/272).

L.A.S.S., mãe de V., à época com 15 anos de idade, e de A., soube através desta que a pessoa de D. estava levando V. para um homem, a quem se referia como sendo seu "tio" e falava que ele era "pedófilo, que abusa das meninas". A., então, aceitou ir ao encontro do tal homem "para descobrir se a verdade", mas D. e V. não sabiam que ela tinha lhe contado e que a polícia estava ciente do que ocorreria. Segundo suas filhas, no dia da abordagem, o réu pediu que A. tirasse a roupa, o que foi por ela atendido. O réu lhe deu um beijo no ombro e disse que "ela é muito linda". Em data anterior, V. manteve relação sexual com o réu apenas uma vez. Segundo soube através de suas filhas, D. era quem levava as meninas para manter relações sexuais com o acusado, que lhe recompensava financeiramente. Durante a campana, sua filha A. manteve contato com a Delegada de Policia, mas isso enquanto o réu não chegou na estação do Metro para pegá-las, já que ele atrasou bastante (fls.273/285).

D.C.G., com 15 anos quando dos, em seu depoimento na fase policial, confirmou que conheceu o réu através de C. e relatou que em uma ocasião foi com C. ao encontro do acusado, que as levou ao Motel. Neste dia, não chegou a se relacionar sexualmente com ele, o que aconteceu em uma segunda oportunidade, também no motel, quando ela recebeu R$50,00. Depois deste episódio, saiu outras três vezes com o réu, que lhe pagava R$50,00 "por cada programa". Afirmou o papel de I. no aliciamento das garotas e que o sexo era feito sem uso de preservativos. No dia do flagrante, estava com V. e A. quando o réu as pegou no metro Santa Cecilia e foram até seu apartamento. Ali, o réu tomou banho e pediu que A. o aguardasse na cama, enquanto que ela e V. permaneceram na sala (fls.).

C.S.O.S., também na fase inquisitiva, confirmou ter mantido relações sexuais com o réu, que lhe foi apresentado por I., que se referia a ele como "seu pai de criação". Chegou a transar com ele no motel e no seu apartamento, sempre sem preservativos (fls.).

A testemunha de defesa Tulio Khan conheceu o acusado na faculdade e soube do ocorrido pela mídia, tendo o visitado enquanto ele esteve preso, "prestando sua solidariedade, mas sem entrar em detalhes acerca dos fatos" (fls.442/445).

Adriana de Fatima Zampiero Pavanello, sobrinha do acusado, contou que chegou a morar com ele durante um período, esclarecendo que fazia faculdade no período noturno. No dia dos fatos, recebeu ligação do acusado, avisando-a que ele estava na delegacia, mas não explicou o motivo. Seu tio lhe presenteou com uma camisola e uma calcinha e, na delegacia, os policiais estavam achando que pertencia a alguma das meninas (fls.446/455).

Lucinete Faria, que trabalha com o acusado foi no dia seguinte ao flagrante na casa do réu, que estava bastante revirada e remexida. Soube pelo porteiro do

Acesso ao Sumário

prédio, que os policiais ali chegaram empunhando arma de fogo e exigiram que ele autorizasse a entrada. Pelo que soube, os policiais e a delegada estavam monitorando as meninas no apartamento do acusado, para que o detivessem em flagrante apenas quando ele saísse do banho (fls.456/459).

As testemunhas Walter Daipre Júnior (fls.460/464), Juliana Teixeira Kiill (fls.465/471), Alexandre Teixeira de Freitas Bastos Cunha (fls.479/480), Miguel José Mariano (fls.486), nada esclareceram sobre os fatos.

A testemunha de defesa Sara Abraão de Souza, com quem o réu teve um breve envolvimento, sugere que "as vítimas tenham armado para cima do réu, por ele ter uma situação financeira melhor que a delas". Sara soube pelo réu, que ele daria uma sandália para I. "que ela tanto queria" e uma para a amiga dela, já que era seu aniversário.

O porteiro do edifício, Renato Santos, que estava na portaria quando do flagrante, disse que os policiais chegaram ali com viatura descaracterizada e traziam consigo apenas o distintivo da polícia no pescoço. Um dos policiais estava filmando e pelo que percebeu a delegada, com quem subiu no elevador, falava ao celular com alguma das meninas que estava dentro do apartamento do acusado. Confirmou, no entanto, que o réu foi detido quando estava na cama e trajava apenas uma camiseta (fls.512).

Este é o material probatório colacionado aos autos.

No entanto, antes de entrar no mérito, é necessário lembrar que a Lei n. 12.015/09, vigente desde o dia 7 de agosto de 2009, alterou dispositivos do Código Penal referentes aos crimes sexuais.

Com a lei em comento, o comportamento descrito no art. 244-A da Lei n. 8.069/84, capitulado na inicial, acabou recriminado pelo novo art. 218-B, *caput* e seus parágrafos, do Código Penal, operando a revogação tácita daquele tipo penal.

Como se vê, o novo panorama legislativo não deixou de tipificar a exploração sexual de adolescentes (*abolitio criminis*), porquanto o conteúdo normativo foi apenas deslocado (princípio da continuidade normativo-típica).

Colhe-se da Lei Penal:

Art. 218-B. Submeter, induzir ou atrair à prostituição ou outra forma de exploração sexual alguém menor de 18 (dezoito) anos ou que, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato, facilitá-la, impedir ou dificultar que a abandone:

Pena - reclusão, de 4 (quatro) a 10 (dez) anos.

§ 1º Se o crime é praticado com o fim de obter vantagem econômica, aplica-se também multa.

§ 2º Incorre nas mesmas penas:

I - quem pratica conjunção carnal ou outro ato libidinoso com alguém menor de 18 (dezoito) e maior de 14 (catorze) anos na situação descrita no caput deste artigo.

O caso concreto, entretanto, não cuida de exploração sexual no sentido outrora previsto no Estatuto da Criança e do Adolescente e agora trazido pela Lei n. 12.015/09.

Luiz Flávio Gomes leciona:

A lei 12.015/2009, reunindo no art. 218-B os arts. 244-A do ECA, e 288, § 1º, do Código Penal, criou o delito de favorecimento da prostituição ou outra forma de exploração sexual de vulnerável.

A exploração sexual, de acordo com o primoroso estudo de Eva Faleiros, pode ser definida como uma dominação e abuso do corpo de crianças, adolescentes e adultos (oferta), por exploradores sexuais (mercadores), organizados, muitas vezes, em rede de comercialização local e global (mercado), ou por pais ou responsáveis, e por consumidores de serviços sexuais pagos (demanda), admitindo quatro modalidades:

a) prostituição - atividade na qual atos sexuais são negociados em troca de pagamento, não apenas monetário;

b) turismo sexual - é o comércio sexual, bem articulado, em cidades turísticas, evolvendo turistas nacionais e estrangeiros e principalmente mulheres jovens, de setores excluídos de Países de Terceiro Mundo;

c) pornografia - produção, exibição, distribuição, venda, compra, posse e utilização de material pornográfico, presente também na literatura, cinema, propaganda etc.; e

d) tráfico para fins sexuais - movimento clandestino e ilícito de pessoas através de fronteiras nacionais, com o objetivo de forçar mulheres e adolescentes a entrar em situações sexualmente opressoras e exploradoras, para lucro dos aliciadores, traficantes. (Comentários à Reforma Criminal de 2009. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 58/59).

Acerca das hipóteses equiparadas à exploração sexual ou prostituição, Guilherme de Souza Nucci ensina:

Passa a prever punição para o cliente da pessoa (menor de 18, enfermo ou deficiente mental) submetida, atraída, induzida à prostituição ou outra forma de exploração sexual ou prostituição facilitada, obstada ou dificultada para o abandono. É o previsto no art. 218-B, § 2º, I, com a mesma pena de reclusão, de quatro a dez anos. Entretanto, há de se observar não somente o caráter da vulnerabilidade, que é relativa, admitindo prova em contrário no tocante ao discernimento da vítima, como também é fundamental encontrar o menor de 18 ou o enfermo ou deficiente em situação de exploração sexual por terceiro. A prostituição, em si, não é ato criminoso. Inexiste tipificação. Logo, quer-se punir,

Acesso ao Sumário

de acordo com o art. 218-B, aquele que insere o menor de 18 anos no cenário da prostituição ou outra forma de exploração sexual, facilita sua permanência ou impede ou dificulta a sua saída da atividade. Por isso, passa-se a punir o cliente do cafetão, agenciador dos menores de 18 anos, que tenha conhecimento da exploração sexual. Ele atua, na essência, como partícipe. Não há viabilidade de configuração do tipo penal do art. 218-B, § 2º, I, quando o menor de 18 anos e maior de 14 procurar a prostituição por sua conta e mantiver relação sexual com outrem. Afinal, ele não se encontra na "situação descrita no caput deste artigo" (expressa menção feita no § 2º, I, parte final). Quisesse o legislador punir a prostituição juvenil por inteiro, deveria ter construído o tipo penal de forma mais clara, sem qualquer remissão ao caput. (Manual de direito penal: parte geral: parte especial. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 857/858)

E acrescenta:

[...] Do mesmo modo, é preciso considerar que a remissão feita ao caput exige a prova de que o menor de 18 anos, por exemplo, esteja submetido por terceiro à prostituição ou à exploração sexual. O menor de 18 anos, que age por conta própria, não permite a adequação típica às várias situações descritas no caput. [...] Explorar significa tirar proveito de algo ou enganar alguém para obter lucro. Unindo esse verbo com a atividade sexual, visualiza-se o quadro de tirar proveito da sexualidade alheia ou enganar alguém para atingir práticas sexuais. Explora-se sexualmente outrem, a partir do momento em que este é ludibriado para qualquer relação sexual ou quando o ofendido propicia lucro a terceiro, em virtude de sua atividade sexual. A expressão exploração sexual difere de violência sexual. Logo, o estuprador não é um explorador sexual. Por outro lado, exploração sexual não tem o mesmo sentido de satisfação sexual. Portanto, a relação sexual, em busca do prazer, entre pessoa maior de 18 anos com pessoa menor de 18 anos não configura exploração sexual. (Op. cit. p. 857/858 - grifou-se).

Nestes termos, imprescindível observar e considerar não só a condição de vulnerabilidade das vítimas, como também é necessária a comprovação de que a pessoa ofendida esteja em situação de exploração sexual por outrem, geralmente por meio do pagamento de retribuição de qualquer natureza na forma de dinheiro, bens, roupa ou comida, independentemente de a vítima já haver praticado algum ato sexual ou, de outro lado, já estar inserida em contexto de promiscuidade ou não, dada a amplitude das condutas abarcadas pelo tipo.

Acesso ao Sumário

No caso, embora a atitude do acusado não seja moralmente aceitável, sua conduta não se amolda ao referido tipo penal, haja vista que não houve submissão dos ofendidos à exploração sexual ou à prostituição, tampouco houve aferição de vantagem por parte do acusado.

Eis a jurisprudência:

APELAÇÃO CRIMINAL. EXPLORAÇÃO SEXUAL. ART. 218-B, § 2º, I, CP. RECONHECIMENTO, PELO RÉU, DA PRÁTICA DE RELAÇÕES SEXUAIS COM A VÍTIMA, QUE CONTAVA COM 15 ANOS. ATOS LIBIDINOSOS OCORRIDOS COM A PROMESSA DE PRESENTES AO OFENDIDO, QUE CONSENTIA COM A SITUAÇÃO. CONDUTA QUE NÃO SE SUBSUME AO TIPO PENAL EM ANÁLISE. DELITO INVESTIGADO QUE PRESSUPÕE A EXPLORAÇÃO SEXUAL POR PARTE DE TERCEIRO, COM O INTUITO DE OBTER LUCRO. VÍTIMA NÃO ENQUADRADA NA CONDIÇÃO DE EXPLORADA, NO SENTIDO DADO PELO DISPOSITIVO LEGAL. PLEITO ABSOLUTÓRIO ACOLHIDO. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. (Apelação Criminal n. 2012.047657-4, de Sombrio, rel. Des. Sérgio Izidoro Heil, j. em 4/9/2012)

No mesmo sentido:

APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL. FAVORECIMENTO DA PROSTITUIÇÃO OU OUTRA FORMA DE EXPLORAÇÃO SEXUAL DE VULNERÁVEL (ARTIGO 218-B DO CÓDIGO PENAL). INÉPCIA DA DENÚNCIA ALEGADA. PRESENÇA DOS REQUISITOS DO ARTIGO 41 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. PREFACIAL AFASTADA. CERCEAMENTO DE DEFESA INVOCADO. SENTENÇA QUE APENAS ATRIBUIU DEFINIÇÃO JURÍDICA DIVERSA DA CONDUTA. EMENDATIO LIBELLI. ARTIGO 383 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. DEFESA DOS FATOS DESCRITOS NA EXORDIAL. PRELIMINAR REJEITADA. RECONHECIMENTO DA ATIPICIDADE DA CONDUTA. ACUSADO QUE PRETENDIA SATISFAZER A PRÓPRIA LASCÍVIA COM ADOLESCENTE DE 16 (DEZESSEIS) ANOS DE IDADE. PROMESSA DE PRESENTES AO OFENDIDO. INOCORRÊNCIA DE FINS LUCRATIVOS COM A PROSTITUIÇÃO OU EXPLORAÇÃO SEXUAL POR PARTE DE TERCEIRO. CONDUTA QUE NÃO SE SUBSUME AO TIPO PENAL EM ANÁLISE. VÍTIMA QUE NÃO ENQUADRADA NA CONDIÇÃO DE EXPLORADA. ABSOLVIÇÃO QUE SE IMPÕE. EXEGESE DO ARTIGO 386, INCISO III, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. MAIS TESES RECURSAIS PREJUDICADAS. CONDENAÇÃO REFORMADA. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. (Apelação Criminal n. 2013.071775-8, de Mafra, rel. Des. Substituto José Everaldo Silva, j. em 20/5/2014).

Ademais, nenhuma das condutas do tipo penal – Submeter, induzir ou atrair à prostituição ou outra forma de exploração sexual – estão demonstradas nos autos, inexistindo provas de que as adolescentes foram submetidas a algum poder de fato ao ponto de constrangê-las ou obrigá-las a subordinar-se à vontade do réu, de explorá-las sexualmente.

Acesso ao Sumário

E também, não há nos autos evidências de que tenham as vítimas sido constrangidas a prostituir-se.

Além disso, a prova não é extreme de dúvidas de como ocorria a facilitação, a atração ou a indução das adolescentes à prostituição e, na dúvida, prevalece o estado de inocência, com a aplicação do princípio do *in dubio pro reo.*

3 – Ante o exposto, afasto a preliminar arguida e, dá-se provimento ao recurso, a fim de absolver Luiz Flávio Prado de Lima, da imputação do art. 218-B, § 2º, I, c.c. o artigo 14, inciso II, ambos do Código Penal, com fulcro no art. 386, VII, do Código de Processo Penal.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0003607-89.2011.8.26.0372, da Comarca de Monte Mor, em que é apelante JOSÉ CRISTOVÃO DE LIMA, 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 parcial ao recurso, nos termos que constarão do acórdão. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 2.482)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores SOUZA NERY (Presidente) e EUVALDO CHAIB.

São Paulo, 24 de junho de 2016.

OTAVIO ROCHA, Relator

Ementa: Coação no curso do processo – Recurso defensivo – Absolvição – Desclassificação para artigo 147 do CP – Elemento subjetivo não demonstrado – Recurso parcialmente provido.

Acesso ao Sumário

VOTO

Inconformado com o teor da r. sentença de fls. 69/70, por meio da qual foi o sentenciado supramencionado condenado ao cumprimento de 1 ano e 6 seis meses de reclusão, em regime aberto, e pagamento de 50 dias-multa, pela prática do delito do artigo 344 do Código Penal, contra ela se insurgiu o seu i. Defensor à fl. 80, arrazoando o apelo o i. Defensor às fls. 81/83.

O i. Defensor postula a absolvição, argumentando, em síntese, que não existem provas suficientes para sustentar a condenação. Subsidiariamente,

requer a desclassificação para o crime de ameaça, previsto no art. 147 do CP.

Bem processado o recurso, com a apresentação de contrarrazões (fls. 94/97), opinou a Procuradoria-Geral de Justiça pelo seu desprovimento.

É o relatório.

O apelo merece parcial acolhimento.

Nas circunstâncias de tempo e lugar descritas na denúncia, JOSÉ CRISTÓVAO, teria perpetrado grave ameaça, com o fim de favorecer interesse próprio, contra José Ricardo Hintz, vítima no processo-crime nº 322/2010, em trâmite na 2ª Vara Judicial da Comarca de Monte Mor, exigindo que ele prestasse declarações diversas das prestadas anteriormente, beneficiando-o.

A materialidade e a autoria delitiva restaram demonstradas pelo boletim de ocorrência (fls. 03/04 e 18/23) e pela prova oral produzida em juízo (mídia – fl. 73).

Interrogado em juízo, JOSÉ CRISTOVÃO negou a prática do crime, dizendo que após ter agredido o ofendido não teve mais contato com ele.

O ofendido José Ricardo Hintz declarou que o réu já o agredira anteriormente, com uma "pedrada na cabeça", por não aceitar que se relacione com sua ex-mulher. Afirmou após a agressão mencionada na denúncia ele lhe ligou várias vezes dizendo que iria matá-lo e também que "BO. não segura bala". Disse, mais, que as ameaças começaram após ter feito o boletim de ocorrência referente à agressão.

Maria Rosângela Sampaio de Lima, companheira da vítima, disse que seu ex-marido ameaçava seu companheiro, que dele recebeu vários telefonemas ameaçadores.

Ante esses elementos de convicção, que não são nada frágeis, é forçoso convir que a condenação era mesmo inarredável.

Sem embargo, assiste razão ao i. Defensor quando pleiteia a desclassificação da imputação para o crime de ameaça.

Com efeito, da prova oral produzida, verifica-se que em nenhum momento o ofendido ou a testemunha Maria Rosângela disseram que o sentenciado proferiu as ameaças com o fim de favorecer interesse próprio na ação penal de nº 322/2010, em trâmite na 2ª Vara Judicial da Comarca de Monte Mor.

O mero fato de o apelante ter ameaçado a vítima após ter ela comunicado à autoridade policial a prática do crime de *homicídio tentado* de que aquele fora autor, não caracteriza, por si só, o crime previsto no art. 344 do Código Penal, o qual exige a finalidade específica de busca de favorecimento próprio ou de terceiro.

Sobre o tema, MIRABETE[1] ensina que a norma de proibição insculpida

Acesso ao Sumário

1 MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. Manual de direito penal, volume 3: parte

no artigo 344 do C. Penal, "*Além da vontade de praticar a violência ou a grave ameaça, exige o dolo a finalidade de favorecer interesse próprio ou alheio (elemento subjetivo do tipo). O interesse que o agente visa beneficiar pode ser de qualquer natureza, moral ou material, desde que esteja relacionado com a demanda*".

Nesse sentido, também, a jurisprudência [destaquei]:

PENAL. CONFLITO DE COMPETÊNCIA. COAÇÃO NO CURSO DO PROCESSO. JUSTIÇA DO TRABALHO. INEXISTÊNCIA DE LESÃO A ADMINISTRAÇÃO DA JUSTIÇA. AUSÊNCIA DE INTERESSE DA UNIÃO. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL. ***1. O delito de coação no curso do processo exige como elemento subjetivo específico a finalidade de obter favorecimento a interesse próprio ou alheio em processo judicial, policial ou administrativo ou juízo arbitral. 2. Quando a conduta delitiva do agente visa atingir somente a vítima, não se evidencia o crime do art. 344 do Código Penal, pois o objeto jurídico tutelado é a administração da Justiça****. 3. Não se evidenciando o interesse da União, compete à Justiça Estadual o processo e o julgamento de eventual ação penal. 4. Conflito conhecido para declarar a competência do Juízo de Direito da 1ª Vara Criminal de Rio Grande/RS, ora suscitado. (CC 109.022/RS, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 26/05/2010, DJe 28/06/2010)*

COAÇÃO NO CURSO DO PROCESSO. ***Uso de grave ameaça contra os filhos no curso de execução de alimentos para o fim de favorecer interesse próprio. Configuração prejudicada. Insuficiência de provas acerca do elemento subjetivo. Negativa do réu. Alegação de que realmente fez contato telefônico com as vítimas e as ameaçou, mas agiu num rompante de ira, sem intenção de intimidar seus filhos e prejudicar o andamento da ação. Versão defensiva não infirmada pela prova oral e pericial. Fragilidade do conjunto probatório. Consagração do princípio do in dubio pro reo****. Absolvição decretada com fulcro no artigo 386, inciso VII, do CPP. (Relator(a): Otávio de Almeida Toledo; Comarca: Jales; Órgão julgador: 16ª Câmara de Direito Criminal; Data do julgamento: 01/12/2015; Data de registro: 02/12/2015)*

Coação no curso do processo – ***Falta de comprovação do elemento subjetivo – Desclassificação para o crime de ameaça*** *– Extinção da punibilidade pela ocorrência da prescrição da pretensão punitiva. (Relator(a): Alexandre Almeida; Comarca: Mogi das Cruzes; Órgão julgador: 4ª Câmara Criminal Extraordinária; Data do julgamento: 15/05/2014; Data de registro: 15/05/2014)*

No caso em apreço, portanto, em que a prova oral revelou que a conduta do agente foi motivada, exclusivamente, por inconformismo com o relacionamento

especial, arts. 235 a 361 do CP. 29ª ed. São Paulo: Atlas, 2015, pág. 410.

Acesso ao Sumário

da vítima e sua ex-mulher, isto é, por ciúmes, não é possível concluir pela presença do elemento subjetivo caracterizador do crime de coação no curso do processo, o especial fim de agir (dolo específico).

Não obstante, restaram comprovadas a autoria e materialidade do crime previsto no art. 147, do Código Penal, bem como o dolo correspondente a este delito, na medida em que o ofendido mencionou que o sentenciado e sua companheira afirmaram que o acusado ligou várias vezes para o primeiro dizendo que iria matá-lo (e, inclusive, que "BO. não segura bala").

Forçoso convir, assim, que a conduta praticada caracterizou apenas o crime de ameaça, devendo o acusado ficar sujeito exclusivamente às penas previstas no preceito secundário do mencionado artigo 147.

As balizas adotadas pelo i. Julgador de Primeiro Grau para o cálculo das penas-base ficam mantidos, porque em consonância com a norma do artigo 59 do C. Penal.

Ficam, pois, majoradas em 1/6 (um sexto) as reprimendas, alcançando 1 mês e 5 dias de detenção e 11 dias-multa, eis que o sentenciado possui personalidade marcada pela agressividade, já tendo inclusive atentado contra a integridade física da vítima. Essas tornam-se definitivas, à mingua de agravantes ou atenuantes e causas de aumentou ou diminuição que devessem incidir nas fases posteriores do cálculo (art. 68 do C. Penal).

Correto, também, o regime fixado para o início do cumprimento da pena corporal, o aberto, ante a quantidade da pena corporal, afastado o benefício da substituição da pena corporal por sanções alternativas *ex-vi* do art. 44, I, do C. Penal.

Diante do exposto, pelo meu voto, **CONHEÇO e DOU PARCIAL PROVIMENTO** ao recurso defensivo, para desclassificar a conduta praticada para o crime previsto no art. 147 do Código Penal, condenando o réu ao cumprimento de 1 mês e 05 dias de detenção, em regime aberto, e pagamento 11 dias-multa, fixados no mínimo valor unitário.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0041131-74.2014.8.26.0224, da Comarca de Guarulhos, em que é apelante SILMARA NOVAIS DE QUEIROZ, 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: "Rejeitaram a preliminar arguida e, no

Acesso ao Sumário

mérito, negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 17.272)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores IVAN SARTORI (Presidente sem voto), EDISON BRANDÃO e EUVALDO CHAIB.

São Paulo, 28 de junho de 2016.

CAMILO LÉLLIS, Relator

Ementa: APELAÇÃO CRIMINAL – TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES – Materialidade e autoria delitivas sobejamente demonstradas nos autos, tanto que sequer foram objeto de insurgência defensiva – Preliminar – Pretendida declaração de ilicitude da prova material, obtida por revista íntima, o que violaria o princípio constitucional proteção da dignidade da pessoa humana – Desacolhimento – Medida necessária para coibir atos que coloquem em risco a segurança pública – Princípio não absoluto – Ausência de procedimento abusivo – Preliminar rejeitada.

Mérito – Aplicação do redutor previsto no art. 33, 4º, da Lei nº 11.343/2006 em grau máximo – Desacolhimento – Circunstâncias do art. 42 da Lei de Drogas que se revelam desfavoráveis à redução máxima pretendida – Abrandamento do regime prisional – Descabimento – Crime grave, que requer resposta penal mais severa e que desautoriza a concessão de quaisquer benesses legais. Recurso não provido.

VOTO

Vistos,

A r. sentença de fls. 120/129 condenou a ré **Silmara Novais de Queiroz** à pena de 03 anos, 10 meses e 20 dias de reclusão, no regime inicial semiaberto, e ao pagamento de 388 dias-multa, no valor unitário mínimo, como incursa no art. 33, *caput,* c.c. o art. 40, III, ambos da Lei nº 11.343/06, restando a reprimenda corporal substituída por duas restritivas de direitos consistentes em prestação de serviços à comunidade pelo mesmo prazo da condenação e pecuniária no importe de dois salários mínimos.

Inconformada, apela a acusada, alegando, em preliminar, ilicitude da prova material obtida através de revista íntima, o que violaria o princípio

Acesso ao Sumário

constitucional de proteção da dignidade da pessoa humana. Alternativamente, busca a fixação do redutor a que alude o art. 33, §4º, da Lei de Drogas, em patamar máximo (2/3) e o abrandamento do regime prisional (fls. 140/145).

Contrariado o recurso (fls. 147/150), subiram os autos, tendo a d. Procuradoria Geral de Justiça opinado pelo parcial provimento do apelo (fls.157/159).

É o relatório.

A imputação é a de que, no dia 19 de outubro de 2014, por volta das 09h50, na Rua José Marques Prata, 94, Várzea do Palácio, no interior do CDP de Guarulhos; a acusada, nas dependências do estabelecimento prisional, trazia consigo, para fins de entrega a consumo de terceiros, 01 invólucro plástico contendo cocaína, pesando aproximadamente 48,84g e 01 invólucro contendo maconha, pesando aproximadamente 56,8g, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar.

Segundo narra a denúncia, **Silmara** foi visitar seu companheiro Ricardo Alexandre Neves Andrade, no CDP-I de Guarulhos, levando consigo a droga supramencionada no interior de sua genitália, fato que foi observado pelas agentes penitenciárias durante procedimento de revista. Ao ser indagada, a denunciada confessou que estava levando a droga, não informando maiores detalhes.

Ricardo, embora também denunciado, foi absolvido ao final da instrução, por insuficiência de provas de sua participação no evento criminoso.

Com efeito, no caso em tela, os elementos de prova carreados para os autos da *informatio delicti* e ratificados durante a instrução, sob o crivo do contraditório, demonstram, com clareza e segurança, a imputação atribuída à acusada.

A materialidade e a autoria delitivas restaram suficientemente comprovadas pelas provas documental e oral colhidas na instrução criminal, notadamente pelos uníssonos depoimentos prestados pelas agentes penitenciárias responsáveis pela apreensão do entorpecente em poder da ré.

Aliás, desnecessária a análise mais aprofundada do conjunto probatório, porquanto o recurso defensivo cinge-se a questionar a revista íntima a qual a acusada foi submetida, bem como a reprimenda e o regime prisional eleito.

A acusação, por seu turno, não apelou (fls. 138v).

Destarte, por proêmio, cabe analisar a preliminar arguida pela ilustre defensoria pública, a qual, no entanto, não comporta acolhimento.

Não se vislumbra, *in casu*, ilicitude da prova obtida por meio de revista íntima, a qual, segundo alegado pela combativa defesa, teria ferido a inviolabilidade do corpo e o direito à intimidade da acusada.

Acesso ao Sumário

Aliás, a questão já foi devidamente rechaçada na r. sentença.

É sabido que o fim precípuo da revista íntima é não permitir a entrada de objetos ilícitos no estabelecimento prisional.

Claro que dita prova deve ser colhida respeitando a pessoa revistada, ou seja, sem que haja contato físico entre esta e o agente da lei, bem como sejam pessoas do mesmo gênero. Respeitados os limites do óbvio para garantir o máximo possível de privacidade e causar o mínimo de constrangimento, a revista pode e deve ser realizada, sob pena de se tornar inócua a preservação da segurança dentro dos presídios e, ao menos em parte, externamente também.

No caso *sub judice*, nenhum princípio constitucional foi desrespeitado, pois deflui da prova coligida que a apelante foi revistada por agentes do sexo feminino e sequer foi por elas tocada, uma vez que, durante a revista, a própria acusada retirou do interior de sua vagina as drogas descritas na denúncia, inexistindo ilegalidade no procedimento.

Neste sentido, inclusive, já se manifestou o Superior Tribunal de Justiça:

"HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. 1. PRELIMINAR DE NULIDADE DA AÇÃO PENAL. ILICITUDE DAS PROVAS. NÃO OCORRÊNCIA. 2. REGIME INICIAL FECHADO. QUANTIDADE E QUALIDADE DE DROGAS APREENDIDAS. 3. SUBSTITUIÇÃO DA REPRIMENDA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR MEDIDAS RESTRITIVAS DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. 4. ORDEM DENEGADA. 1. Não se pode dizer que foi desprezado o tratamento humanitário no procedimento de revista realizado na ora paciente, porquanto, consoante bem descrito pelo Magistrado singular, foi a própria ré que tirou o entorpecente do interior de seu corpo. Não houve, portanto, intervenção das agentes penitenciárias, que, diga-se, eram do mesmo sexo da paciente. 2. (...) 4. Habeas corpus denegado". (HC 238.973/SP, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, QUINTA TURMA, julgado em 16/08/2012, DJE 05/09/2012) (grifo nosso).

Ademais, diante da colidência entre princípios, de um lado, a intimidade e privacidade da apelante, e, de outro, os direitos dos presos e dos agentes penitenciários à integridade física e moral e à segurança, necessária se faz uma ponderação entre eles, de forma a permitir a coexistência harmônica no ordenamento jurídico pátrio.

A propósito, assim já entendeu este E. Tribunal:

"REVISÃO CRIMINAL TRÁFICO DE DROGAS - Arguição de nulidade decorrente da produção de prova ilícita - Revista íntima para ingresso no presídio - Inocorrência - Necessidade de sopesamento dos princípios em conflito - Princípios como mandados de otimização -

Conjunto probatório suficiente para manter a condenação - Ausência de erros a justificar a rescisão do julgado - Prova testemunhal coesa - Desnecessidade de perícia para verificação de secreção vaginal nos invólucros encontrados - PEDIDO INDEFERIDO". (Revisão Criminal: 01393-91.2013.8.26.0000, 5º Grupo de Direito Criminal, Rel. Rachid Vaz de Almeida, j. 09.10.2014).

Ora, a realização de revista íntima era a medida necessária para impedir a entrada das drogas no interior do presídio e a consequente violação da segurança daqueles que se encontram no estabelecimento prisional sob custódia do Estado. Contudo, para que sejam garantidos os interesses da pessoa revistada, devem ser obedecidas certas regras, como dito alhures, as quais foram devidamente observadas no caso concreto.

Portanto, rejeita-se a preliminar arguida.

Outrossim, os pleitos subsidiários também não comportam guarida.

A reprimenda foi bem dosada e não merece reparo.

Na primeira fase da dosimetria, a pena-base foi fixada no mínimo legal, diante das circunstâncias judiciais favoráveis à apelante, assim permanecendo na etapa seguinte, ante a ausência de agravantes ou atenuantes a serem consideradas.

E, na terceira etapa do sistema trifásico, bem determinada a majoração das penas em 1/6, decorrente da causa de aumento prevista no art. 40, III, da Lei de Drogas.

Por derradeiro, reconhecida a causa de diminuição de pena a que alude o § 4º, do art. 33, da Lei de Drogas, a mitigação de 1/3 não comporta alteração.

Isto porque os critérios do art. 42 do referido diploma legal devem ser considerados para a fixação do *quantum* de redução da pena. No presente caso, a quantidade de droga e sua natureza são demasiadamente reprováveis para justificar a redução máxima prevista na lei, como pretendido. Frise-se que foi apreendida considerável quantidade de drogas (01 invólucro plástico contendo cocaína, pesando aproximadamente 48,84g e 01 invólucro contendo maconha, pesando aproximadamente 56,8g), sendo a primeira substância de elevado potencial nocivo quando comparada a outras drogas e que, ambas fracionadas, seriam aptas a atingir dezenas de usuários, o que denota maior reprovabilidade na conduta da agente e, por consequência, necessidade de apenamento mais justo.

Sobre o tema, confira-se:

STF*: "É cediço na Corte que a minorante do art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06 pode ser fixada em patamar diverso do máximo de 2/3 quando as circunstâncias do art. 42 da mesma lei se mostrem desfavoráveis. (Precedentes: HC 104195/MS, rel. Min. Luiz Fux, 1ªTurma, DJ de*

Acesso ao Sumário

9/6/2011; HC 105950/SP, rel. Min. Ricardo Lewandowski, 1ª Turma, DJ de 2/12/2010; HC 103.697/MS, rel. Min. Gilmar Mendes, 2ª Turma, DJ de 14/12/2010; HC 104423/AL, rel. Min. Gilmar Mendes, 2ª Turma, DJ de 7/10/2010)" (STF, HC n.º 102663, Relator Ministro Luiz Fux, 1.ª Turma DJE 12.12.2011).

Oportuno anotar que, diante de tais circunstâncias, a acusada sequer faria jus à citada benesse legal; no entanto, considerada a vedação da *reformatio in pejus* em recurso exclusivo da defesa, nada há a ser alterado.

O regime inicial também não comporta abrandamento. Ora, os fatos são deveras graves. Trata-se de crime que constitui verdadeiro câncer social, que fomenta a prática de outros tantos delitos, de maneira que o tratamento penal dispensado deve condizer com a gravidade que se apresenta. Nesse contexto, regime inicial mais brando não atenderia aos fins da pena, nem surtiria efeito na assimilação da terapêutica penal por parte da acusada, sobretudo no que se refere à função de prevenção especial positiva da reprimenda.

Anote-se, ainda, que o delito fora praticado no interior de estabelecimento prisional, onde, infelizmente, é sabido existirem vários usuários de substâncias ilícitas, propiciando, assim, a fácil disseminação do tráfico e a rápida obtenção de lucro por seus autores.

Não bastasse, cuida-se de crime equiparado a hediondo, sendo que regime mais brando não se mostra socialmente recomendável, sob pena de a sanção penal não alcançar seus fins.

Aliás, em crimes deste jaez, cuja gravidade e hediondez são incontestáveis, de rigor seria a fixação do regime inicial fechado, a teor do art. 2º, da Lei nº 8.072/90.

Nesse sentido, precedente deste E. Tribunal de Justiça:

"Não há falar em aplicação de regime mais brando ou inconstitucionalidade de dispositivo legal. A Lei n° 11.464, de 28 de março de 2007, modificando disposição da Lei n° 8.072/90 (Lei dos Crimes Hediondos), estatuiu, de maneira expressa, em seu artigo 2º, § 1º que as penas relativas aos crimes previstos no caput *deste artigo - entre eles o tráfico ilícito de entorpecentes - serão cumpridas* ***inicialmente*** *em regime fechado"* (Ap. 990.10.051761-9, 9ª Câm. Dir. Criminal, Rel. Francisco Bruno, j. 29.07.2010, r. 16.08.2010).

No entanto, invocando-se mais uma vez a vedação da *reformatio in pejus*, o regime semiaberto estabelecido na r. sentença deve ser mantido.

Assim, tendo em vista que a acusada fora deveras beneficiada com a solução adotada em primeiro grau, inclusive com a substituição da reprimenda corporal por restritivas de direitos, as quais também entendo incabíveis, nada mais há de ser alterado.

Acesso ao Sumário

Ante o exposto, pelo meu voto, **rejeito a preliminar arguida e, no mérito, nego provimento ao recurso.**

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0000197-41.2014.8.26.0526, da Comarca de Salto, em que é apelante RONAN DIEGO SCHIACINATO, 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: "Por maioria de votos negaram provimento ao recurso, vencido em parte o E. 2º Juiz, Des. Camilo Léllis, que afastava a indenização e fará declaração de voto. Sustentou oralmente o I. Defensor, Dr. Pedro Guedes de Souza Campanella, 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 29.965)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores IVAN SARTORI (Presidente), CAMILO LÉLLIS e EDISON BRANDÃO.

São Paulo, 28 de junho de 2016.

IVAN SARTORI, Relator

Ementa: Apelação – Homicídio culposo na condução de automotor. Nulidade sentencial e inépcia da denúncia não ocorrentes – Nulidade outra pretendida também afastada – Princípio da identidade física do juiz que não é absoluto – Art. 132 do CPC, aplicável por analogia – Precedente. Autoria e materialidade bem comprovadas – Alegação de que um terceiro veículo teria obstruído a via, levando o réu a perder o controle do automotor que conduzia – Ausência de prova a respeito – Imperícia hialina, consoante confesso, inclusive – Condenação mantida – Pena e substituição adequadas – Suspensão da habilitação de incidência cogente, por força de lei – Substituição da corporal por prestações de serviço e pecuniária que se sustentam – Indenização fixada à família da vítima mantida – Inocorrência de decisão "extra petita", no respeitante – Exegese do art. 387, IV, do CPP –

Acesso ao Sumário

Recurso desprovido.

VOTO

Ação penal em que incurso o réu no art. 302 "caput" da Lei 9.503/97.

A r. sentença é de procedência, imposta a pena de 02 anos de detenção, regime aberto, além da suspensão da licença para dirigir pelo prazo de 02 meses. A corporal foi substituída por restritivas de direito, consistentes em prestação pecuniária de cinco salários mínimos em favor de entidade assistencial e prestação de serviços à comunidade, nos termos a serem estabelecidos na execução, a par de fixada indenização à família da vítima no importe de 50 salários-mínimos.

Recorre o condenado, arguindo em preliminar: a) inépcia da denúncia; b) nulidade sentencial, porquanto não fundamentada a rejeição da arguição de inépcia da vestibular; e c) violação à identidade física do juiz, em prejuízo da defesa. No mérito, busca a absolvição por fragilidade probatória, ao argumento de que não demonstrada a imperícia, máxime em se cuidando de fatalidade apenas. Subsidiariamente, quer a redução da prestação pecuniária para um salário mínimo e o afastamento da indenização arbitrada, porque "extra petita" (fls. 220 c.c. 229/49).

Contrariedade às fls. 257/67.

A Procuradoria de Justiça é pelo parcial provimento, para afastar a indenização fixada a família da vítima (fls. 271/9).

Recurso bem processado.

É o relatório, adotado, no mais, o de primeiro grau.

Não colhem as preliminares.

Não se cogita de inépcia da inicial acusatória, que descreveu com objetividade e claramente as condutas imputadas ao increpado, vale dizer: imprudência, porque estaria em alta velocidade, e imperícia, porque, sem motivo aparente, perdeu o controle do automóvel que conduzia.

Desse modo, nenhum o prejuízo para o exercício da ampla defesa ou ao contraditório, como bem anotado pelo r. juízo à fl. 109, ao azo da defesa prévia.

Nem se diga que eivado de nulidade o decisório singular, por não externar fundamentação, ao manter o afastamento dessa arguição.

Com efeito, cuida-se de questão já decidida e, ausente novo argumento defensório, bastante a forma sucinta empregada (que não se confunde com ausência de fundamentação) (fl. 214v.).

Tampouco ocorre ofensa ao princípio da identidade física do juiz, porque a douta magistrada então vinculada, Dra. Silvia Paula Moreschi Ribeiro Coppi, foi promovida para a comarca de Campinas, tendo sido, por isso, prolatada a

sentença pelo Dr. Claudio Campos da Silva, então atuante naquela Vara.

Daí a desvinculação da primeira, a teor do art. 132 do CPC, aplicável aqui por analogia.

Realmente, segundo julgado que segue, o princípio da identidade física do juiz (art. 399, § 2º, do CPP) deve ser relativizado:

> *"1. O princípio da identidade física do juiz, previsto no artigo **399**, **§ 2º**, do **CPP**, não é absoluto, podendo a sentença penal ser proferida por outro juiz de direito quando o magistrado que presidiu a instrução criminal foi substituído regularmente por força de ato administrativo do Tribunal a que está vinculado. 2. Segundo a dicção do artigo **132** do **CPC**, aplicável por analogia ao processo penal, 'o juiz, titular ou substituto, que concluir a audiência julgará a lide, salvo se estiver convocado, licenciado, afastado por qualquer motivo, promovido ou aposentado, casos em que passará os autos ao seu sucessor.' 3. Na hipótese, a magistrada que promoveu a instrução criminal foi removida para a 9ª Vara Federal das Execuções Fiscais de São Paulo/SP, por força de Resolução da Presidência do Tribunal Regional Federal da 3ª Região. No mesmo ato, ocorreu a remoção da juíza sentenciante para a 5ª Vara Federal Criminal. 4. Prejuízo não demonstrado na situação, ausência de nulidade. Precedentes. 5. Agravo regimental a que se nega provimento. (...) Conforme entendimento desta Corte, o princípio da identidade física do Juiz não é absoluto, podendo a sentença ser proferida por outro magistrado quando não houver prejuízo e ocorrer alguma situação excepcional prevista no artigo **132** do **Código de Processo Civil**, aplicado por analogia nestes casos."* (AgRg no Recurso em Habeas Corpus 28.690/SP, Rel. Minª Alderita Ramos de Oliveira, j. 18.06.13).

Vai-se ao cerne.

Consta dos autos que Ronan Diego Schiavinato conduzia o automóvel Hyundai/I30, placas EME2418, pela rodovia SP 75, sentido Indaiatuba/Salto, quando perdeu o controle do veículo, que cruzou o canteiro central da rodovia, invadiu a pista contrária e colidiu com o veículo VW/Parati, placas CQG7449, conduzido pela vítima fatal Ademair Tobias de Souza.

Com a colisão, a Parati foi deslocada pela pista e acabou atingindo o automotor GM/Corsa, placas CKK2591, dirigido por Valter Luis Nunes, que não sofreu ferimentos (fls. 01a/1b) .

A polícia foi acionada, sobrevindo a portaria de fl. 02, o b.o. de fls. 03/06, exame necroscópico (fl. 30/1), laudo toxicológico do sangue da vítima, com resultado negativo para álcool (fl. 46), perícia no local do acidente (fls. 69/77), a par de terem sido ouvidas testemunhas (fls. 10, 26/8 e 51) e interrogado o

Acesso ao Sumário

acionado (fls. 19/20).

Nas duas vezes em que ouvido, o último disse que, embora o carro estivesse no nome da irmã dele, pertence aos dois. Naquela noite, voltava de um barzinho em Indaiatuba e trazia seu amigo (a testemunha Gabriel Orlando de Lima). Seguia em velocidade compatível com a via, entre 100 e 110km/h. A rodovia estava em boas condições de conservação, desenvolvendo-se em uma reta e inexistiam veículos que os acompanhassem no momento do acidente, estando a pista relativamente vazia.

Na polícia, disse, ainda, que "*em dado momento da via, distraiu-se e, para não colidir com o veículo da frente, freiou, perdeu o controle do auto, invadiu a pista na contramão e não se recorda mais de como ocorreu o evento do acidente*" (fl. 19).

Em juízo, tornou a descrever o acidente, asseverando que um veículo, cuja descrição (se pequeno, esportivo, utilitário, etc...) não forneceu, surgiu de inopino a sua frente, em baixa velocidade. Então, embora estivesse na pista da direita, com a faixa da esquerda totalmente livre, não iria dar tempo de fazer a ultrapassagem, porque "*quando eu vi estava em cima*" (fls. 179v.).

Ficou atordoado e viu o amigo ser socorrido, mas não o deixaram acompanhar o carro do resgate, de sorte que permaneceu no local e só então viu o que acontecera. Não se lembrava da dinâmica do acidente e sim apenas de ter brecado e perdido o controle do carro. Ligou para pedir auxílio e foi levado dali pelo primo Claudio Daniel em um Vectra vermelho, pois, populares e curiosos começaram a hostilizá-lo e teve medo de ser linchado (fls. 19/20 – solo policial e 177/80v. – pretório).

Valter Luis Nunes, motorista do Corsa que acabou atingido pela Parati, disse que ele e a vítima vinham em uma pista e o réu na contrária. Por motivos que desconhece, o I30 do increpado atravessou o canteiro central e colidiu com a Parati, que veio na direção dele, depoente. Não sabe dizer o que aconteceu na pista contrária, porque foi algo muito inesperado, somente fez o que pode para desviar-se do acidente. Populares que estavam no local lhe disseram que o acionado estava tirando um racha com um Corolla prata e ziguezagueava pela pista, mas não viu, apenas lhe disseram. Viu o réu assustado e pálido, mas não sabe dizer se estava bêbado ou só em choque (fl. 10 – delegacia e mídia de fl. 157 – juízo).

Gabriel Orlando de Lima, que estava no banco do carona de Ronan e ficou gravemente ferido no acidente, não se lembra do ocorrido, disse que ele e o acionado tinham ido a um bar em Indaiatuba e que bebera bastante. Então, dormiu boa parte do caminho, só se recordando de ter saído da festa e, depois, de ter acordado em Itu, no hospital. Foi categórico ao dizer que Ronan não bebeu, porque ele estava tomando remédio. Também admitiu que não usava cinto de

Acesso ao Sumário

segurança. Asseverou que a estrada é boa, sem buracos, iluminada e o tempo estava bom. Soube pelo réu que um veículo em baixa velocidade teria causado o acidente, pois, para não bater, o amigo teria freado e perdido o controle do carro (fls. 51 – polícia e 132/5 – pretório).

Gustavo Orlando de Lima (irmão de Gabriel) e Claudio Daniel Schiavinato (primo de Ronan – ouvido apenas na delegacia) estiveram no local logo após o ocorrido, mas, não presenciaram o acidente. Estavam num churrasco com amigos, quando foram avisados do sinistro. Foram direto para lá no Vectra vinho de Daniel e viram o resgate socorrendo Gabriel. Como populares estavam hostilizando Ronan, que se mostrava atordoado com o acidente, Daniel levou o primo dali, para evitar que fosse agredido (fls. 26 e 28 – solo policial; e 136/43 – juízo).

Juliana Schiavinato, irmã do réu e proprietária do veículo, disse que o carro é dela e do increpado. Recebeu uma ligação da mãe e foi para o local com o marido dela, num Corolla prata, mas o irmão já não estava mais lá (fl. 27 – delegacia).

Por fim, José Aparecido Pirassole Ortelan, policial militar rodoviário que atendeu a ocorrência, narrou que chegou bem depois do evento nefasto e encontrou Ademir já morto, preso no carro. A mãe e a irmã do increpado estiveram no local, mas não o encontraram. Diligenciou em sua procura, sem sucesso. Pela posição dos carros, foi o Hyundai que atravessou o canteiro e causou o acidente (fl. 164 – pretório).

Vê-se, pois, que bem demonstrada a culpa do recorrente, porquanto, de forma imperita, perdeu o controle do automotor, atravessou o canteiro central da rodovia e invadiu a pista contrária, causando o acidente, sem que tenha sido constatado qualquer elemento que justificasse dita perda de controle, tais como buracos na pista, mau tempo, problemas nos sistemas de direção e frenagem do automotor.

Tanto assim que a perícia concluiu que: "*nem no veículo, nem na rodovia foi encontrado algo que justificasse o acidente*" (fls. 69/77).

Tampouco socorre o condenado a tese defensiva de que o acidente teria sido causado pela presença de um terceiro veículo em baixa velocidade na pista, dês que sequer há a descrição desse outro auto, cuja presença no local foi apenas alegada, mas não demonstrada, como lhe cabia, a teor do art. 156 do CPP.

Ainda que assim não fosse, tem-se que o próprio acionado admitiu a imperícia, ao narrar que se distraiu e deixou de observar a distância de cautela do veículo que trafegava a sua frente (fl. 19), imperícia essa que também ressumbra hialina de sua narrativa em juízo, quando asseverou que a faixa da esquerda estava livre.

Desse modo, se trafegava dentro da velocidade permitida, bastar-lhe-ia

Acesso ao Sumário

realizar a ultrapassagem, ao invés de frenar bruscamente, como bem ponderado pelo "Parquet" (fl. 263).

Acertada, pois, a condenação.

A reprimenda não merece reparo.

A base veio no mínimo legal, em 02 anos de detenção, tornada definitiva à míngua de circunstâncias modificadoras.

Fixou-se a suspensão da habilitação pelo prazo mínimo de 02 meses, com o que beneficiado de sobejo o apelante, dada a gravidade do delito e considerado que se cuida de interdição de direito absolutamente independente da pena corporal, que deve ser graduada conforme a gravidade da conduta, o interesse público e a terapêutica penal necessária, o que recomendava maior rigor. Entanto, nada se há de fazer, ausente reclamo ministerial.

Fixou-se o regime aberto, para o início do cumprimento da corporal e houve substituição desta por duas restritivas de direito, como relatado.

Não é de cogitar-se de redução da restritiva pecuniária, até porque nada nos autos indica a impossibilidade de pagamento. Aliás, nem mesmo há declaração de pobreza firmada pelo réu, que, saliente-se, constituiu defensor.

Além disso, de ser sopesada a gravidade do crime, a ceifar uma vida humana.

Por derradeiro, restou fixada indenização à família da vítima, no importe de 50 salários mínimos, em consonância com o disposto no art. 397, IV, do CPP.

Nem se argumente com a ausência de contraditório a respeito ou que se trataria de decisão "extra petita", por não haver pedido expresso, considerado que tal consta da lei e, de antemão, sabe o réu que pode ser condenado a essa indenização.

Não há, portanto, surpresa processual.

E a notícia de composição amigável na esfera cível (fls. 250/3) não torna a medida despicienda, porquanto não há, nestes autos, comprovação de que cumprido, na íntegra, o acordo indenizatório mencionado, sem falar que possível a compensação, se provado pagamento no âmbito extrapenal.

Em suma: mantém-se o r. édito monocrático, encampada sua motivação (art. 252 RITJ).

Nega-se provimento.

DECLARAÇÃO DE VOTO VENCIDO

(Voto nº 18.464)

Vistos.

Acesso ao Sumário

Trata-se de recurso de apelação interposto pela defesa contra sentença que condenou **Ronan Diego Schiacinato** à pena de 02 anos de detenção, regime aberto, além da suspensão da licença para dirigir pelo prazo de 02 meses. A corporal foi substituída por restritivas de direito, consistentes em prestação pecuniária de cinco salários mínimos em favor de entidade assistencial e prestação de serviços à comunidade, nos termos a serem estabelecidos na execução, a par de fixada indenização à família da vítima no importe de 50 salários-mínimos.

Adoto integralmente o relatório apresentado pelo E. Relator sorteado, Desembargador Ivan Sartori, a fim de evitar desnecessárias repetições.

Examinei os autos e, com o devido respeito, divirjo parcialmente do Eminente Relator.

Entendo que deve ser afastada a indenização fixada na sentença, com fundamento no art. 387, inciso IV, do Código de Processo Penal, porquanto não houve pedido expresso da acusação ou de familiares da vítima, de forma que sua fixação viola os princípios do contraditório e da ampla defesa, previstos no art. 5º, inciso LV, da Constituição Federal.

A respeito do procedimento para a fixação da indenização civil, vale lembrar a lição de Guilherme de Souza Nucci:

> *"Admitindo-se que o magistrado possa fixar o valor mínimo para a reparação dos danos causados pela infração penal, é fundamental haver, durante a instrução criminal, um pedido formal para que se apure o montante civilmente devido. Esse pedido deve partir do ofendido, por seu advogado (assistente de acusação) ou do Ministério Público. A parte que o fizer precisa indicar valores e provas suficientes a sustentá-los. A partir daí, deve-se proporcionar ao réu a possibilidade de se defender e produzir contraprova, de modo a indicar valor diverso ou mesmo a apontar que inexistiu prejuízo material ou moral a ser reparado. Se não houver formal pedido e instrução específica para apurar o valor mínimo para o dano, é defeso ao julgador optar por qualquer cifra, pois seria nítida infringência ao princípio da ampla defesa."* (Código de Processo Penal Comentado, 9ª edição, Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 701) ".

Destarte, ao meu entender, deve ser afastada a reparação do dano fixada na sentença hostilizada, devendo a quem interessar se utilizar das vias ordinárias para tanto.

Ante o exposto, pelo meu voto, **dava parcial provimento ao recurso apenas para afastar a indenização a título de reparação de danos, estabelecida com base no art. 387, inciso IV, do Código de Processo Penal, mantida, no mais, a r. sentença recorrida por seus próprios fundamentos.**

CAMILO LÉLLIS, Desembargador, 2º Juiz vencido

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 3007953-18.2013.8.26.0451, da Comarca de Piracicaba, em que são apelantes ELTON JOSÉ LÁZARO DOS SANTOS e MATHEUS HENRIQUE MENDES, 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: "Deram parcial provimento ao recurso do corréu Elton, nos termos que constarão do acórdão, e negaram provimento ao recurso do corréu Matheus. Providencie-se o necessário para a expedição de mandado de prisão em relação ao corréu ELTON JOSÉ LÁZARO DOS SANTOS (OU HELTON JOSÉ LÁZARO DOS SANTOS), nos termos do decidido pelo C. Supremo Tribunal Federal no H.C. nº 126292/SP (Rel. E. Min. Teori Zavascki, j. 17/02/2016). V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 10.487)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores MOREIRA DA SILVA (Presidente sem voto), FRANÇA CARVALHO e CARDOSO PERPÉTUO.

São Paulo, 28 de julho de 2016.

DE PAULA SANTOS, Relator

Ementa: APELAÇÃO CRIMINAL – Nulidade não verificada – Furto triplamente qualificado – Materialidade e autoria comprovadas – Firmeza do conjunto probatório – Relevância da confissão de um dos réus e credibilidade do testemunho do policial – Qualificadoras demonstradas – Crime efetivamente consumado – Condenação mantida – Havendo mais de uma qualificadora, nada tem de teratológica, na dosimetria, a utilização de uma para qualificar o crime e das outras como circunstâncias judiciais desfavoráveis – Precedentes do C. STJ – Corréu Elton reincidente específico e com maus antecedentes – Regime prisional inicial, com relação a ele, por isto e ante as peculiaridades do caso, fechado, tal como já fixado na r. sentença – Negado provimento ao recurso do corréu Matheus e dado parcial provimento ao recurso do corréu Elton, tão somente para redução da respectiva pena.

Acesso ao Sumário

VOTO

Cuida-se de apelações interpostas por ELTON JOSÉ LÁZARO DOS SANTOS (OU HELTON JOSÉ LÁZARO DOS SANTOS) e MATHEUS HENRIQUE MENDES contra a r. sentença de fls. 196/204, que os condenou como incursos no artigo 155, § 4º, I, II e IV, do Código Penal. O primeiro ficou condenado à pena de 03 (três) anos, 03 (três) meses e 06 (seis) dias de reclusão, em regime inicial fechado, além de 14 (quatorze) dias-multa, no valor unitário mínimo. O segundo foi condenado à pena de 01 (um) ano e 02 (dois) meses de reclusão, e 05 (cinco) dias-multa, no valor unitário mínimo, substituída, somente quanto a este último, a pena privativa de liberdade por uma restritiva de direitos (prestação de serviços à comunidade) e por mais 10 (dez) dias-multa, a serem somados aos inicialmente fixados.

Inconformado, apela Elton (fls. 231/237). Destaca, em síntese, que o conjunto probatório não é suficiente para embasar o édito condenatório, que não pode ser baseado em meros indícios. Afirma que o órgão acusatório não se desincumbiu de seu ônus. Alega que não resultou provado ter o apelante praticado qualquer ação ou omissão típica, antijurídica e culpável. Aduz que, havendo dúvida quanto à autoria, deve ser observado o *princípio in dubio pro reo.*

Por sua vez, o corréu Matheus recorre (fls. 252/259), requerendo, preliminarmente, o reconhecimento da nulidade da sentença por ausência da análise das teses defensivas. Sustenta, outrossim, a ausência de consciência da ilicitude da conduta, pois estava sob o efeito de drogas alucinógenas, nos termos do art. 28 do Código Penal. Alega, também, que a conduta é atípica, por conta do princípio da insignificância. Aduz que não houve lesão a nenhum bem jurídico. Pleiteia, assim, sua absolvição, nos termos do art. 386 do Código de Processo Penal. Subsidiariamente, busca o afastamento das qualificadoras, o reconhecimento da tentativa.

O Ministério Público apresentou contrarrazões, requerendo a preservação da r. sentença (fls. 261/266).

A douta Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo não provimento dos recursos (fls. 276/283).

É o relatório.

Ab initio, anote-se que não há que se cogitar de nulidade da sentença ou em inidoneidade na fundamentação, uma vez que expôs a douta julgadora *a quo* as razões que embasaram seu convencimento, de forma clara e objetiva. Apenas para constar, observe-se, por cautela, que, embora devam ser consideradas as alegações formuladas, não está o MM. Juiz obrigado a rechaçar de maneira expressa todos os argumentos trazidos pela defesa, notadamente os que estejam logicamente excluídos pelas suas razões de decidir.

Acesso ao Sumário

Cabe trazer à baila, meramente *ad argumentandum*, o entendimento do C. STJ a respeito:

"HABEAS CORPUS. PROCESSO PENAL. CRIME DE HOMICÍDIO CULPOSO NA DIREÇÃO DE VEÍCULO AUTOMOTOR. ALEGAÇÃO DE NULIDADE PELO NÃO ENFRENTAMENTO DAS TESES DE DEFESA NO ACÓRDÃO QUE JULGOU A APELAÇÃO. INOCORRÊNCIA. TESE DE AUSÊNCIA DE PROVAS PARA CONDENAÇÃO. NECESSIDADE DE REEXAME APROFUNDADO DA PROVA PRODUZIDA NOS AUTOS. ORDEM DE HABEAS CORPUS PARCIALMENTE CONHECIDA E, NO MAIS, DENEGADA. 1. Depreende-se do acórdão proferido pela Corte a quo, que todas as teses defensivas foram, ao contrário do alegado na impetração, rechaçadas, direta ou indiretamente. 2. Embora seja necessário apreciar as teses ventiladas pela defesa, torna-se despiciendo a menção expressa a cada uma das alegações se, pela própria decisão, resta claro que o Julgador adotou posicionamento contrário, porém suficiente para embasar o julgado. 3. Reconhecer que a sentença condenatória, confirmada em sede de apelação, contraria as provas coligidas durante a instrução criminal, demanda aprofundado exame do conjunto fático-probatório dos autos, inviável na presente via. 4. Ordem de habeas corpus parcialmente conhecida e, nessa extensão, denegada." (HC 262.398/SC, Rel. Ministra Laurita Vaz, j. 13/08/2013).

"HABEAS CORPUS. CONCUSSÃO. CONDENAÇÃO. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. INOCORRÊNCIA. PARECER DO MINISTÉRIO PÚBLICO. ADOÇÃO DAS RAZÕES. LEGALIDADE. SURSIS PROCESSUAL. PENA MÍNIMA. INCABIMENTO. 1. O juiz não está obrigado a apreciar as teses da defesa que restam logicamente excluídas pelas razões de decidir. 2. A jurisprudência dos Tribunais Superiores é firme no sentido de que inexiste ilegalidade em adotar as razões expostas pelo Ministério Público como fundamento do decisum. 3. A Lei nº 10.259/2001 não alterou o quantum da pena mínima para a suspensão condicional do processo. 4. Ordem denegada." (HC nº 27.347-RJ, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, j. 16/12/2004).

Enfim, inexistindo as irregularidades apontadas, fica afastada a preliminar de nulidade.

As demais questões levantadas referem-se, na verdade ao mérito, que passa a ser analisado.

A solução condenatória merece ser mantida.

Ficam, com efeito, aqui expressamente adotados como razões de decidir os pertinentes fundamentos enunciados na sentença quanto à efetiva existência

Acesso ao Sumário

do furto, bem como em relação à autoria:

"A prova dos autos é suficiente e segura ao apontar a responsabilidade penal dos réus. A materialidade do delito ficou comprovada pelo auto de exibição e apreensão de fls. 13/14, pelo auto de entrega de fls. 15/16 e pelo laudo pericial de fls. 91/96. Quando da lavratura do auto de prisão em flagrante, os réus valeram-se do direito de permanecer em silêncio (fls. 07 e 08). Em juízo, MATHEUS confessou, em parte, a prática do crime. Disse que é viciado em drogas, fez tratamento e teve uma recaída, sendo que, no dia dos fatos, estava sob efeito de drogas. Relatou que estava usando "crack" com ELTON no prédio em construção e viram que o muro da casa da vítima era baixo. Então, pularam para essa casa e arrombaram a janela de um quarto, onde estavam os pertences da vítima. Porém, a vítima chegou e, assustados, fugiram do local, pulando novamente o muro para o imóvel em construção. Asseverou que foi feito um cerco e os detiveram. Disse que nada foi encontrado em poder deles, pois não tiveram tempo de efetuar a subtração (fls. 158/159). Já o corréu ELTON negou a prática do crime. Disse que estava com MATHEUS num prédio em construção, onde ficavam vários usuários de drogas, sendo que ambos eram moradores de rua. Alegou que os policiais ali chegaram, abordaram várias pessoas e os conduziram à Delegacia. Afirmou que não havia nada em poder dele e só viu os objetos referidos na denúncia na viatura. A confissão de MATHEUS, que implicou em inculpação de ELTON, foi corroborada pela prova produzida. A vítima, ouvida na fase policial, narrou que o imóvel de sua propriedade, situado no local dos fatos, estava em reforma e sem moradores. Disse que foi informado por seu filho de que policiais militares estavam no local porquanto a janela havia sido arrombada e alguns objetos, dentre os quais, uma bicicleta, uma máquina de cortar piso e um capacete, já estavam separados, perto do muro. Declarou que tomou conhecimento de que os agentes foram detidos pelos policiais e com eles foram encontrados um facão e uma caixinha de som, avaliados em R$80,00, que lhe pertenciam (fls. 06). De outra banda, o policial militar ouvido a fls. 154/157 relatou que foi irradiada a ocorrência pelo centro de operações de um suposto furto a residência em andamento. Disse que, chegando ao local, com apoio de outra viatura, fizeram contato com o proprietário da residência e, quando tiveram acesso aos fundos, ouviram barulho de vidro e visualizaram dois indivíduos. Afirmou que se identificaram como policiais e aqueles indivíduos se evadiram, pulando o muro para um prédio em construção. Asseverou que fizeram um cerco e os abordaram com alguns pertences, um rádio e um facão, que foram reconhecidos pela da vítima como sendo de sua propriedade. Aduziu que os autores do crime pularam o muro da residência e quebraram o vidro da janela do quarto dos fundos para ingressarem ao local onde estavam guardados os bens da vítima. Acrescentou que outros bens tinham sido retirados desse quarto, mas ainda permaneciam no interior do imóvel. Nesse contexto, é de rigor a

Acesso ao Sumário

procedência da ação, nos termos da denúncia: MATHEUS confessou que ingressou no local dos fatos, mediante arrombamento de uma janela, delatando seu comparsa ELTON. E a alegação de que não chegou a subtrair qualquer pertence da vítima, por falta de tempo, foi infirmada pelo depoimento da vítima e pelo relato do policial militar, que atestam que os bens descritos na denúncia foram apreendidos em poder dos réus. Não é demais anotar que a apreensão de coisa produto de crime em poder do agente é prova firme e convincente de autoria, porque inverte o ônus da prova, cumprindo ao acionado oferecer razões pelas quais aquilo que não lhe pertence foi consigo encontrado (Revisão Criminal nº 0297742-32.2009.8.26.0000, Rel. Des. Aguinaldo de Freitas Filho, j. 28.6.12). Bem por isso, a hipótese é mesmo de furto consumado e não meramente tentado, como quis fazer crer MATHEUS, pois parte da res furtiva saiu da esfera de proteção e vigilância da vítima, ainda que por curto espaço de tempo, configurando-se a posse tranquila, mesmo que tenha havido posterior prisão em flagrante com restituição do produto furtado ao dono. [...] Nem se alegue a insignificância da conduta, para sustentar sua atipicidade. A legislação penal brasileira não consagra o 'princípio da insignificância' ou o da 'bagatela'. A falta de punição de pequenos furtos acarretaria uma exposição da sociedade a esse tipo de delito e corresponderia a uma verdadeira autorização judicial para que os criminosos continuassem na prática de subtrações, desde que laborassem com inteligência, ou seja, escolhessem sempre bens de pequeno valor (cf. Apelação nº 0012073-05.2010.8.26.0050, 11ª Câmara de Direito Criminal, Rel. Desa. Maria Tereza do Amaral, j. 20.06.12). O pequeno valor da res furtiva não importa na incidência do denominado princípio da insignificância. Basta verificar o disposto no § 2º do artigo 155 do Código Penal, que faz referência ao 'pequeno valor' da coisa subtraída, prevendo para a hipótese, se presentes outros requisitos, a possibilidade de substituição da pena de reclusão por detenção, a diminuição de um a dois terços ou a aplicação isolada da pena de multa. A propósito do tema, consigno que o réu MATHEUS HENRIQUE é primário e os bens subtraídos foram avaliados em R$ 80,00 (fls. 67), fazendo ele jus ao benefício referido. Já ELTON é reincidente, o que torna descabida a aplicação do privilégio. Por fim, o fato de se tratar de furto qualificado não impede o reconhecimento do privilégio, conforme pacífica jurisprudência do C. STJ, consubstanciada na Súmula n. 511: 'É possível o reconhecimento do privilégio previsto no § 4º do art. 155 do CP nos casos de crime de furto qualificado, se estiverem presentes a primariedade do agente, o pequeno valor da coisa e a qualificadora for de ordem objetiva'".

No que tange às qualificadoras, constou da sentença:

"Também ficaram suficientemente caracterizadas as qualificadoras prevista no art. 155, § 4º, I, II e IV do Código Penal, eis que o delito foi cometido por duas pessoas e a prova técnica constatou que a via de acesso

Acesso ao Sumário

ao interior do imóvel se deu por escalada do muro e por arrombamento da janela do porão (cf. fls. 91/96). Anoto que não há que se falar em nulidade do laudo pericial, eis que elaborado por perito oficial, membro do Instituto de Criminalística, legalmente investido em suas funções por lei, o que dispensa que conste do laudo sua qualificação. Ademais, o perito indicou os vestígios encontrados, instruindo o laudo inclusive com fotografias do constatado, que estão em consonância com o informado pelo próprio acusado MATHEUS. Observou-se o arrombamento de uma janela mediante violência, de fora para dentro, caracterizando-se a qualificadora prevista no art. 155, parágrafo 4º, I, do Código Penal. O laudo pericial atesta, ainda, que o ingresso no local dos fatos se deu por escalada de muro de aproximadamente 1,80 metros de altura. A jurisprudência tem entendido que, para a caracterização da escalada, a altura do obstáculo transposto pelo ladravaz não tem a relevância que se pretende dar. Importa mais a verificação das condições em que esse acesso anormal ocorreu, instrumentos empregados, esforço e agilidade, etc. 'A qualificadora da escalada supõe o ingresso no local do furto por via anormal e com emprego de meios artificiais, particular agilidade, ou esforço sensível reveladores da obstinação em vencer as cautelas postas para a defesa do patrimônio e da maior capacidade do agente para delinqüir, a reclamar resposta penal mais severa' Rel. Dante Busana, RT 600/361. 'A escalada consiste no fato de penetrar o agente no lugar em que se encontra a coisa, objeto da subtração, por via anormal, por entrada não destinada a esse efeito e da qual não tem o direito de utilizar-se' (RT 437/402) (Código Penal Interpretado, Júlio Fabrini Mirabete, São Paulo, ed. Atlas, 1999, pág. 928). Assim, na hipótese dos autos, tenho por perfeitamente caracterizada a qualificadora em questão, na medida em que o apelante ingressou de forma anormal na residência da vítima, com escalada de muro de aproximadamente 1,80 metros de altura, o que exigiu do agente esforço e certa habilidade para transpô-lo".

De acordo com a denúncia, os réus, mediante escalada e rompimento de obstáculo, subtraíram para si, em proveito próprio, uma caixa de som e um facão.

A dinâmica dos fatos foi confirmada pelo próprio corréu Matheus, além das testemunhas de acusação.

Quando interrogado em juízo e expressamente indagado a respeito, Matheus narrou: "*São parcialmente verdadeiros os fatos narrados na denúncia. No dia dos fatos, realmente eu e o corréu Elton pulamos o muro da casa, arrombamos a janela, mas não deu tempo de pegar nada. Eu era viciado, fiz tratamento, mas tive uma recaída. No dia dos fatos, estava sob efeito de droga. Nós tínhamos usado crack no prédio ao lado da casa da vítima. Vimos que o muro da casa era baixo e pulamos pelos fundos. Não havia nada no interior da residência, que estava em reforma. Havia uma porta fechada, de um quartinho,*

Acesso ao Sumário

tipo um porão, onde estavam os pertences da casa. Arrombamos a janela, mas não conseguimos pegar nada, pois o dono da casa chegou, nós nos assustamos e saímos correndo. Pulamos de volta para o prédio em construção, mas fizeram um cerco e nos pegaram. O facão e som não foram encontrados conosco. Isso foi forjado. Havia coisas de valor maior que poderíamos ter pego, não iríamos pegar um facão. Não conhecia os policiais anteriormente" (fls. 159).

Por sua vez, o corréu Elton tudo negou, afirmando: "*Não são verdadeiros os fatos narrados na denúncia. Na data dos fatos eu morava na rua e o prédio em construção era usado por usuários de drogas. Eu e Mateus estávamos no prédio, pois éramos moradores de rua. Não foi apreendido nenhum objeto em nossa posse. Quando os policiais nos abordaram, a vítima estava na viatura, juntamente com os instrumentos indicados na denúncia. Não conhecia os policiais anteriormente*" (fls. 173).

Contudo, a testemunha Bruno Velasques Deniz (fls. 154/157vº), confirmou a ocorrência dos fatos, bem como a autoria por parte dos acusados. Contou em seu depoimento: "*foi irradiada uma ocorrência pelo centro de operação, de um suposto furto à residência em andamento e que havia indivíduos no interior da residência. Chegamos ao local com apoio de outras viaturas, fizemos contato com o proprietário e adentramos na residência. No fundo, quando a gente teve acesso aos fundos da residência, em cima do muro, foi ouvido um barulho de vidro de janela quebrando e, visualizamos dois indivíduos no interior. Foram surpreendidos e nos identificamos como policiais, mas eles se evadiram pulando o muro próximo a um prédio em construção. Com outras viaturas foi feito cerco no quarteirão e, dentro do prédio, foi localizado os dois indivíduos, os mesmos que estavam no interior da residência e eles estavam com alguns pertences. Na verdade, eram os mesmos que a vítima reconheceu como sendo dele [...] No quintal da residência, nos fundos, escutamos o vidro quebrando, e foi visto os dois indivíduos no fundo e, no momento que a gente apareceu, eles se assustaram, a gente se identificou como policiais, pularam o muro e correram sentido ao prédio em construção [...] Foi só possível verificar o vidro quebrado [...] Da janela de um quartinho dos fundos da casa, onde o proprietário guardava algumas ferramentas*" (fls. 154vº/155vº). Esclareceu, outrossim, que com os réus foram encontradas uma caixinha de som e um facão, que foram reconhecidas pela vítima.

Cumpre ressaltar que tal depoimento deve, sim, ser levado em consideração, mesmo porque o acusado não comprovou que a testemunha que o prestou pudessem ter qualquer interesse em prejudicar os acusados. Nada há, enfim, que enfraqueça o valor probatório do detalhado depoimento da referida testemunha.

E não existe impedimento algum para que o depoimento de policial que atuou na ocorrência seja utilizado na fundamentação da decisão condenatória,

conforme já decidido pelo C. STJ: "*Os policiais não se encontram legalmente impedidos de depor sobre atos de ofício nos processos de cuja fase investigatória tenham participado, no exercício de suas funções, revestindo-se tais depoimentos de inquestionável eficácia probatória, sobretudo quando prestados em juízo, sob a garantia do contraditório. Precedentes desta Corte e do Supremo Tribunal Federal*" (STJ, Habeas Corpus nº 149540/SP, rel. Min. LAURITA VAZ, DJe 04.05.2011).

Aliás, também não houve demonstração, nem sequer menção, de que o aludido policial, ouvido em juízo, tivesse algum motivo para acusar o réu de forma injusta e inverídica.

Cumpre destacar, outrossim, que, os bens da vítima estava, deveras, em poder do réus e foram apreendidos pelos policiais (fls. 13/14).

Ademais, a apreensão dos bens foi confirmada pela própria vítima, ouvida na fase policial: "*que é proprietário do imóvel situado no local dos fatos, sendo que o mesmo se encontra em reforma, sem moradores. soube través do seu filho que policiais militares e estavam no local para onde se dirigiu e informaram que houve arrombamento da janela e alguns objetos já estavam separados, perto do muro, sendo uma bicicleta, uma maquina de cortar piso e um capacete, que permaneceram no imóvel. tomou conhecimento que os autores foram detidos pelos policiais e com eles encontraram um facão e uma caixinha de som, avaliados em R$ 80,00 ambos, que pertencem ao declarante*" (fls. 06).

Destarte, a confissão do réu Matheus é harmônica com as demais provas produzidas. Não se trata aqui, meramente, de atribuir caráter absoluto à confissão, mas, sim, de atribuir valor a todo o conjunto probatório erigido nos autos, com ênfase para as coesas declarações prestadas sob o crivo do contraditório, que com aquelas se coadunam.

Portanto, não há que se falar em insuficiência probatória neste coerente e harmônico conjunto.

As qualificadoras do crime restaram comprovadas, não só pelo interrogatório de Matheus e do depoimento do policial, como, também, pelo laudo pericial de fls. 92/93, com as fotos de fls. 94/96, do qual consta:

> *"Quando do exame 'in loco' a perícia não observou vestígio que denunciassem a via de acesso do(s) autor(es) ao interior do imóvel, porém, a perícia entende que não havendo rompimento de obstáculo, a mesma tenha ocorrido mediante escalada, tanto, da porção anterior, como posterior.*
>
> *"No quintal, próximo da escada em alvenaria de acesso a cozinha, a perícia notou uma bicicleta aro 26, sem marca aparente; uma makita (cortador de piso) marca Cortag HD-500 de cortar piso e um capacete.*
>
> *"Segundo a vítima, os objetos antes citados encontravam no interior da casa, como não havia vestígios de arrombamento, entende-*

Acesso ao Sumário

se que a via de acesso destes elementos no interior da mordia, tenha ocorrido pelo espaço (janela) anexo a porta da cozinha. Prosseguindo o exame, verificou-se na porção posterior da moradia, mais precisamente no porão habitável, a janela arromba da mediante violência, no sentido de fora para dentro".

Destarte, cabe destacar que o laudo elaborado pelo Instituto de Criminalística é cristalino ao afirmar que houve escalada e arrombamento.

A defesa questiona tais conclusões afirmando que não houve escalada. Contudo, como se observa do trecho acima transcrito, constatou-se que, não havendo rompimento de obstáculo, não havia outra forma dos réus terem ingressado no imóvel, que não fosse "*mediante escalada, tanto, da porção anterior, como posterior*". E tal conclusão é corroborada pela confissão de Matheus que afirmou: "*Vimos que o muro da casa era baixo e pulamos pelos fundos. [...]. Arrombamos a janela [...] Pulamos de volta para o prédio em construção*" (fls. 159).

E ao contrário do sustentado, é notório que um muro de 1,80m de altura não pode ser transposto, como ocorreu no caso dos autos, se não fosse por meio de escalada.

Igualmente, o concurso de pessoas na realização do crime é inconteste, pois confirmado que os réus realizaram o furto conjuntamente. O próprio apelante Matheus admitiu que agiram em conjunto. Assim, não há que se falar em ausência de unidade de desígnios.

Assim, não há como se falar em condenação pela a modalidade simples do furto.

Por outro lado, não se cogita da desclassificação do crime de furto consumado para a modalidade tentada, visto que os réus foram pegos já fora da residência, inteiramente senhores das coisas furtadas (caixa de som e facão). Assim, os bens foram efetivamente subtraídos e já estavam fora da esfera de disponibilidade da vítima quando os apelantes foram apanhados. Percorrido, destarte, todo o *iter criminis*, não há que se falar em tentativa. Com efeito, os furtadores se apoderaram dos bens, tendo-os inteiramente à sua mercê e saindo com eles do local.

Acesso ao Sumário

E, diferentemente do sustentado pela douta Defesa, os réus não podem ser absolvidos sob alegação de que não tinham consciência da ilicitude, por conta do uso de drogas. Vale consignar que o art. 28, II, do Código Penal é expresso no sentido de que a imputabilidade penal não é excluída pela "*embriaguez, voluntária ou culposa, pelo álcool ou substância de efeitos análogos*".

Importante ressaltar, ademais, que a Defesa não sustentou, propriamente, a existência de inimputabilidade, absoluta ou relativa, pelo fato do apelante haver consumido drogas, nem postulou a produção de prova pericial para demonstrar

isto durante a instrução. E, o apelante Matheus, em seu depoimento, em nenhum momento afirmou que não tinha consciência da ilicitude de sua conduta.

De qualquer modo, vale mencionar, *ad cautelam*, que não há qualquer indício de inimputabilidade, total ou parcial, em relação a qualquer dos acusados.

Quanto ao mais, não era mesmo o caso de reconhecimento do chamado "crime de bagatela" ou de aplicação do princípio da insignificância.

Primeiramente, tem-se que o valor dos bens furtados não era irrisório, pois, como se verifica a fls. 06, o valor foi indicado pelo proprietário como sendo R$ 80,00. Trata-se de *quantum* que não pode ser considerado desprezível, máxime em face das condições econômicas de boa parte da população brasileira.

Embora não haja um consenso absoluto em doutrina e jurisprudência sobre quais seriam os pressupostos necessários para a aplicação do referido princípio, o E. Supremo Tribunal Federal já exigiu a presença cumulativa de quatro requisitos para a sua incidência (HC 90.977-MG, rel. Min. Cármen Lúcia, j. 08/05/2007): "*a) a mínima ofensividade da conduta do agente; b) a nenhuma periculosidade social da ação; c) o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e d) a inexpressividade da lesão jurídica provocada*".

Com efeito, *ad argumentandum*, ater-se somente ao valor da *res furtiva* não é suficiente para se reconhecer, de plano, a atipicidade da conduta do recorrido com base no princípio da insignificância.

Ainda que o produto do crime tenha pequeno valor, isto não tem o condão de, na hipótese concreta, permitir afirmar, de plano, que se trata de bagatela.

Nesse sentido, o entendimento do C. STJ, em caso semelhante:

"PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. FURTO. VALOR DA RES FURTIVA NÃO SE REVELA ÍNFIMO. IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA.

1. Para a aplicação do princípio da insignificância, devem ser preenchidos quatro requisitos: a) mínima ofensividade da conduta do agente; b) nenhuma periculosidade social da ação; c) reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento; e d) inexpressividade da lesão jurídica provocada.

2. No caso concreto, não há irrelevância penal na conduta perpetrada pelo recorrente, que subtraiu para si bicicleta avaliada em R$ 150,00 (cento e cinquenta reais).

3. Agravo regimental a que se nega provimento" (STJ – 6ª Turma, AgRg no AREsp 16228/DF (2011/0134992-8), rel. Min. Alderita Ramos de Oliveira, j. 02/05/2013, DJe 09/05/2013).

Cabe trazer à baila, a título de ilustração, o posicionamento do E. Supremo Tribunal Federal sobre a questão:

"*DIREITO PROCESSUAL PENAL E PENAL. HABEAS CORPUS. FURTO*

Acesso ao Sumário

QUALIFICADO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. NÃO-INCIDÊNCIA NO CASO. POSSIBILIDADE DE CONSIDERAÇÃO DO PRIVILÉGIO. ART. 155, §§ 2° E 4°, CP. CONCESSÃO DE OFÍCIO DO HC. 1. A questão de direito tratada neste writ, consoante a tese exposta pelo impetrante na petição inicial, é a suposta atipicidade da conduta realizada pelo paciente com base na teoria da insignificância, o que deverá conduzir à absolvição por falta de lesividade ou ofensividade ao bem jurídico tutelado na norma penal. 2. O fato insignificante (ou irrelevante penal) é excluído de tipicidade penal, podendo, por óbvio, ser objeto de tratamento mais adequado em outras áreas do Direito, como ilícito civil ou falta administrativa. 3. Não considero apenas e tão somente o valor subtraído (ou pretendido à subtração) como parâmetro para aplicação do princípio da insignificância. Do contrário, por óbvio, deixaria de haver a modalidade tentada de vários crimes, como no próprio exemplo do furto simples, bem como desaparecia do ordenamento jurídico a figura do furto privilegiado (CP, art. 155, § 2°). 4. A lesão se revelou significante não apenas em razão do valor do bem subtraído, mas principalmente em virtude do concurso de três pessoas para a prática do crime (o paciente e dois adolescentes). De acordo com a conclusão objetiva do caso concreto, não foi mínima a ofensividade da conduta do agente, sendo reprovável o comportamento do paciente. 5. Compatibilidade entre as qualificadoras (CP, art. 155, § 4°) e o privilégio (CP, art. 155, § 2°), desde que não haja imposição apenas da pena de multa ao paciente. 6. Habeas corpus denegado. Concessão da ordem de ofício por outro fundamento." (HC 94765, Relatora: Min. Ellen Gracie, Segunda Turma, julgado em 09/09/2008). Grifei.

No presente caso, devem ser reputados ausentes os requisitos da "*nenhuma periculosidade social da ação"* e do "*reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento*". Também não se pode falar em "*reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento*". Com efeito, os acusados agiram com intenso dolo, pois, além de se terem conluiado para a prática do crime, não hesitaram em se valer, não só de escalada, com também, de arrombamento. Ou seja, houve uma conjugação de fatores que distancia muito o presente caso de outros mais simples e comezinhos.

Resta afastado, destarte, o cabimento do invocado princípio da insignificância.

Assim, comprovadas a materialidade e a autoria, era mesmo de rigor, portanto, a condenação.

Quanto à dosimetria penal, os cálculos foram elaborados nos seguintes termos:

"Atendendo-se às circunstâncias do art. 59 do Código Penal, verifico que o réu MATHEUS HENRIQUE é primário e não ostenta maus antecedentes. Já o réu ELTON JOSÉ ostenta maus antecedentes (fls. 27,

Acesso ao Sumário

28 e 42). Prosseguindo, anoto que, estando presentes três qualificadoras, justifica-se a fixação da pena acima do mínimo legal para ambos os réus. Nesse sentido decisão do Tribunal de Alçada Criminal: 'As circunstâncias de um furto praticado sob a égide de duas qualificadoras são mais graves que as cometidas sob o manto de uma única, de modo que o autor de um furto bi-qualificado não pode receber o mesmo tratamento, no que diz respeito à fixação da pena, do que o autor de um furto uniqualificado' (RJDTACRIM 24/225). Assim, fixo a pena- base em dois anos e quatro meses de reclusão, mais multa de onze diárias, no valor unitário mínimo, para o réu MATHEUS HENRIQUE, e, em dois anos, oito meses e vinte dias de reclusão, mais doze dias-multa, no valor unitário mínimo legal, para o réu ELTON JOSÉ.

"No tocante ao réu MATHEUS HENRIQUE, não há circunstâncias agravantes ou atenuantes. Com efeito, a confissão só pode ser reconhecida como atenuante obrigatória quando se dá de forma completa, pois, em hipótese contrária, inexiste verdade total da dinâmica da ocorrência penal (cf. RJDTRACRIM 31/84). Já ELTON JOSÉ é triplamente reincidente (fls. 36/37, 38/39 e 40/41), razão pela qual elevo a pena fixada em um quinto, resultando três anos, três meses e seis dias de reclusão, e quatorze dias-multa. Não há circunstâncias atenuantes.

"Na terceira etapa de fixação da pena, anotando que não há causas de aumento, determino, em razão do reconhecimento do privilégio, a redução de um terço com relação ao réu MATHEUS HENRIQUE, resultando um ano e dois meses, e cinco dias-multa. Consigno que, tratando-se de furto consumado e qualificado, não se justifica a fixação apenas de pena de multa.

"Por ser ELTON reincidente em crime doloso, não faz jus à substituição prevista no art. 44 do Código Penal e, pela mesma razão, deverá iniciar o cumprimento da pena no regime fechado. Porém, porque respondeu em liberdade ao processo, poderá assim apelar.

"Quanto a MATHEUS HENRIQUE, presentes os requisitos do art. 44 do Código Penal, substituo, nos termos do parágrafo 2°do referido dispositivo legal, a pena privativa de liberdade por uma restritiva de direito, consistente em prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas, observadas as disposições do art. 46 do Código Penal, em local a ser designado na fase de execução (LEP, art. 149, I), e multa de mais dez diárias.

"Na hipótese de ser convertida a pena restritiva de direitos em privativa de liberdade, o cumprimento se dará no regime aberto".

Portanto, como visto a magistrada valeu-se da existência de uma segunda qualificadora como argumento para majorar as penas-base de ambos os réus.

Deveras, é preciso reconhecer que eles foram denunciados e condenados como incursos no art. 155, § 4º, I, II e IV, do Código Penal, pois ele agiu com "*rompimento de obstáculo*", mediante "*escalada*" e em "*concurso de duas ou*

Acesso ao Sumário

mais pessoas".

Anote-se que a utilização de uma ou mais qualificadoras como circunstância judicial não configura *bis in idem*. A respeito, confira-se a jurisprudência assente do C. Superior Tribunal de Justiça: "*A Quinta Turma desta Corte já se manifestou no sentido de que, diante do reconhecimento de mais de uma qualificadora, somente uma enseja o tipo qualificado, enquanto as outras devem ser consideradas circunstâncias agravantes, na hipótese de previsão legal, ou, de forma residual, como circunstância judicial do art. 59 do Código Penal*" (HC 220.526/CE, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 17/12/2013, DJe 03/02/2014).

Logo, é plausível que, enquanto uma delas serve para qualificar o crime, as outras sejam levadas em conta para majoração da pena-base na etapa do art. 59 do Código Penal, como circunstâncias judiciais desfavoráveis.

Ainda na primeira fase, anote-se que o corréu Elton apresenta maus antecedentes, comprovados pelas certidões de fls. 27, 28 e 42 do apenso.

Portanto, correta a majoração da pena-base com relação a Matheus em 1/6, por existir, com relação a ele, apenas uma circunstância negativa (segunda qualificadora), resultando em 02 (dois) anos e 04 (quatro) meses de reclusão, mais 11 (onze) dias-multa, no valor unitário mínimo. Com relação a Elton, diante da existência de duas circunstâncias prejudiciais (segunda qualificadora e maus antecedentes), dessume-se que o aumento foi de 1/3, ou seja, 1/6 para cada um dos elementos valorados, o que deve resultar em 02 (dois) anos e 08 (oito) meses de reclusão, além de 13 (treze) dias-multa, também no valor unitário mínimo (e não como constou equivocadamente da sentença: 02 anos, 08 meses e 20 dias de reclusão, além de 12 dias-multa).

Na segunda fase, não foi considerada a atenuante da confissão, uma vez que Matheus não confessou ter efetivamente subtraído os bens e Elton negou totalmente os fatos.

Quanto a Elton, houve, ainda, a majoração da pena em 1/5 por conta da agravante prevista no art. 61, I, do Código Penal. E tal fração se mostra adequada, considerando-se a tripla reincidência deste acusado (fls. 36/37, 38/39 e 40/41 do apenso). Assim, chega-se ao montante de 03 (três) anos, 02 (dois) meses e 12 (doze) dias de reclusão, além de 15 (quinze) dias-multa (ao invés dos 03 anos, 03 meses e 06 dias de reclusão, além de 14 dias-multa, fixados na r. sentença). Contudo, com relação à pena de multa, deve permanecer no patamar de 14 dias-multa (originalmente estabelecido), a fim de não se operar *reformatio in pejus*.

Acesso ao Sumário

Na terceira fase, o Juízo considerou presente a figura do furto privilegiado com relação a Matheus, que é primário (afigurando-se impossível igual benefício para Elton por ser reincidente), reduzindo a pena do citado Matheus em ½

(não obstante a magistrada a quo ter mencionado a fração de 1/3, o resultado demonstra que o percentual escolhido foi o de metade), alcançando uma pena definitiva de 01 (um) ano e 02 (dois) meses, além de 05 (cinco) dias-multa. Tal pena privativa de liberdade foi substituída por uma restritiva de direitos (prestação de serviços à comunidade), e por mais 10 (dez) dias-multa, a serem somados aos inicialmente fixados. Anote-se, que, não obstante a substituição da sanção prisional, não se pode omitir, como se fez na r. sentença, o regime prisional. Assim, há de ser explicitado o regime inicial aberto para o caso de descumprimento das reprimendas impostas.

A figura privilegiada não foi aplicada a Elton por ser ele, como visto, reincidente, o que, por si só, já afasta a possibilidade de redução a este título. Assim, com relação a Elton a pena torna-se definitiva em 03 (três) anos, 02 (dois) meses e 12 (doze) dias de reclusão, mais 14 (quatorze) dias-multa.

Por fim, ainda quanto a Elton, a reincidência específica, além de múltipla, impede a substituição da pena prisional por restritivas de direitos. E, em relação a ele, foi fixado o regime inicial fechado. Segundo a Súmula nº 269 do C. STJ, a reincidência, por si só, não impede a concessão de regime inicial mais brando do que o fechado, qual seja o semiaberto. Contudo, no caso concreto, o regime inicial fechado deveras se impõe, para que a penalidade tenha contornos de suficiência em face das peculiaridades vislumbradas nos autos. Deveras, a conduta do apelante deve ser analisada e valorada no contexto específico que emana de sua particular situação em cotejo como os elementos de convicção coligidos. Assim, cumpre realçar que a reincidência configurada é **específica** com relação a um dos delitos, pois decorre, precisamente, de condenação pelo mesmo crime. Como se não bastasse, além de triplamente reincidente, trata-se de pessoa com maus antecedentes (com três condenações a este título, fls. 36/37, 38/39 e 40/41 do apenso). Tudo isto patenteia conduta social perniciosa, dedicação a atividades delitivas e personalidade desregrada.

O princípio da suficiência da pena faz com que ela, inclusive quanto ao seu modo de execução (regime prisional), deva ser de molde a afastar qualquer sensação de impunidade e iniba, efetivamente, a reiteração delitiva. E já se viu, inclusive, que na fase do art. 59 do Código Penal se identificou situação desfavorável.

Deveras, a análise individualizada das peculiaridades que envolvem o caso, a conduta e a pessoa de Elton, como acima explanado, corrobora o entendimento de que, realmente, o regime prisional inicial deve ser o fechado, em face da situação concreta.

Diante do exposto: ***a)*** **dou parcial provimento ao recurso do corréu Elton**, tão somente para reduzir sua pena final, fixando-a em 03 (três) anos, 02 (dois) meses e 12 (doze) dias de reclusão, em regime inicial fechado, mais

Acesso ao Sumário

14 (quatorze) dias-multa, no valor unitário mínimo; ***b)*** **nego provimento ao recurso do corréu Matheus.**

Providencie-se o necessário para a expedição de mandado de prisão em relação ao corréu ELTON JOSÉ LÁZARO DOS SANTOS (OU HELTON JOSÉ LÁZARO DOS SANTOS), nos termos do decidido pelo C. Supremo Tribunal Federal no H.C. nº 126292/SP (Rel. E. Min. Teori Zavascki, j. 17/02/2016).

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0010448-78.2015.8.26.0625, da Comarca de Taubaté, em que é apelante MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, é apelado FELIPE SIQUEIRA DOS SANTOS ARAÚJO.

ACORDAM, em 5ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Rejeitaram a preliminar de inconstitucionalidade do artigo 66, da Lei nº 11.343/06, aventada pela defesa em sede de contrarrazões, DERAM PROVIMENTO ao recurso ministerial para, reconhecida a causa de aumento do artigo 40, inciso III, da Lei nº 11.343/06, afastada ainda a regra do artigo 33, § 4º, do mesmo Diploma, majorar as penas de FELIPE SIQUEIRA DOS SANTOS ARAÚJO para 7 (sete) anos, 3 (três) meses e 15 (quinze) dias de reclusão e 729 (setecentos e vinte e nove) dias-multa, no piso, fixar o regime inicial fechado e afastar a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, com determinação de expedição de mandado de prisão. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 31.643)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores SÉRGIO RIBAS (Presidente) e TRISTÃO RIBEIRO.

São Paulo, 28 de julho de 2016.

PINHEIRO FRANCO, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: Tráfico de entorpecentes. Recorrido que, no interior de veículo destinado ao transporte público e ao notar a iminência de abordagem policial, lança a mochila que trazia no colo do corréu. Agentes públicos que, no curso da diligência, efetuam a detenção da dupla, constatando que a mochila da qual o recorrido tentou se desvencilhar continha dois tijolos prensados de maconha, com peso total de 1.925 gramas. Autoria

e materialidade claras. Confissão judicial em sintonia com o remanescente da prova oral e documental colhida nas duas fases da persecução. Condenação bem decretada. Recurso da acusação postulando o reconhecimento da causa de aumento do artigo 40, inciso III, da Lei de Drogas; o afastamento do redutor do artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06 e, ainda, da substituição da pena corporal por restritivas de direitos, fixando-se o regime inicial fechado. Causa de aumento bem patenteada nos autos. Dispositivo que não tem sua incidência limitada aos casos em que o agente, de fato, ofereça entorpecentes às pessoas que estejam frequentando os locais nele previstos e determinados, devendo ele, ao revés, incidir como maneira de diminuir a possibilidade de oferta de substâncias estupefacientes nos locais elencados pela lei, coibindo, inclusive, aquele que se aproveita da natural dificuldade de fiscalização policial em transporte público para mais "seguramente" transportar a droga, disseminado, consequentemente, os efeitos decorrentes da infeliz proliferação de seu uso. Inviabilidade, de outro lado, de aplicação da regra do artigo 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06. Hipótese em que os elementos colhidos evidenciam sério comprometimento do réu com a atividade lícita, óbice claro à redução deferida, que fica afastada, restando as penas readequadas para 7 (sete) anos, 3 (três) meses e 15 (quinze) dias de reclusão e 729 (setecentos e vinte e nove) dias-multa, no piso. Conduta, de outro lado e a despeito do volume readequado das penas, incompatível com os parâmetros estabelecidos pelo artigo 44, do Código Penal. Regime inicial fechado, para o tráfico, absolutamente necessário, abstraída a discussão acerca da declaração incidental de inconstitucionalidade do artigo 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90, proferida ao ensejo do julgamento do Habeas Corpus nº 111.840 – ES, pelo Pretório Excelso, considerada a gravidade concreta do fato, a denotar o envolvimento presumivelmente habitual do réu com o tráfico de drogas em larga escala. Apelo ministerial provido para, afastada a regra do artigo

Acesso ao Sumário

33, § 4º, da Lei de Drogas e, reconhecida a causa de aumento do artigo 40, inciso III, do mesmo Diploma, majorar as penas, fixar o regime inicial fechado e afastar a substituição da reprimenda corporal por restritivas de direitos, com determinação de expedição de mandado de prisão, rejeitada a preliminar de inconstitucionalidade aventada pela defesa no bojo das contrarrazões recursais.

VOTO

Apelação Criminal interposta contra sentença que condenou **FELIPE SIQUEIRA DOS SANTOS ARAÚJO**, como incurso no artigo 33, "caput", e § 4º, da Lei nº 11.343/06, às penas de 3 anos, 1 mês e 15 dias de reclusão, em regime inicial semiaberto, e 312 dias-multa (mínimo legal), substituída a privativa de liberdade por duas restritivas de direitos, consistentes em prestação de serviços à comunidade e prestação pecuniária de um salário mínimo em favor de entidade a ser indicada pelo Juízo da Execução.

Busca o **MINISTÉRIO PÚBLICO** a reforma parcial da decisão, perseguindo: **a)** o reconhecimento da causa de aumento do artigo 40, inciso III, da Lei nº 11.343/06, pois restou comprovado nos autos que o apelado transportava dois quilos de maconha, para fins de tráfico, no interior de ônibus coletivo. Aduz que no esteio da jurisprudência, o transporte de drogas no interior de coletivo é o suficiente para o reconhecimento da aludida causa de aumento, de natureza objetiva; **b)** o afastamento da regra do artigo 33, § 4º, do mesmo Diploma. Pontua que o benefício previsto no referido dispositivo é causa de diminuição de pena, de sorte que a prova de seus requisitos é ônus da defesa, sendo vedado seu reconhecimento sem qualquer prova produzida neste sentido. Aduz, assim, que cabia ao apelado demonstrar estivessem satisfeitos os requisitos do mencionado dispositivo legal, o que não ocorreu, restando inviável, assim, a incidência da aludida regra. Destaca que a pena mínima prevista para o delito de tráfico de entorpecentes é aquela cominada em seu preceito secundário, devendo a causa de diminuição de pena prevista em seu parágrafo 4º ser aplicada em situações excepcionais, quando comprovadas, por quem a alegar, as circunstâncias e requisitos previstos no mencionado dispositivo, pena de afronta, inclusive, à intenção do legislador, voltada ao recrudescimento do combate ao nefasto comércio. Pontua ser notório que a atividade do tráfico de drogas assumiu características de negócio, sendo hoje a principal fonte de renda de diversas fileiras do crime organizado, de sorte que a prática de uma das condutas previstas no tipo penal é, em regra, parte de uma atividade empresarial (ilícita) estável e permanente, sendo claro que os responsáveis pela organização, por certo, não confiariam a execução de uma das fases necessárias para a consecução do

Acesso ao Sumário

objetivo final da atividade a pessoa que não goze de sua confiança, de sorte que apenas de forma excepcional se pode admitir a prática do odioso comércio sem que o agente se dedique habitualmente a esta atividade, quando, então, seria cabível a aplicação da benesse em apreço. Aduz que a referida excepcionalidade, na hipótese, não se mostra presente, uma vez que o apelado foi preso com flagrante com expressiva quantidade de droga – aproximadamente dois quilos de maconha, suficientes para disseminação dela a um enorme número de pessoas –, tudo a evidenciar que ele já vinha se dedicando a esta atividade criminosa há bastante tempo e que tinha a intenção de assim agir também por mais tempo, fazendo do tráfico de drogas seu meio de vida, de sorte que FELIPE não fazia mesmo jus ao redutor do artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06 e, **c)** a fixação do regime inicial fechado, por entender que o acusado não faz jus ao regime inicial semiaberto, nem à substituição da reprimenda corporal, nos termos do artigo 44, inciso III, do Código Penal e do artigo 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90, devendo ser sopesada em desfavor dele, ainda, as circunstâncias do artigo 42, da Lei nº 11.343/06. Daí o pleito de reforma (páginas 243/253).

Processado o recurso, com resposta, subiram os autos, opinando a D. Procuradoria Geral de Justiça pelo provimento (páginas 277/289).

É o relatório.

Inicialmente, analiso a tese de inconstitucionalidade do artigo 66, da Lei nº 11.343/06, aventada pela Defesa no bojo das contrarrazões recursais, repelindo-a, porém.

De fato, o artigo que tipifica como crime o tráfico de substâncias entorpecentes é norma penal em branco heterogênea, aquela cuja complementação está contida em norma procedente de outra instância legislativa ou administrativa, sendo irrelevante a hierarquia superior ou inferior de uma e de outra. Neste caso, ocorre por ato do Poder Executivo, qual seja, a Portaria SVS/MS nº 344, de 12 de maio de 1998.

Bate-se a defesa pelo fato de a norma que determina quais as substâncias entorpecentes não possuir condão legislativo, o que ofende o princípio da legalidade. Tenho para mim, no entanto, que afronta não há. A própria Lei nº 11.343/06, em seu artigo 1º, parágrafo único, define droga como a substância ou produto capaz de causar dependência, assim especificados em lei ou relacionados em listas atualizadas periodicamente pelo Poder Executivo da União. Ora, o próprio dispositivo legal, aprovado legitimamente pelo Congresso Nacional, confere ao Executivo poder para listar as substâncias capazes de causar dependência. Ademais, o artigo 66, do mesmo diploma legal, contra o qual se insurge o recorrido, ao definir quais as drogas a que se refere o artigo 1º, remete expressamente à Portaria SVS/MS nº 344/98. Vale dizer que o legislador incorporou tal ato normativo ao ordenamento jurídico. E previu,

Acesso ao Sumário

ainda, atualização das listas pelo Poder Executivo. No caso concreto, em que se trata da apreensão de maconha, observo que tal substância, quando da edição da Lei nº 11.343/06, já era listada na Portaria emitida pelo Ministério da Saúde, de sorte que a vontade do legislador, sabedor de tal circunstância, foi tipificar como crime o tráfico dela. Desta forma, não há se falar em afronta ao princípio constitucional da legalidade.

Afirma a defesa que o ato normativo não é atualizado há muitos anos. Observo, no entanto, que a Portaria SVS/MS é atualizada com frequência. Somente para exemplificar, a Resolução da Diretoria Colegiada da Agência Nacional de Vigilância Sanitária nº 7, de 26 de fevereiro de 2009, incluiu na lista das substâncias de uso proscrito no Brasil, o 1-Benzilpiperazina e o 1-(3-trifluormetilfenil)piperazina, substâncias que estavam sendo utilizadas para a fabricação de um novo tipo de *ecstasy*. Pouco antes, a Resolução da Diretoria Colegiada da Agência Nacional de Vigilância Sanitária nº 79, de 4 de novembro de 2008, incluiu, na mesma lista, o 1-(3-clorofenil)piperazina, que também era utilizado para a fabricação do comprimido. Ora, está claro que a lista de substâncias entorpecentes deve ser confeccionada por órgão técnico e de maneira rápida. Além de o processo legislativo brasileiro ser mais demorado, o que faria com que a sociedade arcasse com os prejuízos de ter em circulação substâncias causadoras de dependência física e psíquica, os legisladores não têm o suporte técnico para determinar se substância específica causa ou não prejuízos à saúde. Muito provavelmente, recorreriam à ANVISA para que o órgão elaborasse parecer técnico antes de aprovar a lei. De qualquer forma, só as substâncias incluídas na portaria é que são alvo da legislação penal. Isso é o que, de fato, interessa.

Acena a defesa com afronta ao princípio da proporcionalidade, vez que o tecnicismo, que deve prevalecer, muitas vezes é substituído por simples "decisionismo político". No que interessa, parece não haver dúvida de que a maconha é substância entorpecente que causa dependência, de sorte que a argumentação posta nas contrarrazões, se interessa ao campo acadêmico, não interessa ao processo em concreto.

Desta forma, não há se falar em inconstitucionalidade do artigo 66, da Lei nº 11.343/06.

Ao mérito.

O recorrido e Douglas Lopes (autos desmembrados) foram denunciados por tráfico de entorpecentes. E isso porque no dia 3 de agosto de 2015, por volta das 22 horas, na Rua Lídia Rudner Schimidt, Vila São José, no interior da Rodoviária Nova, em Taubaté, FELIPE e Douglas Lopes, agindo em concurso, previamente ajustados e com unidade de propósitos, adquiriram, guardavam e transportavam, para fins de tráfico, **1.925 gramas de maconha**, sob a forma de

Acesso ao Sumário

dois tijolos, o que faziam sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar.

Segundo o apurado, FELIPE e Douglas, de comum acordo, adquiriram as referidas porções de maconha em local desconhecido, guardando-as em mochila, a fim de transportá-las para a cidade de Ubatuba, objetivando comercializá-las.

Todavia, policiais militares, no curso de patrulhamento na rodoviária nova da Comarca e com vistas à averiguação de uma ocorrência de roubo, resolveram abordar pessoas de um determinado ônibus. Assim, ao ingressarem no coletivo, os milicianos notaram FELIPE jogando uma mochila no colo de Douglas.

Diante de tal comportamento suspeito – e o relato ainda é da peça –, os policiais revistaram a mochila dos indiciados, oportunidade na qual encontraram, em seu interior, quase dois quilos de maconha, divididos em duas porções, na forma de "tijolos". Inquiridos, os indiciados responderam que residiam em Ubatuba, cidade para a qual pretendiam retornar.

Nos termos da denúncia, a quantidade de entorpecentes apreendida, a comprovação do conluio dos agentes e as demais circunstâncias relativas à diligência revelam que os entorpecentes se destinavam ao nefasto comércio.

Finda a instrução, o réu, condenado nos exatos termos da denúncia às penas de 3 anos, 1 mês e 15 dias de reclusão, em regime inicial semiaberto, e ao pagamento de 312 dias-multa (valor unitário mínimo), com substituição da corporal por duas restritivas de direitos, não recorreu (páginas 238 e 272). O Ministério Público, por sua vez, insurgiu-se parcialmente contra a decisão, postulando o reconhecimento da causa de aumento do artigo 40, inciso III, da Lei nº 11.343/06, o afastamento da regra do artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, a cassação da substituição deferida e a fixação do regime inicial fechado.

Inicialmente, anoto que a condenação foi bem decretada. A uma, porque a materialidade delitiva restou comprovada pelo boletim de ocorrência (páginas 8/12), pelo auto de exibição e apreensão (página 13), pelo laudo de constatação provisória (página 17), pelo laudo de exame químico-toxicológico, que apontou resultado positivo para maconha (páginas 122/123) e, ainda, pela prova oral. A duas, porque embora tivesse negado qualquer vínculo com as drogas na via administrativa (página 7), o réu, em juízo, admitiu a posse da mochila contendo as porções de maconha, dizendo que as transportaria até a cidade de Ubatuba. Assim agiu, pela primeira vez, porque devia R$ 800,00 a traficantes, uma vez que ostentando a condição de usuário, consumia "um quilo de maconha por dia" (sic) e, a três, porque a confissão encontrou suporte nos relatos críveis e válidos dos policiais militares Pedro Claro e Alex Christian da Cruz que, em uníssono, confirmaram a veracidade dos fatos narrados na denúncia, esclarecendo que FELIPE, ao divisá-los no interior do coletivo, lançou a mochila no colo do corréu, vindo, em seguida, a sentar-se em outra poltrona, culminando a diligência com

Acesso ao Sumário

a detenção de ambos e, ainda, com a apreensão daquela mochila, que continha quase dois quilos de maconha (mídia digital arquivada em cartório).

A condenação do recorrido pelo tráfico, assim, foi bem decretada.

A acusação, a esta altura, postula a incidência da causa de aumento, descrita na denúncia, prevista no artigo 40, inciso III, da Lei nº 11.343/06, por ter sido o crime praticado no interior de veículo de transporte público. A sentença não a reconheceu por entender que a referida causa de aumento só se aperfeiçoa quando o agente se utiliza do transporte público para difundir drogas a terceiros, não havendo campo para a majoração na hipótese em que referido veículo de transporte público é utilizado como forma de deslocamento físico. Respeitado o entendimento do Ilustre Magistrado, penso que a razão está com a acusação, cumprindo anotar que os policiais e o próprio acusado foram claros ao narrar que a diligência, que culminou com a apreensão de expressiva quantidade de drogas, ocorreu no interior de ônibus coletivo que fazia a linha São José dos Campos - Taubaté. E não foi, a tempo algum, questionada a idoneidade dessa prova, tudo a autorizar o reconhecimento da causa de aumento.

A propósito, a causa de aumento em questão tem por objetivo punir com maior severidade a disseminação de drogas entre usuários do serviço de transporte público e mostra, com isso, a clara intenção do legislador em protegê-los da ação nefasta e perniciosa de traficantes. Daí porque razoável o entendimento no sentido de que a causa de aumento prevista no artigo 40, inciso III, da Lei nº 11.343/06, não tem sua incidência limitada aos casos em que o agente, de fato, ofereça entorpecentes às pessoas que estejam frequentando os locais previstos e determinados no artigo em comento, devendo ela, ao revés, incidir como maneira de diminuir a possibilidade de oferta de substâncias estupefacientes nos locais elencados pela lei, coibindo, inclusive, aquele que se aproveita da natural dificuldade de fiscalização policial em transporte público para mais seguramente transportar a droga, disseminado, consequentemente, os efeitos decorrentes da infeliz proliferação de seu uso. Entendimento em sentido contrário, data vênia, levaria a causa de aumento a ser aplicada apenas quando o agente estivesse vendendo droga no interior de veículos destinados ao transporte público. Não é essa, não tenho dúvida, a vontade do legislador.

Resta examinar as penas e o regime, pleiteando a acusação, ainda, o afastamento do redutor e da substituição da pena corporal, com a fixação do regime inicial fechado.

O Ilustre Magistrado, com lastro nas disposições dos artigos 59, do C. Penal e 42, da Lei nº 11.343/06, considerando, sobretudo, as circunstâncias do crime e a expressiva quantidade de droga apreendida (quase dois quilos de maconha), fixou adequadamente a pena-base acima do mínimo na quarta parte, resultando a operação em 6 anos e 3 meses de reclusão e 625 dias-multa.

Acesso ao Sumário

Na segunda fase e a despeito do reconhecimento, na sentença, da atenuante da confissão, a reprimenda, de modo fundamentado e com lastro no entendimento sumulado pela Corte Superior (545, do C. Superior Tribunal de Justiça), não foi reduzida, considerando o E. Magistrado que o conteúdo dela não repercutiu decisivamente para a elucidação da verdade real. E a decisão, neste ponto, não comporta reparo, até porque o ato não foi completo, eis que o acusado, embora admitindo o transporte das drogas, tentou isentar o corréu de responsabilidade, vindo, ademais e na via administrativa, a negar seu vínculo com a mochila, na qual foi encontrada a droga (folha 7). E tal postura, por si só, já impediria a atenuação da sanção. Por fim, pela causa de diminuição prevista no artigo 33, §4º, da Lei nº 11.343/06, a reprimenda, na terceira fase, foi reduzida de metade, perfazendo, à míngua de outras causas, 3 anos, 1 mês e 15 dias de reclusão e 312 dias-multa.

Todavia, não havia campo, na hipótese e "data venia", para a aplicação da regra do artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, que admite atenuação da reprimenda apenas para réus, ainda que primários, que não ostentem periculosidade maior. E **o acusado revela acentuada periculosidade**, na medida em que foi surpreendido por policiais militares, no interior de coletivo, transportando **1.925 gramas de maconha que seriam inescrupulosamente disseminados na comarca onde ele declarou residir**. E tais particularidades, aliadas à efetiva ausência de comprovação do exercício de atividade produtiva lícita, evidenciam sério comprometimento com a atividade ilícita, óbice claro à concessão da redução, até porque a versão exculpatória ofertada pelo acusado, no sentido de que deliberou transportar aquelas drogas pela primeira vez, porque devia ao traficante R$ 800,00 posto que consumisse "um quilo de maconha por dia", como declarou em juízo, não é séria, mostrando-se apta, inclusive, ao reconhecimento do envolvimento sério dele com o tráfico em larga escala. Na aplicação do preceito, ademais, o Juiz há de verificar, também, o grau de culpabilidade do agente, o alcance da conduta e as circunstâncias do crime, sem o que estará ferindo o princípio da individualização da pena. No caso, portanto, data vênia dos argumentos contrários, mostrava-se inviável a aplicação do redutor, de sorte que as penas de FELIPE, afastado o redutor e em razão do reconhecimento da causa de aumento do artigo 40, inciso III, da Lei nº 11.343/06 - a justificar a exasperação da reprimenda na sexta parte -, ficam readequadas, à míngua de outras causas, para **7 (sete) anos, 3 (três) meses e 15 (quinze) dias de reclusão e 729 (setecentos e vinte e nove) dias-multa, no piso.**

Insurge-se o órgão acusador, ainda, quanto ao regime inicial fixado e à substituição efetuada.

E com razão.

A substituição, não fosse o volume readequado das penas (superiores a quatro anos de reclusão), mostra-se também inviável, diante da evidente

Acesso ao Sumário

incompatibilidade do benefício com a conduta de quem trafica, disseminando o mal na sociedade, com a nota de que a lei estabelece o regime inicial fechado para casos tais. A conduta examinada, evidentemente, não se encontra entre aquelas em que o legislador pretendeu favorecer o réu com a benesse pleiteada. Substituição, no caso dos autos, implicaria na mais clara impunidade, em desprestígio para o Poder Judiciário e risco concreto para a sociedade, que se vê refém dos efeitos nefastos da ação delitiva. **A atividade do traficante, indivíduo sem escrúpulos, é tão perniciosa para a sociedade, destruindo o cidadão e sua família, para o exercício do comércio ilícito, que fica até mesmo difícil imaginar uma pena substitutiva para ser aplicada, se fosse caso**. Ademais, condutas como a do acusado disseminam o vício, criando toda sorte de problemas, desde os mais óbvios, de saúde pública, até aqueles que constituem reflexo da atividade, vez que a prática do tráfico fomenta a ocorrência de diversos outros crimes graves, demandando uma enérgica e séria reação do Estado, até como fator profilático. Por fim, importante ressaltar que a conduta de quem pratica o tráfico de entorpecentes também não se amolda aos parâmetros estabelecidos no artigo 44, do Código Penal.

Por fim, assiste razão à acusação quanto ao regime para o cumprimento da sanção corporal. Isso porque, a despeito da declaração incidental de inconstitucionalidade do artigo 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90, pelo Pretório Excelso, proferida ao ensejo do julgamento do Habeas Corpus nº 111.840/ES, ao réu deve ser fixado o regime inicial fechado, por evidente incompatibilidade de modalidade mais branda com a conduta tratada nos autos, data vênia. Com efeito, abstraída a discussão acerca da transcendência, ou não, dos efeitos da decisão proclamada pela Corte Suprema, o fato é que a eleição do regime inicial de cumprimento das reprimendas deve observar não só os balizamentos previstos no artigo 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal, bem como, ainda, a regra do artigo 42, da Lei de Drogas. E, na hipótese, a gravidade concreta dos fatos, a evidenciar o envolvimento presumivelmente habitual do réu com o tráfico, bem como o volume da droga apreendida, justificam, senão exigem, a fixação do regime inicial fechado para início do desconto da pena corporal.

Acesso ao Sumário

Meu voto, pois, rejeitada a preliminar de inconstitucionalidade do artigo 66, da Lei nº 11.343/06, aventada pela defesa em sede de contrarrazões, **DÁ PROVIMENTO** ao recurso ministerial para, reconhecida a causa de aumento do artigo 40, inciso III, da Lei nº 11.343/06, afastada ainda a regra do artigo 33, § 4º, do mesmo Diploma, majorar as penas de **FELIPE SIQUEIRA DOS SANTOS ARAÚJO** para **7 (sete) anos, 3 (três) meses e 15 (quinze) dias de reclusão e 729 (setecentos e vinte e nove) dias-multa, no piso**, fixar o **regime inicial fechado** e **afastar a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos. Expeça-se mandado de prisão** (STF, Habeas Corpus nº 126.292/SP, Rel. Min. Teori Zavascki, d.j. 17/02/2016).

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0007396-30.2014.8.26.0554, da Comarca de Santo André, em que é apelante/apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, é apelado/apelante ANDRÉ SOARES PELEGRINO.

ACORDAM, em 5ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "NEGARAM PROVIMENTO do recurso ora interposto pela Defesa de André Soares Pelegrino, qualificado nos autos, e DERAM PROVIMENTO ao recurso ministerial, para condená-lo à pena de 43 (quarenta e três) anos e 09 (nove) meses de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 70 (setenta) dias-multa, no mínimo legal, como incurso no artigo 157, § 3º, 2ª parte, do Código Penal, por quatro vezes, e artigo 157, § 3º, 2ª parte, c.c. artigo 14, inciso II, ambos do Código Penal, por uma vez, todos na forma do artigo 70 do Código Penal, mantida, no mais, a r. sentença de fls. 253/258. Expeça-se mandado de prisão atualizado. V.U. Expeça-se mandado de prisão atualizado", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 29.572)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores SÉRGIO RIBAS (Presidente), JUVENAL DUARTE e PINHEIRO FRANCO.

São Paulo, 28 de julho de 2016.

SÉRGIO RIBAS, Relator

Ementa: APELAÇÃO CRIMINAL – Roubo majorado – Defesa pleiteia a anulação do interrogatório feito na fase investigatória, eis que este não está assinado; a absolvição do acusado por insuficiência probatória, subsidiariamente, a fixação de regime inicial semiaberto – Impossibilidade – Diante do conjunto probatório produzido, a ausência de assinatura não tira a credibilidade do interrogatório prestado na fase de inquérito policial, ainda que ausente de assinatura – Conjunto probatório hábil e robusto a ensejar a condenação – Regime fechado afigura-se mais adequado para início de cumprimento de pena, notadamente diante do montante de pena aplicada e da reincidência do acusado – Apelo defensivo não provido. Recurso ministerial – Pretende a desclassificação para o delito de latrocínio, sendo o acusado condenado como incurso no artigo 157, § 3º,

Acesso ao Sumário

2ª parte, do Código Penal, por quatro vezes, e artigo 157, § 3º, 2ª parte, c.c. artigo 14, inciso II, ambos do Código Penal, por uma vez, todos na forma do artigo 70 do Código Penal – Recurso provido.

VOTO

Vistos.

Tratam-se de apelações criminais, interpostas por André Soares Pelegrino e Ministério Público do Estado de São Paulo, contra r. decisão de fls. 253/258, cujo relatório se adota, acrescentando-se que, ao julgar parcialmente procedente a ação penal, condenou o réu à pena de 05 (cinco) anos, 06 (seis) meses e 10 (dez) dias de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 12 (doze) dias-multa, no mínimo legal, como incurso no artigo 157, § 2º, inciso I, c.c. artigo 70, ambos do Código Penal, em combinação com o artigo, inciso II, do Código Penal. Negado recurso em liberdade.

Inconformado, recorre o I. representante do Ministério Público, com razões de apelação a fls. 262/268, nas quais requer a reforma da r. sentença, pretendendo a condenação do acusado em concurso formal, por quatro vezes como incurso no artigo 157, § 3º, 2ª parte, do Código Penal, e por uma vez como incurso no artigo 157, § 3º, 2ª parte, c.c. artigo 14, inciso II, ambos do Código Penal.

Igualmente inconformada, recorre a I. Defesa do réu, com razões de apelação a fls. 322/323, pretendendo a anulação do interrogatório feito na fase investigatória, eis que não encontra-se assinado; a absolvição do acusado por insuficiência probatória ou, subsidiariamente, a fixação de regime inicial semiaberto.

Recursos de apelações regularmente processados e contrariados pela Defesa a fls. 295/296, e pelo Ministério Público, a fls. 325/328.

Nesta Instância, a D. Procuradoria Geral de Justiça manifestou-se a fls. 334/339, apresentando parecer pelo não provimento do apelo da Defesa e provimento integral do recurso do Ministério Público.

É o relatório.

Cuida-se de ação penal na qual a exordial narra que, no dia 11 de abril de 2014, por volta das 12h30min, na Avenida São Bernardo do Campo, Vila Luzita, nesta cidade e comarca de Santo André, André Soares Pelegrino, mediante grave ameaça e violência exercida com emprego de arma branca – faca –, contra as vítimas José Carlos do Nascimento e Fernanda Marcelli de Souza, tentou subtrair para si bens diversos de passageiros e dos que estavam na posse do motorista do coletivo da Viação Expresso Guarará Ltda., placas DPE-2240. Em razão da violência física empregada na execução do roubo, as vítimas Vladimir

Teixeira Pinto, Célia Aparecida Daniel, Maria Clara Daniel Pinto e Mariana Daniel faleceram, enquanto a vítima Fernanda Marcelli de Souza sofreu lesões corporais, que somente não ocasionaram a sua morte por circunstâncias alheias à vontade do agente.

Segundo apurado, no dia dos fatos, o acusado ingressou no coletivo da Viação Expresso Guarará Ltda., placas DPE-2240, e ficou perto do motorista José Carlos do Nascimento. Assim que a vítima colocou o ônibus em movimento, o réu anunciou o roubo e passou a cutucá-la com uma faca, ordenando que não parasse de dirigir. Em razão da violência empregada pelo acusado, o motorista perdeu o controle da direção do ônibus e colidiu contra os veículos Volkswagen Gol, placas BOJ-4656, e Peugeot Hoggar, placas EYK-7503, e contra o veículo da Viação São João, placas DBM-7973, provocando o óbito do casal Vladimir Teixeira Pinto e Célia Aparecida Daniel e das filhas Maria Clara Daniel Pinto e Mariana Daniel, todos ocupantes do veículo VW Gol.

Patente, portanto, que a morte das vítimas Vladimir Teixeira Pinto, Célia Aparecida Daniel, Maria Clara Daniel Pinto e Mariana Daniel resultou da conduta do acusado, que empregou violência contra o motorista do coletivo com uma faca, enquanto ordenava que ele continuasse a dirigir, fazendo com que perdesse o controle da direção e atingisse outros veículos que circulavam pela via pública.

Não satisfeito e com a imobilização do ônibus após as colisões, visando à obtenção de algum bem, o acusado ainda investiu contra a passageira Fernanda Marcelli de Souza, que estava sentada próxima ao motorista, tentando golpeá-la com a faca, razão pela qual a vítima saltou desesperadamente para fora do coletivo pela porta que estava aberta, chocando-se contra o asfalto, o que ocasionou lesões pelo corpo, inclusive cabeça, que não ocasionaram sua morte por razões alheias à vontade do agente.

A materialidade delitiva resulta consubstanciada nos autos, com a vinda do auto de reconhecimento de pessoa – positivo (fls. 11); Boletim de Ocorrência nº 877/2014 – D.P. Santo André (fls. 13/19); auto de exibição e apreensão (fls. 23/24); Boletim de Ocorrência nº 2332/2014 – D.P. Santo André (fls. 62/63); Boletim de Ocorrência nº 2348/2014 – D.P. Santo André (fls. 64/65); reconhecimento fotográfico positivo e representação (fls. 67); exame de constatação – faca (fls. 95); laudo de exame necroscópico – Vladimir Teixeira Pinto (fls. 159/160); laudo de exame necroscópico – Célia Aparecida Daniel (fls. 162/163); laudo pericial – local dos fatos (fls. 204/212); laudo de exame necroscópico – Maria Clara Daniel Pinto (fls. 216-v/217); laudo de exame necroscópico – Mariana Daniel (fls. 218- v/219); bem como pelas provas orais produzidas nos autos.

No que tange à autoria criminosa, interrogado a fls. 10, o indiciado lança:

Acesso ao Sumário

"que na data de hoje embarcou em um ônibus na Avenida São Bernardo com o propósito de roubar o caixa; que assim que entrou esperou o ônibus andar e cutucou o motorista com a faca para lhe mostrar que estava armado; que confessa que o estocou de maneira mais forte obrigando-o a não parar o coletivo por motivo algum; que acredita ter ferido o motorista, mas não se recorda com que intensidade; que em seguida ouviu uma colisão e correu para trás do ônibus para fugir; que desembarcou e tentou correr, mas foi preso pelas pessoas da rua, que o agrediram violentamente".

Em juízo, apresenta versão no sentido de ser inocente e de que um outro teria sido o assaltante (fls. 227/229).

Cabe dizer que a diversidade das versões importa em debruçar sobre demais testemunhos colacionados ao telado, para formação de convicção.

José Carlos do Nascimento, a fls. 167/175, expõe: "... um rapaz entrou no ônibus, sentou atrás de mim, puxou a arma, era uma faca e falou: 'não para se não eu te mato'; aí, eu perdi tudo, aí, de repente, escutamos a batida e aconteceu tudo; houve o momento do assalto, na hora que ele fez a ação, eu estava descendo, em movimentação, não sei, na entrada do semáforo; foi muito rápido; fiquei assustado, ele falou: 'não para que eu te mato' e aí, aconteceu o acidente; o ônibus bateu na parte de trás do carro; não me lembro se o carro estava parado ou em movimento; não sei se a pancada foi muito forte; não tive coragem de olhar o carro estragado, mas falaram que estragou bastante... ele chegou a correr, eu corri atrás dele e alguém da rua derrubou ele; aí, ficaram segurando até a polícia chegar... parece que teve um segundo carro atingido; o primeiro falaram que é um Gol; foram três veículos envolvidos, um Gol, um segundo carro e outro ônibus... foi muito rápido entre o anúncio do assalto e a batida nos carros... eu lembro que quando ele pegou a faca, colocou no meu pescoço, eu desci perto do radar, subi, comecei a descer para chegar perto do mercado, aí comecei a descer e a poucos metros aconteceu... fiquei sabendo que morreram pessoas do roubo... parece que chutaram no rosto dele; eu não cheguei a brigar com ninguém, eu me assustei na hora, foi tudo muito rápido; não tinha condição de dirigir o veículo, na hora que ele falou que era assalto, eu já me perdi, como ele estava atrás de mim, não tinha como, eu me perdi no volante".

O Policial Militar Márcio Antônio de Freitas, a fls. 177/180, narrou: "... eu cheguei depois do acidente; já tinha sido removido o ônibus; o ônibus desceu a Avenida São Bernardo e o carro estava parado no farol, que o ônibus saiu arrastando o veículo, e o veículo bateu em outro ônibus; tinha outro carro envolvido no acidente, uma Pick-up pequena; a vítima do ônibus falou que percebeu uma bagunça na parte dianteira do ônibus e ele viu o rapaz armado com uma faca; aí, o rapaz colocou a faca no pescoço, nas costas dele, falou para ele não parar o ônibus e houve o acidente... não tinha marcas de frenagem no chão; do assalto até o acidente o ônibus andou um quarteirão, meio quarteirão;

Acesso ao Sumário

o carro foi arrastado, chegou a atingir outro veículo, mas eu não me recordo o modelo; o motorista do ônibus falou que colocou a faca no pescoço dele e falou para ele acelerar, aí, ele foi acelerar e pegou no Gol".

Francisco Carlos Silva, a fls. 182/185, dispõe: "não presenciou o acidente, estive no local, após os fatos; era um acidente de trânsito com vítimas fatais; havia um aglomerado de pessoas muito grande, eu percebi que as pessoas estavam agredindo um indivíduo, estava sendo agredido pelos passageiros do ônibus... conseguimos tirar ele do meio das pessoas e coloquei ele dentro da viatura; nisso, o outro policial foi nos veículos e verificou que entre as ferragens de um veículo tinha, acho que quatro pessoas entre as ferragens, saímos do local porque o pessoal estava querendo linchar o indivíduo; o motorista informou que parou no ponto de ônibus, para pegar crianças que estavam indo para a escola, aí, entrou um indivíduo, pegou uma faca e colocou no pescoço dele, dizendo que era assalto, mandou o motorista acelerar, ele acelerou, ele falou: 'não para! Não para!', foi onde houve a colisão com veículo Gol, onde tinha uma família de quatro pessoas; posteriormente, acho que um outro veículo e mais um ônibus foram envolvidos; não foi o motorista que perdeu a direção do veículo, foi devido o rapaz ter colocado a faca nas costas, no pescoço, dizendo que era assalto, para ele não parar o ônibus, e acelerar... parece que teve uma passageira na hora, parece que o rapaz veio na direção dela, ela pulou de dentro do ônibus; precisou de socorro médico... acredito que do ponto de ônibus até a colisão tivessem 300 ou 400 metros, mais ou menos".

Cabe dizer, diante da ponderação da I. Defensoria, que nulidade de inquérito policial não repercute na fase processual. Significa que o fato do interrogatório de fls. 10 não estar assinado não tira a credibilidade do mesmo, diante de demais conjunto probatório acostado no telado e supra transcrito.

Verifica-se que nenhuma razão teriam a vítima e as testemunhas de acusação em faltarem com a verdade, para prejudicarem o imputado.

A versão do mesmo, a fls. 227/229, como refere o Ministério Público, afigura-se como fantasiosa, não correspondendo à realidade dos fatos.

O réu confessa sua ação criminosa, na fase policial, independentemente da colheita de assinatura. Confissão esta encontra coerência com a fala da vítima, que disse que o acusado foi agressivo, lesionando-o e dizendo que era para ele acelerar o coletivo e que o mataria.

Testemunhas dão conta dos efeitos da ação criminosa, notadamente, no que teria ocorrido com vítimas, que vieram a falecer.

Constata-se a gravidade do acidente com a visualização do exame pericial acostado a fls. 204/212.

Não há dúvida sobre a ação do réu ter desencadeado o efeito fatídico, ocasionando quatro falecimentos e quinta pessoa não veio a morrer, por

Acesso ao Sumário

circunstâncias alheias à vontade do agente.

Atinente ao nexo causal, não há dizer que indivíduo que coloque uma faca no pescoço de alguém, e o manda acelerar o coletivo, caso contrário morreria, não tenha o mínimo discernimento, no sentido de que efeito grave pode decorrer de sua atitude.

Evidentemente, um coletivo, em velocidade, numa avenida, às 12h30min, com trânsito, causará um acidente, envolvendo outros veículos que por ali estejam trafegando, quer seja, patente o nexo causal entre a ação do meliante e o acidente fatídico.

Destarte, assiste razão ao inconformismo ministerial, com fulcro em jurisprudência, a fls. 262/268, com respaldo da Egrégia Procuradoria Geral de Justiça, a fls. 304 e seguintes, dando conta da incidência de nexo causal para a ocorrência do delito criminoso narrado na exordial.

Não há, pois, que encampar o entendimento da I. Defesa, quando elenca que o falecimento das pessoas que ocupavam o veículo Gol tratou-se de fatalidade, ao contrário, patenteado está que foi o comportamento do réu que deu consequências nefastas ao fato em tela.

Incide, portanto, a capitulação apontada pelo Ministério Público, quer seja em concurso formal, por quatro vezes como incurso no artigo 157, § 3º, 2ª parte, do Código Penal, e por uma vez como incurso no artigo 157, § 3º, 2ª parte, c.c. artigo 14, inciso II, ambos do Código Penal.

Cabe dizer, como salienta o Ministério Público, que os crimes restaram praticados em concurso formal, como orienta a jurisprudência: "Configura-se o concurso formal de crimes uma vez que, com uma única ação, mais de um delito foi cometido na forma prevista no artigo 70 do Código Penal" (TJSP – AC – Rel. Adalberto Spagnuolo – RT 542/337).

Tocante ao latrocínio consumado, cabe dizer que quatro foram as vítimas, importando fixação de pena-base no mínimo legal, exasperação de pena no montante de 1/4 (um quarto), pela acentuada culpabilidade do acusado e das graves e irreversíveis consequências dos delitos perpetrados, que denotam personalidade deturpada e menosprezo para com vidas alheias, denotado, ainda, desconsideração para com o Poder Judiciário, vez que negou-se a assumir a incidência criminosa, o que resulta em 25 (vinte e cinco) anos de reclusão e pagamento de 12 (doze) dias-multa, no mínimo legal.

Na segunda fase da dosimetria, cabe dizer constatação da reincidência (fls. 124), o que implica na exasperação de 1/6 (um sexto), totalizando 29 (vinte e nove) anos e 02 (dois) meses de reclusão e pagamento de 14 (catorze) dias-multa, no mínimo legal.

Já no tocante ao latrocínio tentado, evidenciado ao fato de que a vítima sofreu lesões decorrentes de ter se jogado do ônibus em movimento, que

Acesso ao Sumário

não ocasionaram sua morte, por circunstâncias alheias à vontade do agente, visto que este assumiu o resultado do evento fatídico, ocasionando, com seu comportamento a reação da ofendida, sendo, pois, passível sua morte, diante do nexo causal originado da ação criminosa do apelante. Assim, pelas mesmas razões atinentes ao delito consumado, cabe dizer da exasperação da pena-base em 1/4 (um quarto), bem como em 1/6 (um sexto) pela reincidência, e, por fim, pela tentativa do latrocínio, redução em 1/3 (um terço), pelo "iter criminis" percorrido, importando no montante de 19 (dezenove) anos, 05 (cinco) meses e 10 (dez) dias de reclusão e pagamento de 09 (nove) dias-multa, no mínimo legal.

O delito foi praticado em concurso formal, na forma das disposições inseridas no artigo 70 do Estatuto Repressivo. Em face do elevado número de vítimas, e ofensa aos patrimônios das mesmas, constatadas quatro vítimas fatais, de uma mesma família, restando sobrevivente uma outra, que carregará as consequências psicológicas do ocorrido, por toda a vida, cabe elevação das penas em 1/2 (metade), o que totaliza o montante de 43 (quarenta e três) anos e 09 (nove) meses de reclusão e pagamento de 70 (setenta) dias-multa, no mínimo legal, na forma do artigo 72 do Código Penal. Pena-base fixada em 1/4 (um quarto) acima do mínimo legal, exasperada de 1/6 (um sexto) pela reincidência e, a esta, 1/2 (metade), como orienta o dispositivo legal atinente ao concurso formal.

Montante de pena aplicada, somado à reincidência do acusado, importa dizer que o início de cumprimento de reprimenda em regime fechado é o que melhor se coaduna aos anseios legais e sociais. Descabe falar-se em substituição de pena privativa de liberdade ou suspensão da mesma, eis que tais benefícios não encontram amparo legal em casos que tais o ora examinado.

Condições econômicas do acusado importam na fixação do dia-multa no patamar mínimo legal, com a necessária correção monetária.

É caso, pois, da reforma da r. sentença ora guerreada, nos moldes pleiteados pelo Ministério Público, a fls. 262/268.

Via de consequência, DOU PELO NÃO PROVIMENTO do recurso ora interposto pela Defesa de André Soares Pelegrino, qualificado nos autos, e DOU PROVIMENTO ao recurso ministerial, para condená-lo à pena de 43 (quarenta e três) anos e 09 (nove) meses de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 70 (setenta) dias-multa, no mínimo legal, como incurso no artigo 157, § 3º, 2ª parte, do Código Penal, por quatro vezes, e artigo 157, § 3º, 2ª parte, c.c. artigo 14, inciso II, ambos do Código Penal, por uma vez, todos na forma do artigo 70 do Código Penal, mantida, no mais, a r. sentença de fls. 253/258.

Expeça-se mandado de prisão atualizado.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0000929-08.2014.8.26.0272, da Comarca de Itapira, em que são apelantes LEANDRO HENRIQUE FERREIRA, LUIZ RICARDO DA SILVA e CÉSAR DE OLIVEIRA, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 7ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "DERAM PARCIAL PROVIMENTO aos apelos defensivos apenas para ABSOLVER Leandro Henrique Ferreira, Cézar de Oliveira e Luis Ricardo da Silva da prática do crime previsto no artigo 311 do Código Penal, com fundamento no artigo 386, inciso VII, do Código de Processo Penal, mantida, no mais, a r. sentença pelos seus próprios fundamentos. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 12.688)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores FERNANDO SIMÃO (Presidente) e OTAVIO ROCHA.

São Paulo, 28 de julho de 2016.

FREITAS FILHO, Relator

Ementa: ROUBO MAJORADO, QUADRILHA, CORRUPÇÃO DE MENORES E ADULTERAÇÃO DE SINAL IDENTIFICADOR DE VEÍCULO – Materialidade e autoria devidamente comprovadas para os crimes de roubo, quadrilha e corrupção de menores – Validade da palavra e reconhecimento das vítimas – Impossibilidade de absolvição – Pena e regime devidamente fixados – Incabível alteração – Necessidade de absolvição do crime de adulteração de sinal identificador de veículo – Autoria não comprovada – Dado parcial provimento aos apelos.

Acesso ao Sumário

VOTO

Vistos.

Ao relatório da r. sentença que adoto, acrescento que **CÉZAR DE OLIVEIRA** foi condenado ao cumprimento de 15 (quinze) anos, 07 (sete) meses e 13 (treze) dias de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 32 (trinta e dois) dias multa, no piso; **LUIS RICARDO DA SILVA** foi condenado ao cumprimento de 13 (treze) anos, 04 (quatro) meses e 20 (vinte)

dias de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 28 (vinte e oito) dias multa, no piso; e **LEANDRO HENRIQUE FERREIRA** foi condenado ao cumprimento de 15 (quinze) anos, 02 (dois) meses e 10 (dez) dias de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 33 (trinta e três) dias multa, no piso, todos como incursos no artigo 157, parágrafo 2º, incisos I e II, no artigo 288, *parágrafo único*, no artigo 311, todos do Código Penal, e no artigo 244-B da Lei nº 8.069/90, em concurso material (fls. 541/573).

Inconformados, apelam as Defesas dos réus, no prazo legal (fls. 610/625 – Cézar, 626/650 – Leandro, e 668/685 – Luiz Ricardo).

Em suma, as Defesas buscam a absolvição dos acusados, por todos os crimes, diante da insuficiência probatória. Ainda, a Defesa de Cézar objetiva, subsidiariamente, a redução da pena base para o mínimo legal, o afastamento da majorante pelo uso de arma de fogo, a fixação do regime prisional aberto, bem como a substituição da pena corporal por restritiva de direitos. Já a Defesa de Leandro, em fase preliminar, requer que a Defesa Prévia e as Alegações Finais façam parte das razões de apelação, bem como, de forma subsidiária, pugna pelo reconhecimento da ofensa ao princípio da Proporcionalidade no momento da fixação da pena.

Contra-arrazoados os recursos (fls. 687/710), subiram os autos a este E. Tribunal.

A D. Procuradoria de Justiça ofereceu parecer pelo parcial provimento do recurso para absolver somente para absolver os réus do crime de adulteração de sinal identificador de veículo (fls. 714/744).

É o relatório.

Inicialmente, registra-se que o pedido feito pela Defesa do corréu Leandro para que sua Defesa Prévia e suas Alegações finais integrem as razões de apelação, é acolhido.

No mais, passa-se ao mérito.

Narra a inicial acusatória que no mínimo a partir de 08 de novembro de 2013, até a presente data, os acusados Leandro, de vulgo "Codé" ou "Codezinho", Luis Ricardo e Cézar, de vulgo "Cezinha", associaram-se, juntamente com o menor inimputável J.M.S.S., em quadrilha armada, para o fim de cometer crimes.

Consta, ainda, que no dia 06 de fevereiro de 2014, em horário indeterminado, anterior às 15h40min, na Chácara situada na Avenida Doutor Décio Queluz, ao lado de um pesqueiro, cidade e comarca de Itapira, os acusados, agindo em concurso de agentes e divisão de tarefas, caracterizado pela união de esforços e unidade de desígnios para a consecução do fim criminoso, entre si e com o menor J., adulteraram e remarcaram sinal identificador, qual seja, a placa da motocicleta Honda Tornado, cor vermelha, placas ECW 2181 – Itapira.

Acesso ao Sumário

Consta, também, que no dia 06 de fevereiro de 2014, por volta de 15h40min, na Rua João de Moraes, 485, Centro, endereço em que é situada a corretora de seguros "Hermano Seguros", cidade e comarca de Itapira, o acusados, agindo em concurso de agentes e divisão de tarefas, caracterizado pela união de esforços e unidade de desígnios para a consecução do fim criminoso, entre si e com o menor J., subtraíram, para proveito do grupo, mediante grave ameaça exercida com emprego de armas de fogo, R$11.087,78, pertencentes à empresa vítima, e um aparelho de telefone celular, marca Apple, modelo Iphone, de propriedade da vítima Elaine Cristina Cipriano, avaliado em R$1.200,00.

Consta, por fim, que nas circunstâncias descritas acima, os acusados, agindo em concurso de agentes e divisão de tarefas, caracterizado pela união de esforços e unidade de desígnios para a consecução do fim criminoso, corromperam e facilitaram a corrupção do menor J.M.S.S., com ele praticando as infrações penais acima mencionadas.

De acordo com o que foi apurado, os acusados decidiram se associar para praticar, de forma não eventual, e sempre com emprego de arma de fogo, crimes patrimoniais, predominantemente roubo em concurso de agentes e com emprego de arma, na Comarca de Itapira.

Para tanto, traçaram elaborado sistema de ação, segundo o qual Leandro assumia a responsabilidade de conduzir, no veículo Fiat Punto, DZI 9100, Luis e Cézar, além de ao menos uma das armas para a prática do crime de roubo, até a residência do adolescente J., situada em endereço acima mencionado.

Uma vez ali, mediante o acordo e o plano por eles estabelecido, era feito o contato com o adolescente, que repassava sua motocicleta para Luis e Cézar, após o que era utilizada uma fita isolante para adulteração da placa, que, do original ECW 2181, passava a se apresentar com EOW 8181.

Após, Luis e Cézar equipavam-se com capacetes, um dos quais branco, marca LS2, com viseira espelhada, retratado na fotografia de fls. 39 (primeiro da fileira da linha de cima, partindo da direita para esquerda), bem como a arma trazida por Leandro em seu veículo, aparentemente uma pistola, e da arma mantida na residência do adolescente, um revólver calibre .38, marca Rossi, cor preta, com cabo de borracha (fls. 13), para então, na condução da motocicleta com a placa adulterada, rumar para o Centro da cidade de Itapira, para levarem a cabo o desiderato criminoso do grupo.

Após a realização dos crimes, era feita, na residência do adolescente, uma divisão dos produtos do crime, permanecendo parte da quantia e alguns objetos em poder do menor, enquanto o restante era levado pelo grupo, juntamente com Leandro, no veículo já mencionado, juntamente com ao menos uma das armas.

Assim, nas condições de tempo e local descritas acima, Luis e Cézar rumaram para o estabelecimento vítima, sabedores, por razões não esclarecidas,

Acesso ao Sumário

de que, naquela data, seria realizado o pagamento aos funcionários, o que implicava no grande volume de dinheiro no local.

Ao chegaram ao local, desceram da motocicleta e com as armas em punho, anunciaram o assalto.

Inicialmente, Luis, que na ocasião utilizava o capacete branco, na posse do revólver calibre .38, abordou Paulo Cesar Gomes Penteado, que se encontrava no interior do estabelecimento vítima, anunciando o roubo. Nesse instante, um dos funcionários do estabelecimento, quem seja, Rodrigo Wells Thompson, ao perceber a ação criminosa, tentou empreender fuga para os fundos do local, o que fez com que Luis partisse em sua perseguição, na posse ostensiva do armamento, enquanto Cézar, na posse da pistola, permaneceu com o controle sobre Paulo Cesar.

Os roubadores, então, após a detenção de Rodrigo, dirigiram-se ao escritório da empresa vítima, local em que era mantido o dinheiro para os pagamentos. Ali, com emprego da arma de fogo, abordaram as funcionárias Ingrid Thais Mauck e Elaine Cristina Cipriano, após o que subtraíram R$11.087,78, pertencentes à empresa vítima, e o aparelho celular de Elaine.

Durante a ação delitiva os roubadores utilizaram, em mais de uma oportunidade, comportamento violento, intimidador e agressivo, chegando a ser sugerida a possibilidade de amarrar todas as vítimas, deixando-as no local, o que, porém, não foi feito.

Após o êxito da subtração, os roubadores deixaram o local, fugindo na motocicleta e rumando de volta para a residência do adolescente.

Uma vez ali, conforme o método de trabalho da quadrilha armada formada pelos envolvidos, realizaram a divisão dos valores do roubo, deixando a motocicleta em poder do adolescente, juntamente com o telefone celular subtraído e com a arma calibre .38, que foi escondida sob um tanquinho de lavar roupa.

Quando o grupo já se encontrava prestes a dissipar a reunião, com a entrega da outra arma utilizada no roubo para Leandro, que se encontrava com seu veículo no local, foram surpreendidos pela chegada de Policiais Militares, o que fez com que o adolescente lançasse a pistola utilizada para a prática do roubo no veículo de Leandro que, então, empreendeu fuga, juntamente com Luis e Cézar, quanto o adolescente J. fugiu por um matagal existente no terreno.

Os policiais, então, sem sucesso na perseguição, realizaram buscas na residência de J., oportunidade em que localizaram a motocicleta com a placa adulterada, ainda com o motor aquecido em razão do uso ocorrido pouco antes, a quantia de R$4.250,00, fruto do roubo contra a seguradora, além do celular da vítima, ambos escondidos sob uma cômoda, a arma calibre .38 e outros inúmeros objetos, inclusive uma bolsa de couro preta para transporte de notebook e um

Acesso ao Sumário

decodificador Sky/HDTV, fruto de roubo à residência praticado pelo grupo anteriormente e reconhecidos e restituídos à vítima (fls. 29, 30, 31 e 32/34).

Também no local foram encontrados inúmeros capacetes, dentre os quais aquele utilizado por Luis na prática do roubo aqui descrito, e o menor J.G.S.S.E., irmão de J., que não teve participação nos fatos e não foi reconhecido.

Os policiais que realizaram a diligência no imóvel conseguiram reconhecer Leandro e Cézar, que estavam no veículo, antes da fuga (fls. 21/22 e 26/27).

As vítimas reconheceram o capacete utilizado por Luis (fls. 38/39, 44/45 e 53/54), a arma utilizada por Luis (fls. 39, 44, 48 e 53), a motocicleta utilizada para a fuga (fls. 56/57) e os próprios acusados Luis e Cézar (fls. 42/43 e 51/52).

Oportuno destacar que a quadrilha só foi descoberta porque uma testemunha que permaneceu do lado de fora da seguradora informou ter sido o crime praticado por pessoas que fugiram em uma motocicleta Honda Tornado Vermelha, enquanto que a vítima Eliane conseguiu acionar o serviço de rastreamentos do celular subtraído, o que permitiu aos policiais chegaram à residência do adolescente, onde o grupo se reunia para finalizar as tarefas relacionadas ao roubo praticado naquela oportunidade.

Ao praticarem os fatos acima mencionados, bem como pelo fato de terem se associado com o adolescente J., de forma não acidental, para a prática de crimes, os acusado corromperam e facilitaram a corrupção do menor, ao induzir, estimular e praticar com ele os crimes.

A materialidade dos delitos restou comprovada pelos boletins de ocorrência (fls. 04/08 e 32/34), pelo auto de exibição e apreensão (fls. 11/13), pelo auto de reconhecimento de objeto (fls. 30), pelos autos de entrega (fls. 14/15 e 31), pelo auto de reconhecimento fotográfico (fls. 56/57), pelo auto de avaliação (fls. 59), pelo laudo pericial de arma de fogo e munições (fls. 286/288), bem como pela prova oral colhida.

A autoria do delito também é certa.

O acusado Leandro não foi localizado por se encontrar foragido, assim não foi interrogado (fls. 411/412).

Acesso ao Sumário

O acusado Cézar, em mídia às fls. 421, negou os fatos. Disse que não se recorda o que estava fazendo no momento do crime, bem como que não conhece o menor J., o corréu Luis e nem "Codé". Afirmou não saber o porque esta sendo processado, mas acredita ser por conta das passagens que tinha. Alegou não ter motocicleta, bem como que não conhece a seguradora e que tem tatuagens de palhaço que foram feitas quando era novo e não sabia o significado.

O corréu Luis, por sua vez, também em mídia às fls. 421, informou que já foi processado e preso anteriormente, quando roubou uma bicicleta. Asseverou que os fatos não são verdadeiros. Disse que estava trabalhando e, no dia do crime, estava na Ponte Preta, na chácara do Dono do supermercado Cubatão.

Afirmou conhecer Leandro Henrique Ferreira, bem como já ouviu falar de Cézar, mas nunca conversaram. Quanto ao adolescente J., nunca ouviu falar, bem como desconhece a seguradora vítima e não sabe dirigir moto ou carro. Ao fim, alegou não saber porque está sendo acusado.

Ocorre que, as negativas dos acusados não convencem, pois além de inverossímeis e fantasiosas, restaram isoladas diante do maciço conjunto de provas carreado aos autos em desfavor deles.

Senão, vejamos.

A vítima Luis Hermano Colferai contou que é proprietário da seguradora que foi roubada, mas não estava presente no momento dos fatos. Ficou sabendo que entraram no estabelecimento armados, detiveram os funcionários e levaram uma quantia em dinheiro, sendo que agrediram o cliente Fernando Antonelli. Alegou que apenas parte do dinheiro foi recuperada, bem como que os funcionários lhe contaram que dois agentes entraram no local, enquanto outro ficou rodeando a área com um carro preto, pelo que se lembra, um Punto. Disse que, segundo um policial, o sujeito do carro preto, "CODÉ", estava na Praça Bernardino de Campos e ficou visualizando sua funcionária entrar e sair do banco. Ainda, contou que foi encontrada a moto, uma parte do dinheiro, um revólver e um celular (mídia às fls. 342).

A vítima Elaine Cristina Cipriano contou que é funcionária da seguradora. No dia dos fatos, estava na sala, junto com Patrícia, quando o Rodrigo, que trabalha na sala ao lado, passou pela mesa gritando que estava ocorrendo um assalto, e saiu em direção à cozinha. Nesta oportunidade, um dos assaltantes passou pela frente da declarante, apontando a arma de fogo para as costas do Rodrigo, que saiu por uma porta que dava para a cozinha. Assim, levantou e foi para o departamento financeiro falar com Ingrid sobre o que estava acontecendo. Quando foi se virar, havia um outro indivíduo, com arma também, que apontou para ela. Disse que os dois criminosos estavam de capacete, porém se lembra que o primeiro que passou estava com o visor erguido, e deu, mais ou menos, para ver seu rosto. Na Delegacia, afirmou que reconheceu um capacete e, se não se engana, também uma arma. Ao ver as fotos, reconheceu novamente o capacete. Relatou que seu celular subtraído possuía rastreador e, com isso, conseguiu passar aos policiais a localização, onde foi encontrado o capacete aprendido, bem como seu celular, parte do dinheiro e objetos de outros crimes. Ainda, narrou que um funcionário da Prefeitura foi quem falou que viu um veículo escuro, Punto ou Pálio, rondando o escritório na data dos fatos (mídia às fls. 342).

A vítima Ingrid Thais Mauck, em mídia às fls. 342, relatou que, no dia dos fatos, era data de pagamento da empresa. Então, saiu da seguradora e foi até o banco. Na volta, estava separando os valores dos pagamentos quando ouviu

Acesso ao Sumário

um barulho estranho e escutou Elaine avisando que era assalto. Em seguida, um indivíduo colocou a arma em sua cabeça e pegou o dinheiro da gaveta, momento em que apareceu outro rapaz falando que deveriam ir embora, pois já estavam demorando. Disse que o primeiro estava com uma arma .38, era moreno e possuía uma mancha na canela que aparentava ser uma tatuagem na perna, já o segundo portava uma pistola, era branco, meio forte e gordo. Contou que, na Delegacia reconheceu, mas não tinha total certeza, porque estava nervosa. Porém, reconheceu com certeza o capacete que era utilizado pelo agente moreno. Na audiência, a declarante não conseguiu reconhecer o acusado Cézar, mas o acusado Luis reconheceu com 50% de certeza, pois suas características correspondiam à do assaltante, como a altura, a cor da pela, o porte físico e uma tatuagem na perna.

A vítima Rodrigo Wells Thompson declarou que, no dia dos fatos, entraram duas pessoas na seguradora. Contou que a pessoa que viu estava de capacete e portava uma arma. Disse que foram colocados na sala do financeiro e o agente falava que iria matar todo mundo. O declarante informou que não conseguiu reconhecer ninguém na Delegacia, pois viu pouco, uma vez que ficou de costas, entretanto, reconheceu a arma, que era um revólver preto (mídia às fls. 342).

A vítima Paulo César Gomes Penteado, também estava no local, no momento do ocorrido, sendo falava ao telefone na recepção, quando os meliantes entraram. Disse que um deles estava com o capacete em cima da cabeça, sendo que ele ficou na recepção o rendendo, enquanto o outro entrou na empresa atrás da vítima Rodrigo. Reconheceu o capacete que o assaltante mais moreno usava, bem como, na Delegacia, reconheceu os dois criminosos por fotografia, porém tinha certeza apenas com relação a um deles, o mais baixo, o qual ficou apontando a arma para ele na recepção e estava com o capacete levantado, somente tendo abaixado no momento de ir embora. Na audiência, o declarante reconheceu o acusado Cézar com certeza absoluta como sendo o agente que ficou lhe apontando a arma, porém, quanto ao corréu Luis Ricardo, apenas pode dizer que ele possui características semelhantes à do outro roubador (mídia às fls. 342).

Acesso ao Sumário

A testemunha Maurício Guerreiro contou sobre o roubo em que foi vítima, onde dois sujeitos entraram em sua casa e subtraíram seus bens. Disse que os agentes ficaram de capacete durante a ação, bem como que, certo tempo depois, foi chamado à Delegacia para reconhecer os objetos que haviam sido apreendidos no mesmo local em que havia sido encontrado objeto relacionado a um roubo que havia acabado de acontecer. Afirmou que reconhece os bens como sendo seus (mídia às fls. 342).

O policial militar Paulo Fernandes da Graça Júnior disse que, no dia dos fatos, estava em patrulhamento quando foram solicitados para atender ocorrência

de roubo. No local, as vítimas informaram as características dos indivíduos e da motocicleta utilizada. Diante das informações e do celular subtraído, conseguiram localizar o ponto em que estavam. Chegando na chácara em que estaria o celular da vítima, viram um veículo Punto, da cor preta, com três indivíduos, pronto para sair de lá. Afirmou que o motorista é conhecido pelo apelido de CODÉ, de nome Leandro, o qual identificou sem dúvidas. No banco do passageiro, estava o réu Cézar, além de outro indivíduo no banco de trás que não viu quem era, mas se assemelhava ao corréu Luis Ricardo. Perto do veículo ainda havia um quarto indivíduo, que era J., o qual saiu correndo dentro da chácara. Informou que não conseguiram deter o veículo, mesmo após perseguição, bem como que, na chácara, conseguiram localizar uma motocicleta tornado vermelha, com a placa adulterada com fita isolante e o motor ainda quente, sendo que as vítimas tinham dito que os roubadores estavam em uma moto vermelha, parecendo uma Tornado. Ainda em busca no imóvel, encontraram o celular da vítima, junto com parte do dinheiro, bem como um revólver municiado, uma munição de pistola, dois capacetes, e também objetos de outro roubo (mídia às fls. 342).

No mesmo sentido foi o depoimento do policial militar Denis Roberto Custódio Silva, o qual também participou da diligência. Ele reconheceu o corréu Leandro como sendo o indivíduo que estava dirigindo o veículo preto, bem como o corréu Cézar como sendo a pessoa que estava no banco do passageiro. Com relação a Luis Ricardo disse que a pessoa que estava no banco de trás possuía características semelhantes às dele (mídia às fls. 342).

Igualmente, o policial civil Daniel Cesar Fernandes Portilho, narrou os fatos conforme seus colegas relataram. Não participou da diligência, mas afirmou que os policiais citaram os nomes de Leandro, vulgo Codé, Luis Ricardo, Cézar e J. Então foi montado um documento com imagens, sendo que as vítimas apontaram para Luis Ricardo e Cézar como os autores do crime. Afirmou que, pelas investigações, Leandro fez o levantamento do local, pois ele foi visto por dois policiais militares nas imediações, bem como ele foi visto na chácara fugindo com Cézar e Luis Ricardo. O depoente contou que todos os acusados são conhecidos nos meios policiais por crimes de tráfico e patrimoniais, razão pela qual possuíam fotografias deles (mídia às fls. 342).

Foi ouvida a testemunha José Josinaldo dos Santos, a qual contou que, no dia dos fatos, chegou com sua esposa, filha e neta perto do escritório e achou estranho duas pessoas que desceram da moto e entraram no escritório com capacete. Após, ficou sabendo que se tratavam de assaltantes, sendo que conseguiu voltar ao carro e falou para sua esposa ligar para a polícia, mas ela não conseguiu, pois estava nervosa (mídia às fls. 402).

O policial militar José Luis Prado declarou que, na época dos fatos, fazia ordem de serviço para ficar na praça comunitária no centro da cidade. Disse que, por dois dias seguidos, viu CODÉ se reunindo na praça em frente ao banco

Acesso ao Sumário

HSBC na parte de cima, com mais dois indivíduos. Afirmou que eles desciam de um Punto preto e ficavam na praça, de frente para o Banco, cerca de meia hora (mídia às fls. 421).

Foi ouvida, como informante, a genitora do acusado Leandro, a qual não presenciou os fatos, porém disse que, no dia em questão, seu filho chegou do serviço normalmente, sendo que ele é ajudante de pintor. No dia seguinte, foi trabalhar e voltou no período da tarde, quando tomou um banho e saiu para dar uma volta, mas, quando retornou contou que estava sendo acusado deste roubo e que não iria dormir em casa, pois queria consultar um advogado. Então, a partir desse dia, ele não retornou mais para casa. Disse que faz visitas ao filho, o qual está muito doente em virtude disso tudo, bem como que os policiais sempre o perseguiam, mas ele nunca foi preso em nenhuma ocasião. Afirmou que o veículo Punto, preto, é de sua propriedade e que seu filho não costuma usar esse carro (mídia às fls. 421).

Por sua vez, a testemunha de defesa Leandro, o pintor Vitor Gabriel Rodrigues Júnior, narrou que fazia cerca de cinco a seis meses que Leandro trabalhava com ele sempre que aparecia serviço. No dia dos fatos, afirmou que passou para pega-lo às 7h, sendo que ficaram juntos até às 17h30min. Disse que estavam fazendo um serviço na casa de um pastor de igreja na Rua Otávio Ferreira Adorno, 140, Jardim Magali, que durou vários dias. Confirmou que Leandro foi trabalhar no dia anterior ao roubo, porém, no dia posterior, quando passou para busca-lo, a mãe dele falou que tinha dado um problema e que ele não poderia mais ir. O declarante ainda alegou que, pelo que saiba, Leandro não tinha carro (mídia às fls. 421).

Enfim, a testemunha de defesa de Leandro, Vania Heloisa Francato, informou que este réu era seu vizinho, mas fazia quatro anos que tinha se mudado. Com relação aos fatos, nada pode dizer (mídia às fls. 421).

Importante frisar que os depoimentos das vítimas e dos agentes públicos merecem credibilidade e não podem ser desprezados, porque foram seguros e coerentes desde o início. E, ademais, eles não tinham motivos para atribuir crime de tal gravidade as pessoas inocentes, ao menos nada de concreto nesse sentido foi demonstrado.

Acesso ao Sumário

E, por tudo acima exposto, a autoria do roubo deve ser imputada aos recorrentes.

O corréu Cézar foi firmemente reconhecido pela testemunha Paulo, tanto em sede policial, quanto em juízo, uma vez que, durante a ação criminosa, este acusado ficou lhe apontando uma arma de fogo, assim, este reconhecimento merece total credibilidade. Ainda, Cézar foi reconhecido pelos policiais como sendo o indivíduo que ocupava o banco do passageiro do veículo Punto que estava na chácara onde foi rastreado o celular da vítima, e que saiu em fuga

quando as viaturas ali chegaram.

Já o acusado Luis Ricardo, em sede policial foi reconhecido pelas vítimas Ingrid e Paulo. Em juízo, Ingrid afirmou que era possível reconhece-lo com 50% de certeza, uma vez que algumas das suas características correspondiam às do assaltante, notadamente a altura, a cor da pelo, o porte físico e uma tatuagem no mesmo local em que havia visto, na perna. Paulo, apesar de não reconhecê-lo, em audiência afirmou que ele possui características semelhantes às do outro roubador, notadamente a altura e cor de pele. E os policiais Paulo Fernandes e Denis alegaram que no veículo Punto também havia uma terceira pessoa, no banco de trás, cujas características eram parecidas com as do acusado Luis Ricardo.

Quanto ao corréu Leandro, o mesmo foi reconhecido pelos policiais Paulo Fernandes e Denis, com certeza, como sendo o motorista do veículo Punto. Ademais, o policial militar José Luis do Prado asseverou que, nos dias anteriores ao roubo, Leandro estava na marquise da Praça Bernardino de Campos, local onde se tem a visão privilegiada do Banco HSBC, juntamente com outros dois indivíduos que ali se reuniam, olhando para a entrada do banco e depois conversando entre si, o que chamou sua atenção pela atitude suspeita, bem como pelos antecedentes deste acusado, comunicando tal fato aos seus colegas de farda.

De fato, a genitora de Leandro e a testemunha Vitor Gabriel afirmaram que ele foi trabalhar no dia dos fatos, porém, esses depoimentos devem ser vistos com cautela, diante da parcialidade da mãe do acusado, bem como das divergências em seus relatos. Maria Bernadete afirmou que no dia seguinte aos fatos, Leandro foi trabalhar normalmente, porém, Vitor Gabriel contou que, neste dia, foi buscar Leandro, porém foi informado pela genitora que ele não iria mais trabalhar, pois havia tido um problema. Assim, é perfeitamente possível que esta testemunha tenha se confundido com relação às datas em que Leandro foi trabalhar. No mais, as provas acusatórias se mostraram mais firmes, prevalecendo sobre estes depoimentos.

Além disso, como bem dito pelo d. Procurador de Justiça, não se pode falar que Leandro foi preso apenas por vingança, uma vez que sua própria mãe informou que muito embora haja perseguição policial contra ele, em nenhum momento foi levado preso, apenas abordado, ou seja, não havia por parte daqueles a intenção de prendê-lo indiscriminadamente, sem uma razão real.

Passo outro, na chácara em que ocorreu a diligência policial, onde reside o adolescente J., houve a apreensão da motocicleta Tornado, vermelha, com a placa adulterada, armas, capacetes, objetos relacionados a outros crimes, além do celular da vítima Elaine e quantia em dinheiro, sendo que um dos capacetes e uma arma foram reconhecidos pelas vítimas como sendo objetos utilizados no

Acesso ao Sumário

crime (fls. 39 e 48).

Vale destacar que, no processo que tramitou perante a Vara da Infância e da Juventude de Itapira, com relação ao adolescente J., a representação foi julgada procedente, determinando-se sua internação (fls. 369/378).

Sabe-se, ainda, que prevalece o entendimento de que o depoimento da vítima, principalmente em casos de crimes contra o patrimônio, é essencial e suficiente para condenar o acusado, assim como as qualificadoras e causas de aumento de pena.

Assim encontra-se a jurisprudência:

É clara a posição destacada pelo d. Procurador de Justiça, de que o depoimento da vítima, quando se trata principalmente de crimes contra o patrimônio, é extremamente importante e válido, sendo que esta tem total interesse localizar o verdadeiro culpado. Saliente-se que em crimes patrimoniais, o entendimento que segue prevalecendo é o de que a palavra da vítima prepondera sobre as negativas dos acusados, sendo preciosa e bastante no identificar os autores do delito, pois, incidindo sobre o proceder de desconhecidos, seu único interesse é apontar os verdadeiros culpados e narrar-lhes a atuação e não acusar inocentes. (TJSP, Apelação Criminal nº. 990.08.074385-6, 5ª Câmara de Direito Criminal, Relator: Marcus Zanuzzi, julgado em: 04/12/2008)

Depoimento da vítima

O depoimento da vítima é suficiente para provar tanto a autoria do delito, quanto a qualificadora. Neste sentido

HABEAS CORPUS ROUBO AGRAVADO E ESTUPRO EMPREGO DE ARMA BRANCA AUSÊNCIA DE APREENSÃO E DE EXAME PERICIAL PRESCINDIBILIDADE POTENCIALIDADE LESIVA PRESUMIDA DEPOIMENTO DA VÍTIMA PROVA SUFICIENTE CAUSA DE ESPECIAL AUMENTO DE PENA PREVISTA NO INCISO I DO § 2º DO ART 157 DO CP DEVIDAMENTE RECONHECIDA CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO DEMONSTRADO. (TJSP, Apelação Criminal nº. 0152677-40.2008.8.26.0000, 4º Câmara de Direito Criminal, Relator: Paulo Roberto Fadigas César, julgado em: 21/05/2009).

Acesso ao Sumário

No presente caso, mesmo que a arma apreendida não tivesse sido reconhecida pelas vítimas e devidamente periciada, os depoimentos dos ofendidos são suficientes para comprovar que o crime foi cometido com uso de arma de fogo, bem como em concurso de agentes, sendo incogitável o afastamento destas majorantes.

Desta feita, o conjunto probatório é forte e harmônico no sentido de que os três acusados praticaram o roubo em questão, afastando-se as teses Defensivas.

Com relação ao delito de quadrilha a manutenção da condenação também é imperiosa, para os três acusados.

Da prova colhida nos autos tem-se que os recorrentes e o adolescente praticavam roubos, tanto que na residência do menor, local onde os acusado foram vistos, houve a apreensão de bens relacionados a outro crime, evidenciando-se, assim, que estavam associados de forma estável, em associação criminosa, para o fim de cometerem crimes, notadamente patrimoniais.

O delito restou configurado não só pelo número de agentes integrantes operantes no grupo, mas também pela organização e divisão de tarefas voltada para a prática de crimes, aparentemente, sempre com o mesmo "modus operandi", uma vez que a vítima Maurício Guerreiro, proprietários dos bens subtraídos localizados na chácara, contou que foi vítima de roubo, mediante uso de arma de fogo, cometido por dois agentes que estavam em uma motocicleta e que ficaram de capacete o tempo todo.

O vínculo associativo mostrou-se permanente entre os seus integrantes. Os acusados e o adolescente praticavam roubos e, pela própria essência e conteúdo da ação criminosa denota-se que a prática criminosa não era feita isoladamente, mas conjunta e previamente acertada entre os elementos, demonstrando a permanência do vínculo entre os quadrilheiros, o que se pode perceber com o fato de Leandro ter sido visto, juntamente com outros indivíduos, observando a entrada da Agência Bancária em que uma das vítimas sacou o dinheiro, dias antes dos fatos.

No que tange ao crime de corrupção de menores, este é de natureza formal e, assim sendo, prescinde de prova da inocência moral ou da comprovação da efetiva corrupção do menor envolvido na prática criminosa para a sua caracterização, bastando que ele tenha participado ou concorrido para o cometimento do ilícito, como ocorreu no caso em tela, porquanto ficou demonstrado que o referido adolescente, indubitavelmente, participou do roubo, tanto é que o celular da vítima foi encontrado em sua residência.

Neste sentido é a recente súmula do Superior Tribunal de Justiça:

"Súmula 500: a configuração do crime previsto no artigo 244-B do Estatuto da Criança e do Adolescente independe da prova da efetiva corrupção do menor, por se tratar de delito formal".

E, também, de igual modo, já decidiu o C. Supremo Tribunal de Federal:

"RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. 1. CORRUPÇÃO DE MENORES. 1. ART. 244-B DA LEI N. 8.069/1990 (ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE). NATUREZA FORMAL. 2. ROUBO COM EMPREGO DE ARMA DE FOGO. JULGADO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA EM CONSONÂNCIA COM A JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. DESNECESSIDADE DE APREENSÃO E DE PERÍCIA DA ARMA PARA A COMPROVAÇÃO DA CAUSA DE AUMENTO DA PENA. CIRCUNSTÂNCIA QUE PODE SER EVIDENCIADA

Acesso ao Sumário

POR OUTROS MEIOS DE PROVA. PRECEDENTES. 1. O crime de corrupção de menores é formal, não havendo necessidade de prova efetiva da corrupção ou da idoneidade moral anterior da vítima, bastando indicativos do envolvimento de menor na companhia do agente imputável. Precedentes. 2. A decisão do Superior Tribunal de Justiça está em perfeita consonância com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. 3. São desnecessárias a apreensão e a perícia da arma de fogo empregada no roubo para comprovar a causa de aumento do art. 157, § 2º, inc. I, do Código Penal, pois o seu potencial lesivo pode ser demonstrado por outros meios de prova. Precedentes. 4. Recurso ao qual se nega provimento." (RHC 111434 / DF, Primeira Turma, Relatora Ministra CÁRMEN LÚCIA, j. 3.4.2012, DJe 17.4.2012).

Deste modo, havendo provas de que os acusados praticaram o delito na companhia de um adolescente, de rigor a condenação pelo crime previsto no artigo 244-B, da Lei nº 8.069/90.

Entretanto, a absolvição do crime de adulteração de sinal identificador de veículo automotor é de se reconhecer.

Isto porque, mesmo tal motocicleta tendo sido utilizada para o crime, pelo que se colhe dos autos ela é de propriedade do menor J., sendo possível que ele mesmo tenha adulterado a placa, o que, inclusive, foi feito de maneira totalmente grosseira (fita adesiva). Dessa maneira, mesmo que a adulteração tenha sido feita por um dos acusados ou até mesmo por todos, na ausência de provas nesse sentido e a existência de dúvida, impõe-se a absolvição.

As penas não exigem ajuste porque foram fixadas de acordo com os parâmetros previstos em lei, estão motivadas, individualizadas e adequadas à hipótese dos autos, não se verificando, em momento algum, qualquer ofensa ao princípio da proporcionalidade, uma vez que, para cada réu e para cada crime o magistrado calculou a reprimenda considerando suas circunstâncias específicas e individuais, aplicado os aumentos necessários à repreensão dos acusados.

CORRÉU CÉZAR:

Para o crime de roubo majorado:

Na primeira fase da dosimetria da pena, considerando o disposto no artigo 59 do Código Penal, analisando a culpabilidade, bem como as circunstâncias do crime, revelou-se especial grau de censurabilidade em razão do número de vítimas rendidas, do modo aterrorizante com que agiram os agentes, que chegaram a dizer, mesmo após a subtração, que iriam matar todos. Ainda, o crime produziu graves consequências, como o prejuízo patrimonial de mais de dez mil reais à seguradora, bem como grande trauma às vítimas Ingrid e Paulo, as quais até modificaram suas rotinas. Desse modo, é de se manter o aumento aplicado, em 1/3 (um terço), totalizando a pena base de 05 (cinco) anos e 04 (quatro) meses de reclusão, e o pagamento de 13 (treze) dias multa, no piso.

Acesso ao Sumário

Após, em razão da reincidência comprovada pelas fls. 16, do apenso específico, a reprimenda foi devidamente majorada em 1/6 (um sexto), perfazendo 06 (seis) anos, 02 (dois) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, e o pagamento de 15 (quinze) dias multa, no piso.

Na terceira etapa, em razão do reconhecimento de duas majorantes (concurso de agentes e uso de arma de fogo), foi correto o aumento da pena em 3/8 (três oitavos), de acordo com corrente jurisprudencial que se adota, perfazendo a pena definitiva de 08 (oito) anos, 06 (seis) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, e o pagamento de 20 (vinte) dias multa, no piso.

Salienta-se que a biqualificação, por maior a reprovabilidade das condutas e para que não se igualem situações díspares, o que afronta o princípio da individualização das penas, autoriza a exasperação em montante superior ao mínimo de um terço (RTJ 157/138-143, Rel. Min. Moreira Alves, 1ª T., v.u.; HC 76.405-1-SP, Rel. Min. Moreira Alves, 1ª T., v.u., j. 3.3.98, DJU 17.4.98, p.5; HC 72.869-3-RJ, Rel. Min. Francisco Rezek, 2ª T., v.u., j. 14.11.95, DJU 4.4.97, p. 10520). ("*Roubo. Duas Qualificadoras. Aumento. Pena. No crime de roubo, estando presentes duas qualificadoras (no caso, arma de fogo e concurso de agentes) justifica- se o aumento da pena-base até a metade. Precedentes citados* – do STF: HC 71.176-SP, DJ 3/6/1994, e HC 71.330-SP, DJ 30/9/1994; do STJ: Resp 206.607-SC, DJ 4/9/2000, e Resp 397.719-MG. Resp 363.531-MG, Rel. Min. Fernando Gonçalves, julgado em 19/3/2002" (Informativo Interação, Magistratura, n° 26 – Maio/2002, pág.7).

Para o crime de quadrilha:

Na primeira fase da dosimetria da pena, considerando o disposto no artigo 59 do Código Penal, analisando a culpabilidade, diante do nível de organização formado entre os agentes, bem como os crimes praticados, é necessária a manutenção da pena base, fixada em 1/6 (um sexto) acima do piso, em 01 (um) ano e 02 (dois) meses de reclusão.

Após, em razão da reincidência comprovada pelas fls. 16, do apenso específico, a reprimenda foi devidamente majorada em 1/6 (um sexto), perfazendo 01 (um) ano, 04 (quatro) meses e 10 (dez) dias de reclusão.

Na terceira etapa, em razão da causa de aumento de pena diante do fato de que a associação era armada e envolveu adolescente, a reprimenda foi majorada em 1/3 (um terço), totalizando 01 (um) ano, 09 (nove) meses e 23 (vinte e três) dias de reclusão.

Para o crime de corrupção de menores:

Na primeira fase da dosimetria da pena, considerando o disposto no artigo 59 do Código Penal, a pena base se manteve no piso de 01 (um) ano de reclusão.

Após, em razão da reincidência comprovada pelas fls. 16, do apenso específico, a reprimenda foi devidamente majorada em 1/6 (um sexto),

Acesso ao Sumário

perfazendo 01 (um) ano e 02 (dois) meses de reclusão, a qual se tornou definitiva pela ausência de outras causas a serem consideradas no cálculo da pena.

– Concurso material –

Enfim, pelo concurso material, somam-se as penas totalizando, agora, em razão da absolvição pelo crime de adulteração de sinal identificador de veículo automotor, 11 (onze) anos, 06 (seis) meses e 13 (treze) dias de reclusão, e o pagamento de 20 (vinte) dias multa, no piso.

CORRÉU LUIS RICARDO:

Para o crime de roubo majorado:

Na primeira fase da dosimetria da pena, considerando o disposto no artigo 59 do Código Penal, analisando a culpabilidade, bem como as circunstâncias do crime, revelou-se especial grau de censurabilidade em razão do número de vítimas rendidas, do modo aterrorizante com que agiram os agentes, que chegaram a dizer, mesmo após a subtração, que iriam matar todos. Ainda, o crime produziu graves consequências, como o prejuízo patrimonial de mais de dez mil reais à seguradora, bem como grande trauma às vítimas Ingrid e Paulo, as quais até modificaram suas rotinas. Desse modo, é de se manter o aumento aplicado, em 1/3 (um terço), totalizando a pena base de 05 (cinco) anos e 04 (quatro) meses de reclusão, e o pagamento de 13 (treze) dias multa, no piso.

Após, não se verificam circunstâncias atenuantes ou agravantes a serem consideradas.

Na terceira etapa, em razão do reconhecimento de duas majorantes (concurso de agentes e uso de arma de fogo), foi correto o aumento da pena em 3/8 (três oitavos), de acordo com corrente jurisprudencial que se adota, perfazendo a pena definitiva de 07 (sete) anos e 04 (quatro) meses de reclusão, e o pagamento de 17 (dezessete) dias multa, no piso.

Salienta-se que a biqualificação, por maior a reprovabilidade das condutas e para que não se igualem situações díspares, o que afronta o princípio da individualização das penas, autoriza a exasperação em montante superior ao mínimo de um terço (RTJ 157/138-143, Rel. Min. Moreira Alves, 1ª T., v.u.; HC 76.405-1-SP, Rel. Min. Moreira Alves, 1ª T., v.u., j. 3.3.98, DJU 17.4.98, p.5; HC 72.869-3-RJ, Rel. Min. Francisco Rezek, 2ª T., v.u., j. 14.11.95, DJU 4.4.97, p. 10520). ("*Roubo. Duas Qualificadoras. Aumento. Pena. No crime de roubo, estando presentes duas qualificadoras (no caso, arma de fogo e concurso de agentes) justifica-se o aumento da pena-base até a metade. Precedentes citados* – do STF: HC 71.176-SP, DJ 3/6/1994, e HC 71.330-SP, DJ 30/9/1994; do STJ: Resp 206.607-SC, DJ 4/9/2000, e Resp 397.719-MG. Resp 363.531-MG, Rel. Min. Fernando Gonçalves, julgado em 19/3/2002" (Informativo Interação, Magistratura, n° 26 – Maio/2002, pág.7).

Para o crime de quadrilha:

Acesso ao Sumário

Na primeira fase da dosimetria da pena, considerando o disposto no artigo 59 do Código Penal, analisando a culpabilidade, diante do nível de organização formado entre os agentes, bem como os crimes praticados, é necessária a manutenção da pena base, fixada em 1/6 (um sexto) acima do piso, em 01 (um) ano e 02 (dois) meses de reclusão.

Após, não se verificam circunstâncias atenuantes ou agravantes a serem consideradas.

Na terceira etapa, em razão da causa de aumento de pena diante do fato de que a associação era armada e envolveu adolescente, a reprimenda foi majorada em 1/3 (um terço), totalizando 01 (um) ano, 06 (seis) meses e 20 (vinte) dias de reclusão.

Para o crime de corrupção de menores:

Na primeira fase da dosimetria da pena, considerando o disposto no artigo 59 do Código Penal, a pena base se manteve no piso de 01 (um) ano de reclusão, a qual se torna definitiva pela ausência de outras causas a serem consideradas no cálculo da pena.

– **Concurso material –**

Enfim, pelo concurso material, somam-se as penas totalizando, agora, em razão da absolvição pelo crime de adulteração de sinal identificador de veículo automotor, 09 (nove) anos, 10 (dez) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, e o pagamento de 17 (dezessete) dias multa, no piso.

CORRÉU LEANDRO:

Para o crime de roubo majorado:

Na primeira fase da dosimetria da pena, considerando o disposto no artigo 59 do Código Penal, analisando a culpabilidade, bem como as circunstâncias do crime, revelou-se especial grau de censurabilidade em razão do número de vítimas rendidas, do modo aterrorizante com que agiram os agentes, que chegaram a dizer, mesmo após a subtração, que iriam matar todos. Ainda, o crime produziu graves consequências, como o prejuízo patrimonial de mais de dez mil reais à seguradora, bem como grande trauma às vítimas Ingrid e Paulo, as quais até modificaram suas rotinas. Ainda, com relação a este réu, observa-se que ele ostenta maus antecedentes (fls. 23 e 23v do apenso específico), desse modo, é de se manter o aumento aplicado, em 1/2 (um meio), totalizando a pena base de 06 (seis) anos de reclusão, e o pagamento de 15 (quinze) dias multa, no piso.

Após, não se verificam circunstâncias atenuantes ou agravantes a serem consideradas.

Na terceira etapa, em razão do reconhecimento de duas majorantes (concurso de agentes e uso de arma de fogo), foi correto o aumento da pena

Acesso ao Sumário

em 3/8 (três oitavos), de acordo com corrente jurisprudencial que se adota, perfazendo a pena definitiva de08 (oito) anos e 03 (três) meses de reclusão, e o pagamento de 20 (vinte) dias multa, no piso.

Salienta-se que a biqualificação, por maior a reprovabilidade das condutas e para que não se igualem situações díspares, o que afronta o princípio da individualização das penas, autoriza a exasperação em montante superior ao mínimo de um terço (RTJ 157/138-143, Rel. Min. Moreira Alves, 1ª T., v.u.; HC 76.405-1-SP, Rel. Min. Moreira Alves, 1ª T., v.u., j. 3.3.98, DJU 17.4.98, p.5; HC 72.869-3-RJ, Rel. Min. Francisco Rezek, 2ª T., v.u., j. 14.11.95, DJU 4.4.97, p. 10520). ("*Roubo. Duas Qualificadoras. Aumento. Pena. No crime de roubo, estando presentes duas qualificadoras (no caso, arma de fogo e concurso de agentes) justifica- se o aumento da pena-base até a metade. Precedentes citados* – do STF: HC 71.176-SP, DJ 3/6/1994, e HC 71.330-SP, DJ 30/9/1994; do STJ: Resp 206.607-SC, DJ 4/9/2000, e Resp 397.719-MG. Resp 363.531-MG, Rel. Min. Fernando Gonçalves, julgado em 19/3/2002" (Informativo Interação, Magistratura, n° 26 – Maio/2002, pág.7).

Para o crime de quadrilha:

Na primeira fase da dosimetria da pena, considerando o disposto no artigo 59 do Código Penal, analisando a culpabilidade, diante do nível de organização formado entre os agentes, bem como os crimes praticados, e, ainda, os maus antecedentes (fls. 23 e 23v do apenso específico), é necessária a manutenção da pena base, fixada em 1/3 (um terço) acima do piso, em 01 (um) ano e 04 (quatro) meses de reclusão.

Após, não se verificam circunstâncias atenuantes ou agravantes a serem consideradas.

Na terceira etapa, em razão da causa de aumento de pena diante do fato de que a associação era armada e envolveu adolescente, a reprimenda foi majorada em 1/3 (um terço), totalizando 01 (um) ano, 09 (nove) meses e 10 (dez) dias de reclusão.

Para o crime de corrupção de menores:

Na primeira fase da dosimetria da pena, considerando o disposto no artigo 59 do Código Penal, em razão dos maus antecedentes (fls. 23 e 23v do apenso específico) é correta a fixação da pena base em 1/6 (um sexto) acima do mínimo legal, perfazendo 01 (um) ano e 02 (dois) meses de reclusão, a qual se torna definitiva pela ausência de outras causas a serem consideradas no cálculo da pena.

– Concurso material –

Enfim, pelo concurso material, somam-se as penas totalizando, agora, em razão da absolvição pelo crime de adulteração de sinal identificador de veículo automotor, 11 (onze) anos, 02 (dois) meses e 10 (dez) dias de reclusão, e o

Acesso ao Sumário

pagamento de 20 (vinte) dias multa, no piso.

Por fim, o regime inicial de cumprimento da pena deve ser mantido em fechado, para os três acusados, seja porque é o único adequado para a prevenção e reprovação de crimes dessa natureza, seja porque a concessão de regime diverso do fechado a autores de crime de roubo anula a finalidade intimidante da pena, estimulando a subtração da coisa alheia móvel, mediante violência ou grave ameaça à pessoa, ainda que se trate de réu primário.

O Supremo Tribunal Federal já se pronunciou nestes termos:

"O regime inicial fechado para o cumprimento da pena pela prática do crime de roubo qualificado é o adequado à reprimenda, ainda que se trate de réu primário" (HC 74.301-3).

"1. Habeas Corpus. 2. Condenação pela prática de crime de roubo tipificado no art. 157, § 2º, I e II do Código Penal 3. Regime inicial fechado. 4. Alegação de incompatibilidade entre o regime fixado e a pena imposta. 5. A periculosidade do agente, a gravidade do delito e as circunstâncias de sua prática justificam a reprimenda mais severa. 6. Inaplicabilidade das Súmulas n.ºs 718 e 719 do STF. 7. Ordem denegada"(HC 84974).

E, pelos mesmos motivos, bem como a quantidade de pena aplicada, é impossível a concessão de qualquer benefício, como "sursis" ou substituição da pena corporal por restritiva de direitos.

Ante o exposto, pelo meu voto, **DOU PARCIAL PROVIMENTO** aos apelos defensivos apenas para ABSOLVER Leandro Henrique Ferreira, Cézar de Oliveira e Luis Ricardo da Silva da prática do crime previsto no artigo 311 do Código Penal, com fundamento no artigo 386, inciso VII, do Código de Processo Penal, mantida, no mais, a r. sentença pelos seus próprios fundamentos.

Correições Parciais

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Correição Parcial nº 9000002-56.2012.8.26.0045, da Comarca de Santa Isabel, em que é corrigente SEBASTIÃO VIEIRA DE LIRA, é corrigido JUÍZO DA COMARCA.

ACORDAM, em 13ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Nego provimento a correição parcial. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto**

Acesso ao Sumário

nº 22.362)

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores MOREIRA DA SILVA (Presidente), DE PAULA SANTOS e FRANÇA CARVALHO.

São Paulo, 9 de junho de 2016.

MOREIRA DA SILVA, Relator

Ementa: Correição parcial – Falsificação de selo ou sinal público – Decisão de preclusão quanto à oitiva das testemunhas da defesa – Alegação de nulidade em observância aos princípios do contraditório e da ampla defesa – Não demonstração – Inocorrência de qualquer ato judicial gerador de constrangimento ilegal – Correição que se presta tão somente para a emenda de erro ou abuso que importe em inversão tumultuária dos atos e formas processuais – Correição improvida.

VOTO

1. Trata-se de Correição Parcial interposta por **Sebastião Vieira de Lira**, nos autos do processo-crime nº 0003875-23.2012.8.26.0045, em trâmite perante a 2ª Vara do Foro Distrital de Arujá, Comarca de Santa Isabel, que lhe move o Ministério Público, por incurso no artigo 296, parágrafo 1º, inciso III, do Código Penal, contra a decisão da MM. Magistrada *a quo* que julgou preclusa a oitiva das testemunhas de defesa.

Aduz, em síntese, que a referida decisão "*cerceia o direito de produção de provas, atentando contra o artigo 5º, LIV, LV, LVII, XXXV, etc., da Constituição Federal, sendo que a não redesignação da audiência macula o devido processo legal, e a decisão que julgou preclusa a inquirição das testemunhas implica em restrição ao exercício da ampla defesa e do contraditório, afrontando os princípios constitucionais da presunção de inocência do acusado, ora corrigente em ação penal, do devido processo legal e viola a paridade de armas*" (fls.2/7).

Por isso, pugna pela cassação da decisão de fls. 41/42, bem como pelo reconhecimento da nulidade dos atos praticados na audiência de instrução, para que sejam ouvidas as testemunhas do acusado.

Oferecidas contrarrazões pelo Ministério Público, a Douta Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo indeferimento da correição.

É o relatório.

2. O recurso não comporta provimento.

Acesso ao Sumário

É sabido que a correição parcial é instrumento jurídico destinado a corrigir atos dos juízes que, por erro ou abuso, constituíssem inversão tumultuária da ordem legal dos atos processuais.[1]

Fora instituída pelo Código Judiciário do Estado de São Paulo (Decreto-lei Complementar nº 3, de 27.08.1969, art. 93), como recurso da competência deste Augusto Tribunal de Justiça.

Pois bem. A preclara Magistrada declarou preclusa a oitiva das testemunhas de defesa na audiência realizada em 16 de novembro de 2015, nos seguintes termos: "*em relação às testemunhas de defesa, observo que o advogado não compareceu ao ato, tornando a prova preclus*a" (fls. 41).

Em que pese as alegações defensivas, não se observa qualquer desobediência aos princípios do contraditório e da ampla defesa.

Após o recebimento da denúncia contra o acusado, ora corrigente, a MM. Juíza *a quo* designou audiência de instrução, debates e julgamento para o dia 29 de junho de 2015. Tendo em vista a impossibilidade de comparecimento da única testemunha de acusação, o ato foi redesignado para o dia 16 de novembro de 2015, às 13h30min. Tal decisão, publicada em audiência, foi devidamente assinada pelo douto Defensor, que, naquela ocasião, foi intimado. Na mesma ocasião, foi o Advogado cientificado de que deveria informar às testemunhas ausentes sobre a redesignação (fls. 34).

Passados quatro meses e apenas a dez dias da data da nova audiência, o Defensor formulou pedido de redesignação, sob alegação de que teria, no mesmo dia, uma audiência em Mogi das Cruzes, às 17h45min.

O pedido da Defesa foi indeferido por decisão suficientemente motivada, nos seguintes termos: "*plenamente compatível ao advogado a participação nas duas audiências, destacando- se que Mogi das Cruzes é cidade vizinha de Arujá, face a gritante diferença de horário das audiências, não se justifica a modificação da data, portanto, não existindo colidência de horários entre as duas audiências, este juízo após a instrução deste processo, terá mais cinco instruções, estando prevista a segunda para as 14h20min, mantenho a audiê*ncia"(fls. 40).

Chegada a data da audiência, o Defensor constituído pelo acusado não compareceu, sendo-lhe nomeado um defensor "*ad hoc*". Apenas uma testemunha arrolada pela acusação compareceu ao ato e saiu intimada para a próxima audiência, designada para o dia 16 de abril. A oitiva das demais testemunhas arroladas pela Defesa foi julgada preclusa.

Como muito bem asseverado pela douta Procuradora de Justiça em brilhante parecer: "*o Defensor e o acusado tomaram conhecimento da data*

Acesso ao Sumário

1 - Cf. Correição Parcial nº 468.218-3/0-00, Tribunal de Justiça de São Paulo, 5ª Câmara Criminal, Rel. Des. Pinheiro Franco, j. 09.06.2005.

designada para a audiência em 29 de junho de 2015 e nada mencionaram sobre a impossibilidade de comparecimento. O advogado ainda foi intimado para informar as testemunhas ausentes em 29 de junho de 2015 (fls. 34). Mesmo assim, o acusado e seu Defensor ausentaram-se na audiência designada para 16 de novembro de 2015. Frise-se que o Defensor formulou pedido para redesignação de audiência apenas no dia 06 de novembro de 2015 e, em data anterior à audiência houve decisão da Nobre Magistrada. Assim, o acusado e seu Defensor tinham o dever de comparecimento à audiência, de modo que não podem arguir nulidade do ato, visto que eles próprios deram causa à situação. Dessa forma, diversamente do que é sustentado pelo acusado, não houve violação da ampla defesa e do contraditório, o que foi garantido em todas as fases processuais" (fls. 58/61).

Logo, não há que se falar em erro ou inversão tumultuária do processo ou cerceamento de defesa, tendo em vista que a Defesa deu causa à não oitiva das testemunhas, uma vez que foi devidamente intimada da data da audiência e cientificada de que deveria comunicar as testemunhas por ela arroladas.

Quanto ao indeferimento de alteração da data de audiência de instrução, a matéria se insere no âmbito discricionário do Magistrado, ao qual cabe presidir o feito e decidir sobre a conveniência da providência pleiteada, razão pela qual é viável indeferir os pedidos que entenda inúteis ou protelatórios, como vislumbrou na hipótese vertente.

Cumpre apenas observar que, consoante sólida orientação jurisprudencial:

"HABEAS CORPUS. ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR PRATICADO CONTRA SUA FILHA MENOR DE IDADE. TESTEMUNHAS DE DEFESA COMPROMISSADAS EM COMPARECER NA AUDIÊNCIA INDEPENDENTEMENTE DE INTIMAÇÃO. TESTEMUNHAS FALTOSAS. INDEFERIMENTO DE APRESENTAÇÃO DE NOVO ROL E DE REALIZAÇÃO DE NOVA AUDIÊNCIA. INEXISTÊNCIA DE CERCEAMENTO DE DEFESA. IRREGULARIDADE CAUSADA PELA PRÓPRIA DEFESA. AUSÊNCIA DO ADVOGADO CONSTITUÍDO. AUDIÊNCIA DESTINADA APENAS À OITIVA DAS TESTEMUNHAS DE DEFESA QUE NÃO COMPARECERAM. AUDIÊNCIA NÃO REALIZADA. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO. PARECER DO MPF PELA DENEGAÇÃO DO WRIT. ORDEM DENEGADA. 1. Nos termos da orientação firmada por esta Corte, u

ma vez assumido pela defesa o compromisso de apresentação espontânea de suas testemunhas na audiência, eventual ausência configura verdadeira desídia defensiva, não podendo, portanto, o indeferimento dos pedidos de substituição do rol e de realização de nova audiência

Acesso ao Sumário

serem considerados como cerceamento de defesa. Precedentes do STJ. 2. Não há falar em nulidade por cerceamento de defesa, se foram as próprias atitudes do paciente e de seu Advogado constituído que deram causa a eventual irregularidade durante a instrução judicial do feito. 3. A nulidade apontada pelo impetrante foi devidamente afastada pelo egrégio TJPB, porquanto ausente sequer insinuação sobre qual teria sido o prejuízo sofrido, razão pela qual é totalmente vazia a alegação de nulidade. Admitir a nulidade sem nenhum critério de avaliação, mas apenas por simples presunção de ofensa aos princípios constitucionais, é permitir o uso do devido processo legal como mero artifício ou manobra de defesa e não como aplicação do justo a cada caso, distanciando-se o direito do seu ideal, qual seja, a aplicação da justiça.

4. A não nomeação de Defensor Dativo para a audiência destinada exclusivamente à oitiva de testemunhas de defesa que, na realidade, não se realizou em razão do não-comparecimento das mesmas, não configura ofensa aos princípios da ampla defesa e do contraditório. 5. Parecer do MPF pela denegação do writ. 6. Habeas Corpus denegado. (STJ, HC 117952 PB 2008/0222713-3, 5ª Turma, Min. Napoleão Nunes Maia Filho, j. 27.05.2010).

Assim, não demostrou o corrigente o alegado vício da r. decisão que julgou preclusa a oitiva das testemunhas.

Logo, a hipótese concreta destes autos revela que a pretensão do peticionário foi indeferida por r. decisão suficientemente fundamentada, sem erro e sem abuso que importasse em inversão tumultuária dos atos e fórmulas da ordem legal do processo criminal, pelo que exsurge imperioso o desprovimento do recurso.

3. Diante do exposto, **nego provimento** a correição parcial.

Acesso ao Sumário

Habeas Corpus

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Habeas Corpus nº 0030181-28.2016.8.26.0000, da Comarca de Americana, em que é paciente J.F.M. e Impetrante M.C.O.

ACORDAM, em 8ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça

de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Indeferiram liminarmente o *writ,* nos termos do art. 663 do Código de Processo Penal e do art. 248 do Regimento Interno do Tribunal de Justiça de São Paulo. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 10.762)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ALCIDES MALOSSI JUNIOR (Presidente) e CARLOS MONNERAT.

São Paulo, 16 de junho de 2016.

GRASSI NETO, Relator

Ementa: *Habeas corpus* – Matéria objeto de decisão pelo Juízo de Primeira Instância já confirmada em grau de apelação – Tribunal que se torna autoridade coatora – Não conhecimento

O Tribunal que aprecia apelação interposta em favor do ora paciente, torna-se autoridade coatora, devendo o impetrante/paciente observar o disposto no art. 105, I, "c", da Constituição Federal.

***Habeas Corpus* – Decretação de prisão do paciente pelo Juízo *a quo* após prolação de Ven. Acórdão confirmatório de condenação por órgão fracionário do Tribunal de Justiça – Pendência de Recurso Especial junto ao STJ – Trânsito em julgado de matéria fática – Admissibilidade da execução imediata da pena reclusiva – Inteligência do art. 637 do CPP – Constrangimento ilegal inexistente**

Confirmada a sentença condenatória de Primeiro Grau, a interposição de recurso extraordinário não impede, com lastro no princípio da presunção de inocência, a execução imediata da pena reclusiva, eis que passa a haver o trânsito em julgado ao menos da matéria fática

Acesso ao Sumário

VOTO

Vistos,

Trata-se de petição protocolizada por J.F.M., por intermédio de seu advogado, M.C.O., visando à expedição de alvará de soltura em seu favor.

Segundo consta, J. foi condenado em primeira instância, nos autos do processo criminal n. 3005873-19.2013, como incurso no art. 217-A do CP, por duas vezes, mediante concurso material, à pena de 16 anos de reclusão, em

regime inicial fechado.

Apelou da referida decisão, tendo esta Col. 8ª Câmara Criminal, por unanimidade, negado provimento ao recurso em 12 de novembro de 2015. Ao que se infere, o peticionário respondeu à ação penal em liberdade.

O Ven. Acórdão transitou em julgado para a Defesa, em 03 de dezembro de 2015. À época, e durante todo o processo, o sentenciado era assistido pelo advogado dativo A.B.L. Cumpre consignar que o atual advogado foi constituído apenas em 17 de dezembro de 2015; portanto, 14 dias após o trânsito em julgado da sentença condenatória. Diante do trânsito em julgado do Ven. Acórdão, acabou sendo expedido pela Vara de origem, em 31 de março de 2016, mandado de prisão em desfavor do peticionário, que acabou sendo cumprido em 13 de abril de 2016.

Ocorre que, em 17 de dezembro de 2015, J. havia constituído novo Defensor, subscritor da petição em questão, que, solicitando o cancelamento do trânsito em julgado, interpôs recurso especial.

Em 05 de abril de 2016, foi determinada pela Presidência da Seção de Direito Criminal a remessa dos autos n. 3005873-19.2013 a este Eg. Tribunal de Justiça, para processamento do recurso especial interposto.

A Vara de origem remeteu os autos a este Eg. Tribunal de Justiça, mantendo, contudo, a prisão de J. e as decisões anteriores.

Entendendo que, pelo fato de os autos terem sido remetidos a este Eg. Tribunal de Justiça para processamento do recurso especial interposto, havia sido conferido efeito suspensivo à execução da sua pena, requer agora o peticionário a expedição de alvará de soltura em seu favor.

Foi aberta conclusão a este Relator pela Presidência da Seção de Direito Criminal, em virtude de ter sido aventada pela defesa a anulação do trânsito em julgado.

A petição foi recebida por este Relator como *habeas corpus*, sendo providenciada sua autuação como tal e distribuição por prevenção.

É o relatório.

Conhece-se apenas parcialmente do pedido, para na parte conhecida, indeferi-lo liminarmente, nos termos do art. 663 do Código de Processo Penal e do art. 248 do Regimento Interno do Tribunal de Justiça de São Paulo.

Cumpre primeiramente observar que, uma vez confirmada a sentença condenatória de Primeiro Grau, a interposição de recurso extraordinário não impede, com lastro no princípio da presunção de inocência, a execução imediata da pena reclusiva, eis que passa a haver o trânsito em julgado ao menos da matéria fática.

No caso vertente, a sentença condenatória proferida nos autos da ação

Acesso ao Sumário

penal já restou reexaminada em grau de apelação por esta C. Corte, tendo sido totalmente confirmada. A situação está, assim, revestida de caráter ainda mais definitivo, eis que o impetrante foi constituído como advogado para interpor recurso especial apenas em 17 de dezembro de 2015; portanto, quatorze dias após o trânsito em julgado da sentença condenatória. Se o sentenciado pretendia recorrer ao colendo STJ, cabia tê-lo feito em tempo oportuno.

Uma vez julgada a apelação, a autoridade coatora deixou de ser o Juízo *a quo*, erigindo-se o próprio Tribunal que apreciou o recurso como sendo aquele que poderia estar, em tese, exercendo coação ilegal.

Tornou-se esta Corte, portanto, impedida de apreciar o pedido de expedição de alvará de soltura, eis que a expedição de mandado de prisão foi motivada pelo Ven. Acórdão proferido por esta Col. 8ª Câmara Criminal em 12 de novembro de 2015.

Ante o exposto, indefere-se liminarmente o *writ*, nos termos do art. 663 do Código de Processo Penal e do art. 248 do Regimento Interno do Tribunal de Justiça de São Paulo.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Habeas Corpus nº 2094740-57.2016.8.26.0000, da Comarca de Franco da Rocha, em que é paciente V.F.S. e Impetrante S.J.A.

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 32.773)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ANGÉLICA DE ALMEIDA (Presidente) e PAULO ROSSI.

São Paulo, 15 de junho de 2016.

JOÃO MORENGHI, Relator

Ementa: PRISÃO PREVENTIVA. Prova da existência do crime e indício suficiente de autoria. Existência, ademais, de outros fortes elementos indicadores da periculosidade do agente. Decretação de medidas protetivas. Flagrante descumprimento. Encarceramento provisório. Possibilidade.

– Presentes indícios de autoria e a prova da materialidade delitiva, pressupostos necessários para

Acesso ao Sumário

a manutenção da custódia cautelar, *ex vi* do art. 312 do CPP, deve ser mantida a prisão preventiva do réu quando as circunstâncias da prisão e a conduta adotada pelo acusado indicam sua periculosidade e, além disso, ele deliberadamente descumpre as medidas protetivas anteriormente decretadas.

VOTO

1. Em favor de V.F.S., a belª S.J.A. impetrou o presente ***habeas corpus*** postulando, sob alegação de constrangimento ilegal, a concessão da ordem para sua imediata libertação.

Alega, para tanto, que o paciente, preso preventivamente, acusado de haver ameaçado de morte sua esposa, merece responder ao processo em liberdade, eis que ausentes os requisitos da custódia cautelar. Sustenta que a decisão que decretou a prisão preventiva não estaria adequadamente fundamentada. Assevera que o paciente é primário, de bons antecedentes, com emprego lícito e residência fixa, reunindo as condições para o deferimento da liberdade provisória. Assim, evidente o constrangimento ilegal imposto ao paciente, o qual deverá ser sanado por este *writ* (fls. 1-9).

A impetração não foi instruída. Indeferida a liminar pleiteada (fls. 11), prestou informações a d. autoridade coatora – Juízo de Direito da Vara Criminal da Comarca de Franco da Rocha (fls. 14-5), com documentos (fls. 16-30).

Após, manifestou-se a d. Procuradoria Geral de Justiça pela denegação da ordem (fls. 32-6).

É o relatório.

2. Narra a denúncia:

"Consta do incluso inquérito policial que nos dia (...), por volta das (...), na Rua (...), (...), nesta cidade, V.F.S., qualificado as fls. 03, ameaçou, por palavra, de causar mal injusto e grave a sua ex-companheira, a Sra. D.C.S.O.C.F., a saber, a morte.

Consta, ainda, que no dia (...), por volta das (...), na Rua (...), n. (...), (...), nesta cidade, V.F.S., qualificado a fls. 03, ameaçou, por palavra, de causar mal injusto e grave a sua ex-companheira, a Sra. D.C.S.O.C.F., a saber, a morte.

Segundo o apurado, o denunciado e vítima foram companheiros, possuem dois filhos, mas nos últimos anos de convivência a relação foi se deteriorando em razão da personalidade violenta, ciumenta e possessiva do denunciado. Cansada de ser ofendida por ele, a vítima decidiu romper a relação com o acusado e saiu de casa, levando consigo os filhos.

Acesso ao Sumário

Inconformado, em (...) ele a ameaçou de morte, a ela remetendo mensagens com o seguinte conteúdo: *'vou te matar, acabar com você, se você não voltar comigo ai você vai ver um homem louco, vou te matar, vou sumir com as crianças, safada, puta, sem vergonha'*.

Em (...), ele a procurou durante um evento religioso e novamente a ameaçou dizendo: *'se você não voltar comigo vou te dar um tiro na testa'*.

Não satisfeito, com frequência ligava para a vítima insistindo que a mataria caso ela não reatasse a relação.

A ofendida representou contra o autor dos fatos, fl. 05".

A ordem não merece concessão.

Primeiro porque, pela prova até então coligida, presentes os indícios de autoria e a prova da materialidade, que constituem pressupostos da prisão processual, conforme disposição do art. 312, última parte, do CPP.

Depois porque, malgrado na sistemática constitucional brasileira a regra seja a liberdade, vez que vige entre nós os princípios do estado de inocência e da liberdade provisória, presentes justificantes plausíveis, a segregação no curso do processo se autoriza quando necessária for a garantia da ordem pública, que é o caso dos autos.

Não só isso, a manutenção da prisão também é necessária para a proteção da ofendida, eis que restou evidente que a decretação das medidas protetivas de urgência não surtiram o efeito esperado, pois foram insuficientes para protegê-la. O paciente, mesmo ciente da existência da proibição de se aproximar da vítima, bem como de manter contato com ela, não parou de procurar a ofendida e proferir novas ameaças de morte, ao argumento de que não admitirá a separação, **revelando sua personalidade violenta, seu descontrole e descaso com as medidas impostas pela Justiça.**

Assim, evidente que o descumprimento da medida protetiva, somado ao preenchimento dos requisitos que autorizam a custódia cautelar, em especial a demonstração de periculosidade do paciente, justificam e validam a manutenção da prisão cautelar do paciente.

Desta forma, foi justificadamente decretada a prisão preventiva e as razões de convencimento do d. magistrado permanecem válidas, não se constatando o alegado constrangimento ilegal.

Mais não é necessário.

3. Pelo exposto, denega-se a ordem.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Habeas Corpus nº 2057073-37.2016.8.26.0000, da Comarca de Regente Feijó, em que é impetrante MARCIA SOELY PARDO GABRIEL e Paciente CLÁUDIO LUIZ ASSUMPÇÃO DE FREITAS.

ACORDAM, em 9ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Excepcionalmente, CONCEDERAM A ORDEM para TRANCAR a ação penal inaugurada na origem em face de Cláudio Luiz Assumpção de Freitas, sem prejuízo do prosseguimento das demais medidas de cobrança. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto 32.686)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores SÉRGIO COELHO (Presidente sem voto), AMARO THOMÉ e LAURO MENS DE MELLO.

São Paulo, 23 de junho de 2016.

ROBERTO SOLIMENE, Relator

Ementa: Habeas Corpus preventivo. Trancamento de ação penal inaugurada para apurar crime de desobediência. Alimentante (pai) que não vem pagando escola dos filhos, determinada em sentença judicial. Descabe a instauração de demanda criminal quando a lei civil já contém previsão da prisão de alimentos. Concessão da ordem.

VOTO

Cuida-se se habeas corpus preventivo impetrado em favor do paciente Cláudio Luiz Assumpção de Freitas. Em resumo, alega a impetrante que o fato de o paciente não ter adimplido com os valores relativos ao pagamento da pensão alimentícia, judicialmente fixada, não poderia acarretar na responsabilização criminal, na medida em que a Lei Civil prevê sanções específicas para referido descumprimento das obrigações alimentares.

Requereu, sem sucesso, em sede liminar (fls. 173/174), o trancamento da ação penal em curso e, ao final, o reconhecimento da atipicidade de sua conduta, com o consequente arquivamento do inquérito policial.

Prestadas informações judiciais, inclusive as complementares (fls. 181/182, 188, 191 e 197), o r. parecer da d. Procuradoria Geral de Justiça é pela denegação da ordem (fls. 184/186).

Acesso ao Sumário

É o relatório.

Voto n. 32.686

****

Sabemos agora, após leitura da inicial e das informações judiciais, que o ora paciente é devedor de alimentos e a *vexata quaestio* que teria dado ensejo à instauração de ação penal por crime de desobediência é o inadimplemento do dever de pagar a escola da prole.

A exordial do *Parquet*, reproduzida a fls. 78/79 (datada de 4.3.2016), revela que a suposta desobediência é verificada no bojo da ação de alimentos que teve curso na origem, sob n. 3067-61.2014.8.26.049.

Há, igualmente, menção a inadimplemento das mensalidades escolares entre maio e outubro de 2014 e de julho a agosto de 2015.

****

Concedo a ordem e justifico.

É pacífico que em sede de *habeas corpus* deve, o Colegiado, ser cuidadoso, deixando para a instrução em 1º grau o exame do mérito.

Todavia, admissível o acolhimento imediato se evidente a temeridade da ação penal, hipótese destes autos.

****

Não se tem apreço algum por fatos jurídicos deste jaez. O inadimplemento de qualquer obrigação é sempre censurável, impossível não destacar a esta altura a natureza do vínculo obrigacional em debate, prestação de alimentos.

Do mesmo modo, porém, é igualmente relevante anotar que, segundo peças dos autos, vindas com o complemento das informações judiciais, ainda não se realizou a audiência de suspensão condicional do processo em 1º grau, em razão de pedido da defesa, adiado o encontro para o dia 22.7 do corrente ano.

Sem prejuízo, foram trazidas peças com as informações judiciais complementares, pelas quais o devedor **celebrou acordo com a escola** e refinanciou suas pendências (vide fl. 191 e 197, ofício este vindo do credor e datado de 2.6.2016).

****

De todo o modo, se há um meio para alcançar o crédito, no caso a prisão civil mantida pelo novo Cód. de Processo Civil, em seu art. 528, §3º, sem prejuízo da inovação igualmente inserida no mesmo texto legal – qual seja, o protesto do crédito (NCPC, art. 528, §1º) –, descabe adotar-se ainda mais a ação penal pelo crime de desobediência.

Assim, por sinal, tem se pronunciado o E. Superior Tribunal de Justiça, por analogia na questão atinente ao descumprimento de outra obrigação no âmbito do mesmo Direito de Família, quando o varão, desatendendo ordem

Acesso ao Sumário

de distância, se aproxima da virago que se acha preservada pela Lei Maria da Penha, confira-se no AgRg 1.445.446/MS, rel. Min. Paulo Dias Moura Ribeiro, DJe 6.6.2014 e no REsp 1.374.653/MG, rel. Min. Sebastião Reis Junior, DJe 2.4.2014.

De ambos extraio o excerto seguinte e que aqui também cabe:

"(...) quando as determinações judiciais forem asseguradas por sanções de natureza civil ou administrativa, como por exemplo, a fixação de multa diária, não há que falar em crime de desobediência (...)".

Tornando ao caso concreto, transcrevemos integralmente o disposto no sobredito art. 528 da Lei 13.105/2015, o novo CPC, *verbis:*

"Art. 528. No cumprimento de sentença que condene ao pagamento de prestação alimentícia ou de decisão interlocutória que fixe alimentos, o juiz, a requerimento do exequente, mandará intimar o executado pessoalmente para, em 3 (três) dias, pagar o débito, provar que o fez ou justificar a impossibilidade de efetuá-lo.

§ 1º Caso o executado, no prazo referido no caput, não efetue o pagamento, não prove que o efetuou ou não apresente justificativa da impossibilidade de efetuá-lo, **o juiz mandará protestar o pronunciamento judicial**, aplicando-se, no que couber, o disposto no art. 517.

§ 2º Somente a comprovação de fato que gere a impossibilidade absoluta de pagar justificará o inadimplemento.

§ 3º **Se o executado não pagar ou se a justificativa apresentada não for aceita, o juiz, além de mandar protestar o pronunciamento judicial na forma do § 1º, decretar-lhe-á a prisão pelo prazo de 1 (um) a 3 (três) meses.**

§ 4º **A prisão será cumprida em regime fechado**, devendo o preso ficar separado dos presos comuns.

§ 5º **O cumprimento da pena não exime o executado do pagamento das prestações vencidas e vincendas.**

§ 6º **Paga a prestação alimentícia, o juiz suspenderá o cumprimento da ordem de prisão.**

§ 7º O débito alimentar que autoriza a prisão civil do alimentante é o que compreende até as 3 (três) prestações anteriores ao ajuizamento da execução e as que se vencerem no curso do processo.

§ 8º O exequente pode optar por promover o cumprimento da sentença ou decisão desde logo, nos termos do disposto neste Livro, Título II, Capítulo III, caso em que não será admissível a prisão do executado, e, recaindo a penhora em dinheiro, a concessão de efeito suspensivo à impugnação não obsta a que o exequente levante mensalmente a importância da prestação.

§ 9º Além das opções previstas no art. 516, parágrafo único, o exequente

Acesso ao Sumário

pode promover o cumprimento da sentença ou decisão que condena ao pagamento de prestação alimentícia no juízo de seu domicílio."

A propósito, o tema nem é novo, pois assim já era anteriormente tratado, cf. se acha posto no **verbete 309** do mesmo E. Superior Tribunal de Justiça.

Tornando ao caso concreto, não bastasse o acordo já ter sido providenciado na origem, cf. documentos já referidos e juntados neste *writ*, a solução alvitrada pelo novo Cód. de Processo Civil igualmente já foi reivindicada pelos credores na origem, pese suspensa pelo relator do agravo de instrumento que tramita perante a E. 1ª Câm. de Direito Privado desta Corte Estadual (vide despacho exarado em 9.12.2015 pelo E. Des. Rui Cascaldi, ou seja, três meses antes da denúncia ministerial que inaugurou a presente ação penal, leia-se a fl. 56 deste *writ*).

De todo o modo, na esteira de enunciados do E. Superior Tribunal de Justiça, se é dado aos credores socorrerem-se de meio e modo mais gravosos (a prisão civil independe de processo e é objetivamente cumprida em regime fechado, por força do NCPC), inadequado ainda venham os interessados reclamar a instauração de lide penal por crime de desobediência, de sorte que a ordem é de ser concedida.

Ante o exposto, excepcionalmente, **CONCEDO A ORDEM** para **TRANCAR** a ação penal inaugurada na origem em face de Cláudio Luiz Assumpção de Freitas, sem prejuízo do prosseguimento das demais medidas de cobrança.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Habeas Corpus nº 2102096-06.2016.8.26.0000, da Comarca de Itapecerica da Serra, em que é impetrante FABIANO SILVA GOMES e Paciente GILBERTO ANDRADE DA CUNHA.

ACORDAM, em 16ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Concederam a ordem em parte, nos termos do v. acórdão. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 5.489)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores GUILHERME DE SOUZA NUCCI (Presidente sem voto), NEWTON NEVES e OTÁVIO DE ALMEIDA TOLEDO.

São Paulo, 26 de julho de 2016.

LEME GARCIA, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: HABEAS CORPUS. Latrocínio. Suspensão do processo. Prova produzida antecipadamente. Pleito de cassação da decisão que determinou a antecipação probatória. Necessidade de renovação dos depoimentos apontados pela Defesa, em observância aos princípios do contraditório e da ampla defesa. Ordem concedida em parte.

VOTO

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido limiar, impetrado pelo Dr. Fabiano Silva Gomes, em favor de GILBERTO ANDRADE DA CUNHA, sob a alegação de ilegal constrangimento por parte do MM. Juiz de Direito da 2ª Vara da Comarca de Itapecerica da Serra, onde o paciente está sendo processado como incurso no artigo 157, § 3º, c.c. artigo 29, ambos do Código Penal, que suspendeu o processo e determinou a produção antecipada de provas.

Pugna o impetrante, em suma, pela cassação da decisão que determinou a antecipação de provas no processo que tramita em face do paciente (fls. 01/12).

A liminar foi indeferida (fls. 15/17).

O MM. Juiz de Direito da 2ª Vara da Comarca de Itapecerica da Serra prestou informações (fls. 20/75).

A douta Procuradoria de Justiça emitiu parecer pela denegação da ordem (fls. 77/86).

É, em síntese, o relatório.

A ordem deve ser concedida, em parte.

O paciente está sendo processado como incurso no artigo 157, § 3º, *in fine* c.c. artigo 29, caput, ambos do Código Penal, porque em 11 de novembro de 2003, por volta das 15h, na cidade de Itapecerica da Serra, em concurso com Alex Sandro Gonçalves dos Santos, teria subtraído a motocicleta Honda CG 125, de placas CZS 7077/SP, mediante disparo de arma de fogo contra a vítima Silas Ulisses da Silva, que, em razão dos ferimentos, veio a óbito.

Consta dos autos que, infrutífera a citação pessoal do paciente, foi determinada a sua citação por edital.

Em 09 de fevereiro de 2006, o i. magistrado *a quo* decretou a revelia do paciente e determinou a suspensão do processo, conforme dispõe o artigo 366 do Código de Processo Penal, designando audiência de instrução para a oitiva antecipada das testemunhas de acusação, além de determinar a nomeação de defensor dativo (fls. 31).

Posteriormente, em 16 de julho de 2015, o paciente constituiu advogado.

O d. juízo *a quo*, por decisão publicada em 04 de agosto de 2015, revogou

Acesso ao Sumário

a suspensão do processo, determinando a apresentação de defesa preliminar, com a observação de que, em razão da suspensão do processo, deveria a Defesa se manifestar quanto à renovação de qualquer das provas (fls. 53).

A Defesa, por sua vez, apresentou resposta à acusação, manifestando-se, quanto às provas produzidas antecipadamente, pela renovação dos depoimentos das testemunhas "C" e "D", com o fim de esclarecer determinados pontos controvertidos.

O i. magistrado, na decisão que se seguiu, manteve o recebimento da denúncia e determinou a deprecação para a oitiva das testemunhas da defesa, salientando que as testemunhas arroladas pela acusação já haviam sido ouvidas.

Requer a Defesa, por meio deste remédio heroico, a cassação integral da decisão que determinou a produção antecipada de provas, porquanto ausentes seus fundamentos autorizadores.

Não se constata, a princípio, a existência de prejuízo na antecipação da produção probatória, de modo que inviável a cassação integral daquela decisão, destacando-se a prudência do i. magistrado ao oportunizar à Defesa o requerimento de renovação de quaisquer das provas produzidas antecipadamente.

Por outro lado, tendo a Defesa se manifestado pela renovação do depoimento de duas das testemunhas arroladas pela acusação, que considerou necessária ao esclarecimento de determinados pontos controvertidos, era o caso de designação de nova audiência, com vistas à nova oitiva das referidas testemunhas, em observância aos princípios do contraditório e da ampla defesa.

Posto isto, pelo meu voto, conheço do *habeas corpus* e concedo parcialmente a ordem, para determinar a renovação parcial da prova oral, com relação às testemunhas indicadas pela Defesa em sede de resposta à acusação.

ACÓRDÃO

Acesso ao Sumário

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Habeas Corpus nº 2088635-64.2016.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é paciente JAMES RAMOS DE SIQUEIRA, Impetrantes MARTA CRISTINA CURY SAAD GIMENES, LUCIANA ZANELLA LOUZADO e ANDRÉ AUGUSTO MENDES MACHADO.

ACORDAM, em 12ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "por votação unânime, concederam a ordem para reconhecer a competência por conexão, nos termos dos artigos 76, III e 78, III do Código de Processo Penal, e determinar a remessa dos autos do inquérito policial 0002540-80.2014.8.26.0050 - São Paulo, ao juízo

federal competente.", de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 30.885)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ANGÉLICA DE ALMEIDA (Presidente), ÁLVARO CASTELLO e VICO MAÑAS.

São Paulo, 6 de julho de 2016.

ANGÉLICA DE ALMEIDA, Relatora

Ementa: ***Habeas Corpus. Artigo 171, do Código Penal. Investigações em curso perante a Justiça Federal e a Justiça Estadual para apuração do mesmo fato. Competência por conexão. Reunião das investigações.-*** **Apuração de fatos idênticos em esferas distintas. Evidenciado liame entre os fatos, a junção dos inquéritos policiais evita decisões contraditórias, facilita a investigação e propicia o exercício da defesa em maior amplitude. Conexas as infrações, de acordo com o disposto no artigo 78, III, do CPP e com a Súmula 122 do STJ, a competência é da Justiça Federal. Ordem concedida para, reconhecida a conexão, determinar a remessa do inquérito policial que tramita perante a Justiça Estadual, para o juízo federal competente.**

VOTO

Os ilustres advogados Marta Saad, Luciana Zanella Louzado e André Augusto Mendes Machado, com pedido de liminar, apontando como autoridade coatora o(ª) MM(ª) Juiz(ª) do Departamento de Inquéritos Policiais e da Polícia Judiciária - DIPO, impetram o presente *habeas corpus*, em favor de *James Ramos de Siqueira*, visando ver reconhecida a competência por conexão da Justiça Federal - Seção Judiciária de São José dos Campos - SP, para apuração dos fatos e, em consequência, reunidas as investigações. Alegam que o paciente figura como investigado em dois inquéritos policiais, instaurados para apuração do mesmo fato, tramitando, um, perante a Justiça Estadual, outro, perante a Justiça Federal. Sustentam que, não obstante distintas as supostas vítimas, nas investigações - a União e o Estado de São Paulo, presente causa modificadora da competência, consistente na conexão instrumental, diante da interdependência probatória, competente para apuração dos fatos a Justiça Federal, nos termos dos artigos 76, III, e 78, III, ambos do Código de Processo Penal, e da Súmula 122, do Superior Tribunal de Justiça, razão pela qual necessária a reunião das

Acesso ao Sumário

investigações. Acrescentam que o conjunto de fatos apurados é significativamente maior, no âmbito federal. Liminarmente, pleiteiam seja suspenso o andamento do inquérito policial estadual, até o julgamento do *writ*, vez que, determinada a remessa dos autos à Delegacia de Polícia, para prosseguimento das investigações, há risco de realização de atos investigatórios, passíveis de anulação (fls. 1/17). Acompanham os documentos de fls. 18/245.

Concedida a liminar para suspender o andamento do inquérito policial, a autoridade judicial impetrada prestou informações (fls. 255/257).

A d. Procuradoria Geral de Justiça opina pela concessão da ordem (fls. 259/263).

É o relatório.

Segundo as informações prestadas pela autoridade impetrada, em 18 de novembro de 2013, o Delegado de Polícia Titular do Departamento de Polícia de Proteção à Cidadania, Divisão de Investigações Sobre Crimes Contra a Administração, instaurou inquérito policial, n. 0002540-80.2014.8.26.0050, para apuração de supostas irregularidades relacionadas às informações médicas que instruem demandas judiciais impetradas contra o Estado de São Paulo, as quais determinam que a Secretaria de Estado da Saúde forneça o medicamento Lomitapida, por se tratar de medicamento de altíssimo custo.

Apurou-se que trinta e seis pessoas impetraram mandado de segurança, para obtenção do medicamento em questão. Nessas ações, os relatórios médicos tinham idêntico teor, cujo modelo foi fornecido pelo representante da empresa fabricante no Brasil, e as ações foram patrocinadas pelo mesmo escritório de advocacia. Ademais, verificou-se que havia enorme desproporção entre os diagnósticos e a literatura médica sobre a doença. Constatou-se que o medicamento, em tese, havia sido indicado a pessoas não portadoras da doença.

Diante disso, entendendo presentes indícios de que médicos teriam inserido dados fraudulentos em suas receitas, para possibilitar as demandas judiciais, apontando para a existência de associação entre médicos, representantes do laboratório e advogados, para obtenção do medicamento, em prejuízo ao erário do Estado de São Paulo, foi deferida, na ação cautelar 0090224-09.2015.8.26.0050, busca e apreensão nos consultórios médicos.

Acesso ao Sumário

Requerida a remessa dos autos para a Justiça Federal, em 5 de novembro de 2015, o Ministério Público manifestou-se pelo indeferimento do pleito, sob o argumento de que todos os pedidos formulados pela Defesa deverão ser analisados ao término da investigação. A autoridade impetrada determinou o retorno do feito ao DPPC, para continuidade das investigações.

Por seu turno, em 26 de março de 2014, a Delegacia de Polícia Federal de São José dos Campos - SP instaurou o inquérito policial 0137/2014, *para identificar e apurar a responsabilidade criminal de indivíduos que, conforme*

constatado pela Corregedoria Geral da Administração Setorial Saúde do Estado de São Paulo, estariam prescrevendo indevidamente ou sem necessidade o medicamento denominado Lomitapida (fls. 86), fornecido pela União.

O paciente *James Ramos de Siqueira*, gerente nacional da empresa Aegerion Farmacêutica Ltda., que comercializa o medicamento Lomitapida, fora formalmente indiciado, em 19 de setembro de 2015, por infração, em tese, ao disposto no artigo 171, do Código Penal, no inquérito policial, que tramita perante a Justiça Federal (fls. 184/200).

A presente impetração objetiva a reunião dos inquéritos policiais, que apuram fatos idênticos, diante da conexão instrumental ou probatória, evidenciado que está o liame entre os fatos a recomendar investigação conjunta.

De fato, a junção de inquéritos policiais é devida para evitar decisões contraditórias e facilitar a investigação dos fatos. A concentração dos atos perante o juízo prevalente pode propiciar exercício da defesa em maior amplitude e evitar a possibilidade de decisões antagônicas.

Segundo o artigo 76, III, do Código de Processo Penal, há conexão quando a prova de uma infração ou de qualquer de suas circunstâncias elementares influir na prova de outra infração. Ou seja, quando as infrações estiverem ligadas por elos tais de modo a sugerir atividade instrutória una e conjunta.

Conexas as infrações, a competência, por força do disposto no artigo 78, III, do Código de Processo Penal, é da Justiça Federal. Nesse sentido, a Súmula 122, do Superior Tribunal de Justiça - *Compete à Justiça Federal o processo e julgamento unificado dos crimes conexos de competência federal e estadual, não se aplicando a regra do art. 78, II, "a", do Código de Processo Penal.*

Como observado com propriedade pelo parecer firmado pela ilustre procuradora de Justiça Vivian Cristiane Moretto Wohlers Silveira, "*não se negará que o indiciado sujeito a procedimentos distintos em duas esferas jurisdicionais pode se expor a injunções as mais variadas, a desconfortos, a mais (e hipotéticos) abusos, a deslocamentos mais numerosos do que aqueles que lhe seriam infligidos se respondesse – como é de rigor – perante um só organismo. Afinal, mesmo antes do eventual proêmio processual, não faz sentido fragmentar o que, por normatividade e por preceito sumular, deve ser unificado.*"

Uma vez constatada desde logo a conexão, alongar mais a investigação, em esferas diversas, constitui esforço desnecessário e não recomendável.

Diante do exposto, por votação unânime, concederam a ordem para reconhecer a competência por conexão, nos termos dos artigos 76, III e 78, III do Código de Processo Penal, e determinar a remessa dos autos do inquérito policial 0002540-80.2014.8.26.0050 - São Paulo, ao juízo federal competente.

Acesso ao Sumário

Mandados de Segurança

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Mandado de Segurança nº 2075066-93.2016.8.26.0000, da Comarca de Campinas, em que são impetrantes AURÉLIO CANCE JUNIOR, TEREZA NUNES DA SILVA, THIAGO NUNES CANCE e AURÉLIO CANCE NETO, é impetrado MM. JUIZ(A) DE DIREITO DA 3ª VARA CRIMINAL DE CAMPINAS.

ACORDAM, em 15ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Concederam a segurança, nos termos que constarão do acórdão. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 25.487)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores WILLIAN CAMPOS (Presidente sem voto), RICARDO SALE JÚNIOR e CAMARGO ARANHA FILHO.

São Paulo, 23 de junho de 2016.

ENCINAS MANFRÉ, Relator

Ementa: MANDADO DE SEGURANÇA. Nomeação de leiloeiro para a alienação de bens arrestados. Excepcionalidade dessa medida assecuratória. Inexistência na decisão atacada de apontamento referente a uma das circunstâncias autorizadoras. Inadmissibilidade. Inteligência do artigo 144-A, do Código de Processo Penal. Segurança concedida, portanto.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de mandado de segurança (folhas 1 a 14) cuja ação fora promovida por *Aurélio Cance Junior, Thereza Nunes da Silva, Thiago Nunes Cance* e *Aurélio Cance Neto* contra a respeitável decisão (folhas 21) pela qual o MM. Juiz da 3ª Vara Criminal da Comarca de Campinas nomeara leiloeiro para a alienação de bens arrestados e pertencentes a esses interessados.

Esses autores, com efeito, alegaram, em suma, o seguinte: a) cabimento desse mandado de segurança; b) ter o magistrado determinado a alienação dos bens arrestados "*sem a existência de provimento condenatório definitivo e em desatenção às normas existentes sobre o tema*"; c) a prolação de sentença

condenatória não autoriza o "*confisco*" imediato do patrimônio; d) apenas com o trânsito em julgado de decisão condenatória transfere-se ao juízo cível a possibilidade da venda de bens e a consequente reparação do dano causado; e) ausência de demonstração relativa à desvalorização ou deterioração dos objetos, bem como à dificuldade de preservação desses bens para justificar a alienação antecipada; f) inexistência de fundamentação idônea na decisão ora atacada; g) inobservância ao artigo 144-A, do Código de Processo Penal; h) presentes os requisitos autorizadores, ser caso de concessão de provimento liminar a fim de que sobrestada a alienação antecipada deferida; i) ao final, objetivar a concessão da ordem a fim de que cassada a decisão pela qual determinado o leilão antecipado dos bens arrestados antes do trânsito em julgado da condenação imposta ou sem a demonstração concreta de deterioração ou desvalorização dessas coisas.

Concedeu-se provimento de urgência a fim de que sobrestada a decisão atacada até o julgamento deste mandado de segurança (folhas 410 a 413).

A digna autoridade apontada coatora prestou informação (folhas 422 a 431).

Sobreveio parecer da douta Procuradoria de Justiça no sentido de concessão da ordem (folhas 433 a 435).

É o **relatório.**

Impõe-se conceder a ordem objetivada.

A propósito, *Aurélio Cance Junior* fora condenado a dez (10) anos e oito (8) meses de reclusão, regime inicial fechado, e multa a ser calculada em oitenta e nove (89) dias por infringência ao artigo 317, parágrafo 1°, combinado ao 327, parágrafos 1° e 2°, do Código Penal, bem ainda a três (3) anos de reclusão e a quatro (4) anos de detenção e pagamento de multa a ser calculada em sessenta e sete (67) dias, respectivamente, por violação aos artigos 288 do Código Penal e 90 da Lei 8.666/93 (folhas 154 a 240). Aliás, em relação a essa sentença, consta a interposição de apelações por Ministério Público e pelos réus (folhas 242 e 243).

Registra-se ainda que, antes da prolação dessa sentença, o digno magistrado *a quo* decretou o arresto de bens relacionados a esse condenado, *Aurélio Cance Junior*, com o escopo de garantir o ressarcimento do prejuízo causado mediante o cometimento dos imputados crimes (folhas 282 a 286), cuja decisão fora mantida mediante acórdão desta Corte (folhas 315 a 323).

Outrossim, recentemente (24 de fevereiro de 2016), mediante a decisão ora atacada o douto juiz da causa determinou a nomeação de leiloeiro habilitado na vara judicial a fim de promover a alienação desses bens arrestados (folhas 21).

Consoante o artigo 144-A, do Código de Processo Penal, "*O juiz determinará a alienação antecipada para preservação do valor dos bens*

Acesso ao Sumário

sempre que estiverem sujeitos a qualquer grau de deterioração ou depreciação, ou quando houver dificuldade para sua manutenção".

Todavia, não se extrai desse *decisum* haver apontamento de uma das sobreditas circunstâncias autorizadoras.

Além disso, não se verifica no caso sob apreciação comprovação de estarem os bens arrestados sujeitos a algum grau de deterioração ou depreciação, bem ainda tornar-se complexa a preservação ou a conservação respectiva.

Desse modo, ao menos por ora, inexiste justificativa para a imposição dessa medida excepcional antes do trânsito em julgado da sentença condenatória.

Dada essa realidade, de rigor a concessão dessa segurança a fim de cassar-se a respeitável decisão no tocante à nomeação de leiloeiro para a alienação dessas coisas arrestadas.

A respeito desse dispositivo legal, aliás, é de consideração a seguinte anotação de Damásio de Jesus:

*"**Alienação antecipada de bens***

De acordo com o dispositivo, sempre que a autoridade judiciária verificar que os bens apreendidos estejam sujeitos à depreciação de seu valor ou deterioração (total ou parcial), abre-se a possibilidade de ordenar sua alienação antecipada. A medida pode ser adotada, ainda, quando se verificar a dificuldade do aparato estatal com a manutenção do bem."[1]

Nesse passo, ainda, *mutatis mutandis*, é de relevo o seguinte aresto desta Câmara cuja fundamentação, em parte, tem seguinte conformidade:

*"(...) **a alienação antecipada de bens apreendidos é medida excepcional** e, no caso dos autos, não se vislumbra os requisitos legais para que nela se enquadre.*

*De fato, verifica-se que, pelos fatos narrados no presente feito, não é menos correto dizer que **inexiste urgência a ensejar a alienação antecipada dos imóveis sequestrados em sentença condenatória** (...)."*[2]

Também é de consideração o bem-lançado parecer da douta Procuradoria de Justiça (folhas 433 a 435).

Por esses fundamentos, de rigor a concessão da segurança a fim de cassar-se a respeitável decisão *a quo* em relação à nomeação de leiloeiro para promover a alienação dos bens arrestados.

À vista do exposto, concede-se a segurança requerida.

É como voto.

Acesso ao Sumário

1 *Código de processo penal anotado*, 26ª edição, São Paulo: Saraiva, 2014, página 167.

2 Mandado de segurança 2178684-88.2015.8.26.0000, relator o desembargador Willian Campos, julgamento em 10 de dezembro de 2015. Esses grifos e destaques não constam do texto copiado.

Recursos em Sentido Estrito

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso em Sentido Estrito nº 0006549-93.2005.8.26.0505, da Comarca de Ribeirão Pires, em que é recorrente MARCELO DIAS DOS SANTOS, é recorrido MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 7ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Conheceram do recurso, AFASTARAM AS PRELIMINARES e DERAM PARCIAL PROVIMENTO de ofício para, no que tange ao delito conexo, pronunciar MARCELO DIAS DOS SANTOS por infração ao art. 158, "caput", do CP, afastando-se a qualificadora. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 4.502)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores FERNANDO SIMÃO (Presidente sem voto), FREITAS FILHO e OTAVIO ROCHA.

São Paulo, 28 de julho de 2016.

ALBERTO ANDERSON FILHO, Relator

Ementa: Recurso em Sentido Estrito – Homicídios qualificados tentados e extorsão qualificada por lesão corporal grave – Preliminar de nulidade por cerceamento de defesa – Inversão tumultuária do processo – Inocorrência – Apresentação apressada das alegações finais – Não verificação de prejuízo – Art. 563, do CPP – Preliminar de nulidade da sentença por contradição entre a fundamentação e o dispositivo – Afastada – Equívoco material – Preliminares afastadas – Prova da materialidade e indícios suficientes de autoria – Pronúncia mantida – Qualificadoras não manifestamente improcedentes – Afastamento da qualificadora da extorsão de ofício – *Bis in idem* – *Animus necandi* voltado às tentativas de homicídio – Preliminares afastadas e recurso parcialmente provido de ofício.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de recurso em sentido estrito interposto por **MARCELO DIAS**

DOS SANTOS, em face do Ministério Público, contra a decisão de fls. 577/586, cujo relatório é adotado e acrescenta-se que o pronunciou por infração ao art. 121, § 2º, I e IV, c.c. o art. 14, II; ao art. 121, § 2º, IV, c.c. o art. 14, II; e ao art. 158, § 3º, segunda parte (lesão corporal grave), todos do CP, para ser submetido a julgamento pelo Tribunal do Júri.

Razões às fls. 592/601. Preliminarmente, alega nulidade do processo quando da apresentação das alegações finais escritas, por inversão da apresentação, resultando em cerceamento de defesa. Ainda em preliminar, pela nulidade da decisão de pronúncia, pois fundamentada a qualificadora do motivo fútil e, na parte dispositiva, motivo torpe. No mérito, pugna por sua impronúncia. Subsidiariamente, pelo afastamento da qualificadora do recurso que dificultou a defesa das vítimas.

Devidamente processado e contrarrazoado pelo Ministério Público às fls. 604/611. Manifestou-se pelo afastamento das preliminares e desprovimento do recurso.

A decisão foi mantida (fls. 602).

A Procuradoria Geral de Justiça, em parecer às fls. 618/627, opinou pelo afastamento da preliminar e não provimento do recurso.

É o relatório.

Preliminarmente, afasta-se a alegação de inversão tumultuária do processo.

É certo que o Ministério Público se utilizou de prazo excessivo para a devolução dos autos, fazendo-o somente em 15 de dezembro de 2015. Entretanto, iniciado o prazo da defesa somente em 09 de dezembro de 2015, protocolou suas alegações finais escritas em 01 de dezembro de 2015, conforme se depreende de fl. 570.

Irrelevante, pois, que o Ministério Público tivesse devolvidos os autos até 03 de dezembro de 2015, porquanto a defesa apresentou as alegações finais antes de tal período e obviamente elas não foram juntadas aos autos que estavam em poder do Ministério Público, daí porque inexistente qualquer prejuízo.

Acesso ao Sumário

Inexiste, portanto, qualquer prejuízo à parte, não havendo que se falar em nulidade (art. 563, do CPP).

A segunda preliminar também não deve ser acolhida.

O recorrente foi denunciado com a inclusão da qualificadora do motivo torpe. O magistrado, à fl. 584, fez menção a "*motivo fútil*", tratando-se de mero equívoco, porquanto a parte dispositiva da decisão trouxe corretamente a tipificação do motivo torpe. Tal erro poderia ter sido solucionado pela simples oposição de embargos de declaração e passível de correção neste recurso em sentido estrito, não se evidenciado o cerceamento de defesa mencionado.

Afasto, pois, as preliminares arguidas.

Quanto ao mérito:

O Tribunal do Júri é competente para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida, consumados ou tentados. Os crimes conexos, por sua vez, são atraídos para julgamento conjunto com os crimes dolosos contra a vida.

A pronúncia é decisão de conteúdo declaratório, pela qual é proclamada a admissibilidade da acusação para que o réu seja submetido a julgamento perante o Conselho de Sentença.

Para a sua prolação, bastam dois requisitos: prova da materialidade e indícios suficientes de autoria. Tratando-se de tentativa, mister também se verificar a presença do *animus necandi*, ou seja, a intenção de matar.

No caso dos autos, as materialidades das tentativas de homicídio estão comprovadas pelo laudo de exame de corpo de delito de fl. 91 e complementar de fl. 171 (João Valentin Trassi) e laudo de exame de corpo de delito de fls. 193/vº e complementar de fls. 264/vº (João Soares dos Reis). Considerando as lesões sofridas pelas vítimas, descritas nos laudos, não há como se afastar o *animus necandi* neste momento.

João Valentin Trassi, vítima, disse que recebeu um telefonema de RENATO BERTOZZI ALVES, que lhe devia cerca de R$ 600,00. Ele marcou dia e local para devolver o dinheiro. No local, foi obrigada a entrar no automóvel e disseram que iriam matá-la. **MARCELO** estava com um Vectra, o qual RENATO costumava conduzir. Pegaram seus cartões bancários, exigiram a senha, tudo sob ameaça de morte, momento que o adolescente M.S.A. efetuou disparos contra a vítima na direção de sua cabeça. Entretanto, reagiu e foi atingido na perna. A outra vítima foi atingida na barriga. RENATO ficava no telefone em contato com MARCELO BERTOZZI ALVES (desmembrado) e os adolescentes. Reconheceu o recorrente em audiência e ele era o condutor. O recorrente também segurou o revólver por um tempo.

João Soares dos Reis, vítima, confirmou que estava com João Valentin Trassi e ele recebeu um telefonema para receber dinheiro no bairro Primavera. Encontraram-se com **MARCELO**, que estava em um Vectra. Os adolescentes estavam armados. Pegaram os cartões bancários de João Valentin Trassi e, após, efetuaram cinco tiros. A vítima foi atingida e quase ficou paraplégica, utilizando fraldas até hoje. Reconheceu o recorrente em audiência como sendo o condutor do automóvel, bem como um dos agressores.

Rogério Diniz Gonçalves, policial militar, esclareceu que as vítimas narraram que foram alvejadas por disparos de arma de fogo por indivíduo conduzindo um Vectra, tudo em razão de uma dívida. Passaram as características dos indivíduos, bem como endereço de RENATO. Ele estava com a mãe e informou que seu automóvel havia sido roubado, informação não correspondente.

Acesso ao Sumário

Estes três depoimentos bastam como indícios suficientes da autoria.

As duas vítimas reconheceram o recorrente, descrevendo sua conduta, de modo que não há como impronunciá-lo.

Eventual insuficiência probatória para a condenação deverá ser resolvida pelo Conselho de Sentença. Neste momento há apenas um juízo de admissibilidade da acusação para remessa dos autos ao Conselho de Sentença.

As qualificadoras e o delito de extorsão também não são manifestamente improcedentes, única hipótese para afastamento nesta fase.

As vítimas disseram que os fatos se deram em razão de uma dívida, da qual era credor João Valentin, e foram colhidos de surpresa quando de sua cobrança, por diversos indivíduos e armados. Acrescentaram que os indivíduos exigiram o cartão bancário de João Valentin e senhas.

Assim, presentes indícios suficientes da motivação torpe e do recurso que dificultou a defesa das vítimas.

Por outro lado, deve-se fazer uma modificação de ofício no que tange ao delito de extorsão.

Narra a denúncia que as lesões sofridas pelas vítimas advieram pela intenção de matar as vítimas.

Dessa forma, eventual inclusão da qualificadora da extorsão pelo resultado lesão corporal grave resultaria em inequívoca violação ao princípio *ne bis in idem*. Necessário o afastamento da qualificadora, mantendo-se o delito em seu tipo simples.

Ante o exposto, por meu voto, conheço do recurso, AFASTO AS PRELIMINARES e DOU PARCIAL PROVIMENTO de ofício para, no que tange ao delito conexo, pronunciar **MARCELO DIAS DOS SANTOS** por infração ao art. 158, "caput", do CP, afastando-se a qualificadora.

Acesso ao Sumário

Revisões Criminais

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Revisão Criminal nº 0064809-77.2015.8.26.0000, da Comarca de Campinas, em que é peticionário S. DE O.

ACORDAM, em 2º Grupo de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Indefereriram o pedido revisional.

V.U. Sustentou oralmente o I. Defensor, Dr. Rodolpho Pettena Filho e, usou da palavra, o Exmo. Procurador de Justiça, Dr. Mario de Magalhães Pappaterra Limongi.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 11.308)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores CAMILO LÉLLIS (Presidente), EDISON BRANDÃO, EUVALDO CHAIB, IVAN SARTORI, LUIZ ANTONIO CARDOSO, TOLOZA NETO e RUY ALBERTO LEME CAVALHEIRO.

São Paulo, 28 de junho de 2016

CESAR MECCHI MORALES, Relator

Ementa: REVISÃO CRIMINAL – LATROCÍNIO TENTADO – Pretensão de que sejam reapreciadas teses já enfrentadas no julgamento anterior – Descabimento – A revisão criminal é ação autônoma, que visa desconstituir os efeitos da coisa julgada nas hipóteses previstas no art. 621 do Código de Processo Penal, não podendo ser utilizada como "segundo apelo" ou "terceira instância" de julgamento – Desclassificação para o delito de roubo – Inviabilidade – O coautor que participa da subtração responde pelo latrocínio, ainda que os disparos tenham sido efetuados só pelo comparsa – Condenação de rigor – Correta a aplicação da pena – Redução pela tentativa no patamar máximo – Inviabilidade - Significativa parcela do *iter criminis* percorrida – Regime fechado inalterado.

PEDIDO REVISIONAL INDEFERIDO.

VOTO

1. Por intermédio da r. sentença de fls. 240-254, de lavra do MM. Juiz Marcelo Forli Fortuna, S.O. viu-se condenado à pena de quinze anos, seis meses e vinte dias de reclusão, em regime inicial fechado, mais o pagamento de sete dias-multa, no piso legal, como incurso no art. 157, § 3º, segunda parte, c.c. art. 14, inciso II, ambos do Código Penal.

Inconformado, o réu apelou (fls. 281-303 do apenso). A Egrégia 11ª Câmara de Direito Criminal, por acórdão proferido em 21.5.2014, de relatoria da E. Des. Maria Tereza do Amaral, negou provimento ao recurso, mantendo inalterada a r. sentença de primeiro grau (fls. 408-414 do apenso).

Acesso ao Sumário

Após o trânsito em julgado (fls. 420), o sentenciado apresentou o presente pedido de revisão criminal. Atuando em seu favor, a d. defesa postula desate absolutório e, subsidiariamente, a desclassificação da conduta para o crime de roubo, a redução da pena-base, o incremento do patamar aplicado pela tentativa, o reconhecimento da participação de menor importância e o abrandamento do regime prisional (fls. 2-14).

A ilustrada Procuradoria de Justiça Criminal, em parecer subscrito pela Dra. Beatriz Augusta Pinheiro, manifesta-se pelo indeferimento do pedido (fls. 164-169).

Este, o relatório.

2. Na lição do insigne Frederico Marques, a revisão criminal não tem natureza de recurso, mas sim de ação penal constitutiva negativa, "*funcionando como equivalente penal da ação rescisória civil*" (*Elementos de Direito Processual Penal*, v. 4, ed. Forense, 1965, p. 325), uma vez que se destina a desfazer os efeitos de uma sentença condenatória transitada em julgado.

O art. 621 do Código de Processo Penal disciplina seu cabimento em apenas três hipóteses: (a) contrariedade ao texto expresso de lei ou à evidência dos autos; (b) condenação fundada em depoimentos, exames ou documentos comprovadamente falsos; (c) descoberta, posterior à sentença, de novas provas de inocência do acusado ou de circunstâncias que autorizem diminuição especial da pena.

Bem se vê que a revisão não pode ser manejada como sucedâneo de recurso, não sendo meio apto à mera reapreciação de provas ou do *quantum* de pena imposta.

Sobre o tema, preleciona Guilherme de Souza Nucci que "*o objetivo da revisão não é permitir uma 'terceira instância' de julgamento, garantindo ao acusado mais uma oportunidade de ser absolvido ou ter reduzida a sua pena, mas, sim, assegurar-lhe a correção de um erro judiciário. Ora, este não ocorre quando um juiz dá a uma prova uma interpretação aceitável e ponderada. Pode não ser a melhor tese ou não estar de acordo com a turma julgadora da revisão, mas daí a aceitar a ação rescisória somente para que prevaleça peculiar interpretação é desvirtuar a natureza do instituto*" (*Código de Processo Penal Comentado*, Ed. Forense, 5ª edição, p. 989).

No mesmo sentido é a jurisprudência:

"*É inadmissível a Revisão Criminal como mera pretensão de reexame de matéria anteriormente apreciada, como se fosse um recurso que visasse nova análise do mérito para corrigir injustiça, sendo certo que mencionar que a sentença condenatória foi contrária à evidência dos autos significava dizer que o Julgador desconsiderou substancial elenco probatório*" (RJTACRIM 47/489).

3. Os pedidos nestes autos formulados não se enquadram em nenhuma das

hipóteses de admissibilidade da revisão. De fato, a combativa defesa, mesmo cumprindo com galhardia seu mister, não conseguiu trazer à baila nenhum fato novo ou argumento novo, capaz de ensejar a modificação do *decisum*. Pretende-se, apenas, uma reapreciação de temas já debatidos – em ambas as instâncias – no julgamento da causa.

4. Repisem-se, de todo modo, ainda que brevemente, os tópicos que se pretende reavivar nesta revisão.

5. É dos autos que em 19 de maio de 2011, por volta das 2h30min, no interior de imóvel situado na cidade de Campinas (dados sob sigilo - Programa de proteção a vítimas), S.O., agindo em concurso com os corréus J.B.S. e L.C.R., tentou subtrair em proveito comum, mediante grave ameaça exercida com emprego de arma de fogo e violência física, bens pertencentes aos ofendidos K.C.P., B.P.G., L.T.G.C. e M.F.C., causando a esse último lesões corporais de natureza grave, decorrentes de disparos de arma de fogo, somente não consumando o delito por circunstâncias alheias à sua vontade.

6. Ao contrário do alegado pela d. defesa, a autoria e materialidade delitivas foram cabalmente comprovadas, sobretudo pelo auto de prisão em flagrante (fl. 2), pelo auto de exibição e apreensão (fls. 25-27), pelos laudos periciais (fls. 118-121, 124, 131-145, 166-167 e 183) e pela prova oral coligida (fls. 4, 6-9, 98 e mídia de fl. 195).

Interrogado, S. negou a imputação, alegando que teria rumado até o condomínio para buscar J., desconhecendo a prática delitiva (fls. 10 e mídia de fl. 195).

Sua escusa, todavia, foi infirmada pela prova dos autos.

Afinal, o requerente foi detido nas proximidades do sítio dos acontecimentos, quando tentava empreender fuga juntamente com o corréu J. (cf. depoimentos dos milicianos de fls. 4, 6 e mídia de fl. 195), sendo certo que, tanto na delegacia como em juízo, ele e os comparsas foram pessoalmente reconhecidos pelas vítimas (fls. 7-9 e mídia de fl. 195).

Cumpre pontuar que, na linha do entendimento do Colendo Superior Tribunal de Justiça: *"(...) a inobservância das formalidades legais para o reconhecimento pessoal do acusado não enseja nulidade, por não se tratar de exigência, mas apenas recomendação, sendo válido o ato quando realizado de forma diversa da prevista em lei, notadamente quando amparado em outros elementos de prova."* (AgRg no AREsp 768850/SP, 6ª T., rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, j. 17.12.2015).

Os ofendidos narraram terem sido acordados, na madrugada dos fatos, por indivíduos armados que, mediante grave ameaça, anunciaram o assalto. Os declarantes foram conduzidos até um banheiro, ocasião em que a vítima K.C.P. passou a ser agredida com socos e "*coronhadas*". Presenciando tal cena,

Acesso ao Sumário

seu marido, o ofendido M.F.C., que trabalhava como segurança e possuía uma pistola consigo, resolveu reagir à ação dos rapinadores, efetuando disparos contra o corréu L., que prontamente revidou, dando início à troca de tiros. O postulante e o comparsa J. imediatamente se evadiram, deixando para trás L., que havia sido atingido pelos disparos (fls. 7-9, 98 e mídia de fl. 195).

Todo esse panorama fático ainda encontra arrimo nos exames periciais de fls. 124, 131-145, 166-167 e 183, que atestaram a recentilidade dos disparos efetuados pelos artefatos apreendidos no local dos fatos (usada pelo corréu L. pela vítima M.F.C.), bem ainda as lesões corporais decorrentes de tal circunstância.

Evidentemente, nenhum objeto poderia ser encontrado em poder do peticionário, já que, conforme exposto, o intento criminoso foi interrompido pela reação de uma das vítimas.

7. Enfim, diante desses expressivos elementos de prova, era mesmo de rigor a condenação do postulante como incurso no art. 157, § 3º, segunda parte, c.c. art. 14, inciso II, ambos do Código Penal, e, pelos mesmos motivos, inviável o reconhecimento da participação de menor importância (art. 29 do Código Penal).

Isso porque S. atuou de forma efetiva na execução da empreitada criminosa: ingressou na residência e, mediante grave ameaça, abordou os ofendidos (cf. declarações de fls. 8-9, 98 e mídia de fl. 195).

8. Tampouco merece guarida o pleito de desclassificação para o delito de roubo, pois demonstrado que, desde o início, o requerente aderiu ao plano criminoso dos asseclas, inclusive do corréu L., autor direto dos disparos de arma de fogo que atingiram a vítima M.F.C.

A propósito: "*O co-autor que participa de roubo armado responde pelo latrocínio, ainda que o disparo tenha sido efetuado só pelo comparsa*." (STJ, REsp 622741 / RO, 5ª T., rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, j. 16.9.2004).

Ademais: "*Prevalece nesta Corte o entendimento de que, sempre que caracterizado o dolo do agente de subtrair o bem pertencente à vítima e o dolo de matá-la, não ocorrido o resultado morte por circunstâncias alheias à sua vontade, há tentativa de latrocínio. Precedentes*." (STJ, REsp 1525956/MG, 6ª T., rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, j. 24.11.2015).

9. O procedimento dosimétrico observou os ditames legais e também não merece reparo.

9.1 Sopesadas as circunstâncias da conduta criminosa, a pena-base foi acertadamente acrescida de 1/6, sendo estabelecida em 23 anos e 4 meses de reclusão, mais o pagamento de 11 dias-multa.

Anote-se que o requerente e seus comparsas invadiram a residência das vítimas durante o repouso noturno, surpreendendo-as quanto dormiam. Se não bastasse, apresentaram comportamento excessivamente violento, chegando a

agredir com socos e "coronhadas" a ofendida K.C.P. (cf. declarações de fls. 7-9, 98 e mídia de fl. 195).

Além disso, em decorrência das lesões provocadas pelos disparos de arma de fogo, o ofendido M.F.C. suportou "*limitação funcional de articulação do cotovelo esquerdo*" (laudo de fl. 183), circunstância que o impediu de exercer suas atividades laborais por certo período (cf. declarações – mídia de fl. 195).

Tais aspectos realmente justificam o incremento da reprimenda.

9.2 Ao final, pela tentativa, a sanção foi reduzida em 1/3, perfazendo o total de 15 anos, 6 meses e 20 dias de reclusão, mais o pagamento de 7 dias-multa.

Observa-se que o patamar aplicado mostra-se adequado ao *iter criminis* percorrido, em que os agentes criminosos ingressaram no imóvel, renderam as vítimas e realizaram disparos de arma de fogo, atingindo uma delas no braço, na perna e até mesmo "*em região mamilar direita*" (cf. laudo de fl. 183).

A propósito: "*A avaliação do iter criminis percorrido no latrocínio tentado está relacionada diretamente com a proximidade da ocorrência do evento morte, que é o resultado naturalístico estabelecido pela norma para agravar o tipo penal*." (STJ, AgRg no AREsp 483758 / DF, 5ª T., rel. Min. Gurgel de Faria, j. 3.9.2015).

10. Por fim, mantém-se o regime prisional fechado, eis que o único adequado à hipótese vertente.

Frise-se que além do *quantum* de pena imposta, superior a oito anos de reclusão, a gravidade concreta da conduta, devidamente sopesada na fixação da pena-base (v. item 9.1), realmente fundamenta o tratamento penal mais severo, nos termos do art. 33, § 3º, do Código Penal.

11. Em conclusão, meu voto é pelo **indeferimento** do pedido revisional.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Revisão Criminal nº 0043644-71.2015.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é peticionário LUIZ CARLOS AMORIM QUIRINO.

ACORDAM, em 8º Grupo de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Indeferiram a revisão criminal. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 12.592)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ENCINAS MANFRÉ (Presidente), RICARDO SALE JÚNIOR, POÇAS

Acesso ao Sumário

LEITÃO, WILLIAN CAMPOS, NEWTON NEVES, CAMARGO ARANHA FILHO e LEME GARCIA.

São Paulo, 5 de julho de 2016.

GUILHERME DE SOUZA NUCCI, Relator

Ementa: Revisão criminal. Atentado violento ao pudor. Pleito de progressão após o cumprimento de 1/6 da reprimenda, ao invés de 2/5. Pedido a ser apreciado pelo juízo da execução. Revisão criminal limitada a combater decisões do juízo do conhecimento. Revisão indeferida neste ponto. Pleito de afastamento da causa de aumento do art. 226, II, do CP. Alegação de não ser o réu padrasto da vítima, vez possuir genitor vivo e presente. Irrelevância. Relação de padrasto/enteada que se caracteriza pela convivência marital com a genitora da criança. Causa de aumento mantida. Revisão indeferida em parte e, no mais, julgada improcedente.

VOTO

Por intermédio de advogado constituído, LUIZ CARLOS AMORIM QUIRINO, definitivamente condenado à pena de 10 anos e 6 meses de reclusão, em regime inicial fechado, como incurso no art. 214, c.c. art. 224, *a*, c.c. art. 226, II, na forma do art. 71, todos do Código Penal, ajuíza a presente ação de revisão criminal.

Requer o peticionário seja garantido o direito de progredir de regime após o cumprimento de 1/6 da pena, ao invés de 2/5, posto ser o delito anterior à entrada em vigor da Lei 11.464/07. No mais, requer o afastamento da causa de aumento prevista no art. 226, II, do Código Penal.

Os autos do processo originário foram apensados a esta ação revisional.

A d. Procuradoria Geral de Justiça opinou pela improcedência do pedido revisional.

É o relatório.

De início, no que tange ao pleito de progressão após o cumprimento de 1/6 da reprimenda, a presente ação deve ser indeferida por ausência de previsão legal.

A ação rescisória se presta unicamente para combater possíveis erros cometidos pelo *juízo do conhecimento*, conforme se extrai do art. 621 do Código de Processo Penal, o qual prevê o ajuizamento da revisão criminal apenas contra

Acesso ao Sumário

sentenças condenatórias.

Ora, a sentença condenatória e o acórdão confirmatório utilizaram-se do argumento de ser o crime hediondo tão somente para justificarem o regime inicial fechado, não adentro na questão da progressão de regime.

Desta feita, a insurgência apenas poderá dar-se após eventual indeferimento do pedido de progressão, devendo, nesta hipótese, o causídico valer-se do meio processual adequado, conforme previsão da Lei de Execuções Penais.

Portanto, neste ponto, fica indeferida a presente ação revisional.

Quanto ao afastamento da causa de aumento contida no art. 226, II, do Código Penal, havendo previsão legal, a tese deve ser apreciada.

Segundo restou apurado durante a instrução processual, o Peticionário convivia em união estável com a genitora da ofendida, à época dos fatos com apenas sete anos de idade. Durante os anos de 2006 e 2007, aproveitando-se de diversos momentos de ausência de sua amásia, o acusado praticou atos libidinosos diversos da conjunção carnal com sua enteada, por vezes acariciando a genitália da menor e por vezes fazendo com que a criança segurasse seu pênis.

Alega o causídico não ser o Peticionário padrasto da ofendida, posto que a mesma possui genitor vivo e presente, inclusive responsável por pagar pensão alimentícia à infante, e compartilhando a guarda em finais de semana alternados.

O argumento defensivo não prospera.

A um, porque a expressão padrasto não exige a morte ou desaparecimento do pai biológico da criança. Considera-se padrasto, conforme definição do Dicionário Aurélio, o "*indivíduo que ocupa o lugar de pai em relação aos filhos que sua mulher teve de casamento anterior*".

Portanto, uma pessoa pode, simultaneamente, possuir um pai e um padrasto. É justamente esta a hipótese dos autos.

A dois, porque ainda que assim não fosse, o art. 226, II, não prevê a causa de aumento apenas para o ascendente ou padrasto, mas também para *qualquer pessoa, que a qualquer título, possua autoridade sobre a vítima.*

Portanto, ainda que o léxico nos mostrasse definição diversa de *padrasto*, ainda assim o peticionário estaria incluído na hipótese de incidência da causa de aumento.

Assim, nenhum reparo merece a reprimenda aplicada.

Favoráveis as circunstâncias judiciais, a básica foi posta no mínimo legal, em 6 anos de reclusão.

Em seguida, inexistem circunstâncias agravantes ou atenuantes a serem consideradas.

Na terceira fase, a pena foi elevada em metade nos termos do art. 226, II, do diploma repressivo, alcançando 9 anos de reclusão; e por fim, reconhecida

Acesso ao Sumário

a continuidade delitiva, exasperada em mais 1/6, tornando-se definitiva em 10 anos e 6 meses de reclusão.

O regime fechado é o único compatível com a pena imposta.

Ante o exposto, pelo meu voto, indefiro a presente revisão quanto ao pleito próprio ao juízo das execuções, e, no mais, julgo improcedente a revisão criminal.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Revisão Criminal nº 0029109-40.2015.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é peticionário SUELI CRISTÓVÃO GRUND.

ACORDAM, em 8º Grupo de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Indeferiram. V.U. Sustentou oralmente a Dra. Heleni de Souza Xarrua e fez uso da palavra o Exmo. Sr. Procurador de Justiça Dr. José Fernando Paes de Barros Junior.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 25.524)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ENCINAS MANFRÉ (Presidente), NEWTON NEVES, POÇAS LEITÃO, WILLIAN CAMPOS, OTÁVIO DE ALMEIDA TOLEDO, GUILHERME DE SOUZA NUCCI, RICARDO SALE JÚNIOR e CAMARGO ARANHA FILHO.

São Paulo, 5 de julho de 2016.

BORGES PEREIRA, Relator

Ementa: Revisão Criminal – Artigo 121, § 2º, inciso IV, do Código Penal – Desconstituição de acórdão mantendo sentença condenatória por homicídio doloso – Retratação de depoimento de testemunha em ação de justificação criminal – Conjunto probatório que aponta a autoria do crime pelo qual foi condenada a ora requerente – Prova nova insuficiente para modificar o édito condenatório afastando a coisa julgada – Pena e regime prisional adequadamente estipulados – Pedido revisional indeferido.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de Revisão Criminal, com pedido liminar, interposta pela Defesa de **SUELI CRISTÓVÃO GRUND**, relativamente ao acórdão proferido pela

Colenda 3ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo que, negou provimento ao recurso de apelação interposto, mantendo a pena de 12 (doze) anos de reclusão, em regime inicial fechado, por infração ao artigo 121, § 2º, IV, do Código Penal, imposta pelo r. Juízo de Direito da 1ª Vara do Júri da Capital.

A r. decisão transitou em julgado em 26 de maio de 2010 (fls. 142).

Pretende a Defesa a rescisão do julgado e, inicialmente, a concessão da medida liminar para que seja expedido contramandado de prisão até o julgamento do mérito da presente demanda, sob a alegação de que o v. acórdão fundamentou-se exclusivamente no depoimento prestado pela testemunha arrolada pela Defesa. Frisa que ocorreu erro de digitação substancial, a ponto de modificar o sentido das declarações feitas pela referida testemunha. Alega ter requerido medida cautelar de justificação, o que foi deferido pelo MM. Juízo *a quo*, ocasião em que a testemunha esclareceu o equívoco, fazendo constar as alterações que refutou necessárias. Requer o deferimento da revisão criminal.

A medida liminar foi indeferida, e a douta Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo não acolhimento do reclamo (fls. 150/152). Não há se falar em decisão contrária à evidência dos autos.

RELATADOS

Segundo se afere dos autos, a peticionária foi denunciada e afinal condenada à pena de 12 (doze) anos de reclusão, em regime inicial fechado, por infração ao artigo 121, § 2º, IV, do Código Penal, porque, em unidade de desígnios com outros agentes, teria causado lesões corporais na vítima Maria Angela Cavalheri, causando-lhe a morte.

Não obstante os judiciosos argumentos trazidos pela combativa Defesa, tem-se que o pedido revisional não está a merecer acolhimento, eis que não há se falar em decisão contrária à prova dos autos.

A materialidade delitiva restou demonstrada pelo laudo de exame de corpo de delito, assim como pelas fotografias acostadas aos autos (fls. 65/66 e 142/147).

A autoria delitiva, de igual forma, restou bem delineada.

Isto porque o conselho de sentença firmou o entendimento no sentido da participação da peticionária na empreitada criminosa, tendo essa decisão sido sufragada por este E. Tribunal de Justiça.

Não obstante a testemunha de Defesa Angela Beatriz da Silva, em declaração firmada em 2011 a fls. 07 (os fatos ocorreram em 1994) tenha apresentado uma versão diferente da constante de fls. 08 e v. (na justificação judicial), de que a peticionária não teria dito que havia matado a ofendida, e sim que esta lhe falou que a vítima tinha sido assassinada, verifica-se que a justificação judicial realizada não têm o condão de desconstituir a sentença

Acesso ao Sumário

condenatória e o acórdão que a confirmou a condenação da ré.

Isto porque, a declaração firmada pela testemunha de Defesa a fls. 07 somente veio aos autos em 28 de janeiro de 2011, ou seja, mais de 16 (dezesseis) anos depois dos fatos, o que torna duvidosa a sua versão diferente dos fatos, ainda mais porque não foi ouvida judicialmente.

Assim, respeitando entendimento diverso, entendo que a justificação apresentada pela peticionária não se apresentou verossímil, bem salientando o Dr. Procurador de Justiça oficiante que a ré sustenta versão fantasiosa das provas produzidas, alegando ter havido erro de digitação no registro da declaração da testemunha de Defesa, o que teria alterado o sentido de suas palavras e induzido sua condenação.

É certo que a modificação do teor de depoimento de testemunha de Defesa ouvida no curso da ação penal que também ensejou a condenação da peticionária é motivo suficiente à autorizar o conhecimento revisional, por caracterizar prova nova.

Entretanto, não menos certo é correto afirmar que não sendo a prova nova suficiente para demonstrar, de forma insofismável e inconteste, a inocência da peticionaria, a fim de possibilitar a desconstituição da coisa julgada, impõe-se a prevalência desta, em benefício da garantia da segurança jurídica.

Desse modo, diferentemente do que sustenta a combativa Defesa o conjunto probatório é mais do que suficiente para manutenção da condenação da peticionaria.

Nesse sentido:

No confronto com a retratação posterior de uma testemunha, obscuramente explicada, e novas declarações acrescentadas por um co-réu, ambas produzidas por meio de justificação judicial para o fim específico de servir de prova nova, deve prevalecer, em sede de revisão criminal, a 'virtus probandi' do depoimento e do interrogatório realizados no processo de origem, se estes, concludentes porque harmoniosos com o acervo cognitório, emprestam sólido amparo ao veredicto condenatório, não sensibilizado pelas pretensas novas provas.(TAPR - Rev. Crim. nº 108.011.700 - Sertanópolis - 1º Gr. Câm.s Crim. - Rel. Juiz Luiz Cezar de Oliveira - J. 05.11.97 - DJ. 28.11.97).

De se verificar, portanto, que a condenação da ora peticionária era mesmo de rigor, não restando configurada qualquer das hipóteses que permitam a desconstituição da decisão condenatória definitiva.

Demais disso, é cediço que a revisão criminal tem como fulcro principal o que está estabelecido no rol do artigo 621 e incisos do Código de Processo Penal, quais sejam: I- contrariedade ao texto expresso da lei penal ou à evidência dos autos; II- depoimentos, exames ou documentos comprovadamente falsos como

Acesso ao Sumário

fundamento da sentença; III- provas novas a favor do réu.

Não sendo constatada nenhuma destas hipóteses no caso em tela, verifica-se que não sucedeu decisão contrária à evidência dos autos.

Como se sabe a revisão criminal não comporta tal finalidade, pois "... só e contrária à evidência dos autos a sentença, que não tiver qualquer base na prova dos mesmos. (...) nunca se poderá dizer contrária à evidência dos autos uma decisão, cuja conclusão tem apoio num elemento de prova, deles constante, embora se choque com outros elementos, com a maioria destes, com a sua quase totalidade. O juiz escolheu mal? Porque não apelou o réu? Desprezando o recurso ordinário, que a lei lhe faculta para remediar, com a submissão à superior instância, a injustiça daquela avaliação. Provém do tribunal superior a sentença? Se este confirmou a condenação, vemos prestigiado aquele fator, isolado no conjunto das provas, mas que à imparcialidade de dois julgamentos, se mostrou eficiente para imposição da pena; se a absolvição, pronunciada pelo juiz singular, foi substituída pela condenação, imposta pelo tribunal de apelação, o elemento probatório, a que este deu preferência, terá tido a força de impressionar tanto a maioria dos julgadores, que não vacilaram em punir, alterando a situação favorável ao réu, que a primeira sentença estabelecera. Em qualquer caso, há um sustentáculo, para a condenação, na prova dos autos, conservada a mesma, e é o bastante para que se deva respeitar o que, fazendo a livre apreciação da prova, assentou o julgador, no curso normal do processo. E esse só elemento, aberrante dos demais, podia ser preferido, como foi, sem que a condenação seja contrária à evidência dos autos, porque basta haver ele, no sentido da condenação, para que deixem os demais de apresentar, excludente de qualquer dúvida, a clareza da inocência reclamada para o provimento da revisão. Investir contra essa decisão é, como muito exatamente focalizou o já mencionado acórdão do des. JOSÉ DUARTE, arvorar-se, o tribunal da revisão, em injustificável controlador dos juízes, a que a lei dá a competência normal, para, em primeira e em segunda instância, formar o íntimo convencimento, mediante a livre apreciação da prova. Essa avaliação livre dos elementos de prova não é atribuída ao tribunal de revisão, que se deve limitar a verificar se a condenação tem base em algum daqueles elementos, ou se é divorciada de todos eles, pois só no último caso há a sentença contrária à evidência dos autos.." (Espínola Filho, Eduardo - Código de Processo Penal Brasileiro, Freitas Bastos, 1944, vol. VI, p. 33/5). (apud Revisão Criminal nº 854.424-3/9, 2º Grupo de Câmaras Criminais, Rel. Des. Mariano Cassavia Neto, j. 11/07/2006).

A pena foi corretamente dosada, não havendo qualquer correção a ser feita.

Aliás, acerca deste tema, já se decidiu:

REVISÃO - Pedido que visa a alteração de pena fixada segundo critérios

Acesso ao Sumário

normais - Impossibilidade - Evidente erro do Juiz - Necessidade: Em sede revisional, é impossível modificar a pena do condenado, fixada conforme critérios normais e de acordo com a discrição do Juiz, somente sendo cabível tal alteração quando há evidente erro do Magistrado. (Revisão nº 295.216/6, Julgado em 17/12/1.996, 7º Grupo de Câmaras, Relator: Teixeira de Freitas, RJTACRIM 34/532)

Isto posto, indefere-se o pedido revisional.

Acesso ao Sumário

ÓRGÃO ESPECIAL

Ações Diretas de Inconstitucionalidade

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2038201-71.2016.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é autor PREFEITO DO MUNICÍPIO DE SOROCABA, é réu PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE SOROCABA.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "JULGARAM A AÇÃO PROCEDENTE. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 35.600)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PAULO DIMAS MASCARETTI (Presidente), MOACIR PERES, JOÃO CARLOS SALETTI, FRANCISCO CASCONI, RENATO SARTORELLI, CARLOS BUENO, FERRAZ DE ARRUDA, TRISTÃO RIBEIRO, NEVES AMORIM, BORELLI THOMAZ, JOÃO NEGRINI FILHO, SÉRGIO RUI, SALLES ROSSI, RICARDO ANAFE, ALVARO PASSOS, AMORIM CANTUÁRIA, FRANÇA CARVALHO, ARTUR MARQUES, CAMPOS PETRONI, ELCIO TRUJILLO, ADEMIR BENEDITO, PEREIRA CALÇAS e XAVIER DE AQUINO.

São Paulo, 15 de junho de 2016.

ANTONIO CARLOS MALHEIROS, Relator

Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – Lei Municipal de Sorocaba nº 11.153, de 06 de agosto de 2015, que dispõe sobre a proibição da produção e comercialização de "foie gras" – Violação à regra de separação de poderes contida no artigo 114, da Constituição Estadual - Ação procedente.

VOTO

Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade com pedido de liminar proposta pelo Prefeito do Município de Sorocaba objetivando a inconstitucionalidade da Lei Municipal de Sorocaba nº 11.153, de 06 de agosto

de 2015, que dispõe sobre a proibição da produção e comercialização de "foie gras".

Sustenta a ação, que a Lei municipal mencionada, ao tratar de organização da administração pública, viola o princípio da separação de poderes e cria despesa não prevista no orçamento, em afronta aos artigos 1º e 144, da Constituição Estadual e arts. 1º, 22, inciso I, 170, inciso II, da Constituição Federal.

Deferida a liminar (fls. 87).

Vieram as informações às fls. 196/203.

Citado, o Senhor Procurador Geral do Estado declinou de oferecer defesa do ato (fls. 212).

A d. Procuradoria Geral de Justiça opinou pela improcedência da ação (fls. 217/237).

É o relatório.

Dispõe a Lei guerreada:

LEI Nº 11.153, DE 6 DE AGOSTO DE 2015

– Proíbe a produção e a comercialização de Foie Gras e dá outras providências.

Art. 1º Esta Lei dispõe sobre a proteção dos animais no âmbito do município de Sorocaba.

Art. 2º Fica proibida a produção e comercialização de Foie Gras, in natura ou enlatado, nos estabelecimentos comerciais situados no âmbito do município de Sorocaba.

Art. 3º A infração ao disposto nesta Lei acarretará multa no valor de R$ 5.000,00 (cinco mil reais) e será aplicada em dobro em caso de reincidência, sem prejuízo da apreensão do produto.

Art. 4º O Poder Executivo Municipal regulamentará esta Lei no que couber.

Art. 5º As despesas com a execução da presente Lei correrão por conta de verbas orçamentárias próprias.

Art. 6º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Procede a ação.

"Data venia" do entendimento da ilustre Procuradoria Geral de Justiça, vê-se que no presente caso não se trata de infringência à concorrência legislativa acerca de meio ambiente, mas da afronta ao artigo 144 da Constituição Estadual que assim dispõe:

Art. 144 – Os Municípios, com autonomia política, legislativa, administrativa e financeira se auto-organizarão por Lei Orgânica, atendidos os princípios estabelecidos na Constituição Federal e nesta Constituição.

É certo que o art. 144 da Constituição Estadual, ao dispor que os

Acesso ao Sumário

Municípios, com autonomia política, legislativa, administrativa e financeira se auto-organizarão por Lei Orgânica, atendidos os princípios estabelecidos nela própria e na Constituição Federal, nos remete à técnica de remissão normativa, onde o Estado-membro confere parametricidade às normas, que, embora constantes da Constituição Federal, passam a compor, formalmente, em razão da expressa referência a elas feita, o "corpus" constitucional dessa unidade política da Federação, o que torna possível erigir-se, como parâmetro de confronto, para os fins a que se refere o art. 125, § 2º da Constituição da República, a própria norma constitucional estadual de conteúdo remissivo.

Dessa forma, a Constituição Federal autoriza que os Municípios suplementem tanto a legislação federal, quanto a legislação estadual, no que diz respeito ao interesse local.

Em caso semelhante (ADIn. nº 2137241-60.2015.8.26.0000, rel. Des. Sérgio Rui), assim analisou:

> ***A propósito de interesse local, conceito rico em subjetividade e fecundo em imprecisão, Francisco de Assis Aguiar Alves (Revista da Faculdade de Direito de Campos, Ano IV, nº 4 e ano V, nº - 2003-2004) conferiu notáveis fragmentos:***
>
> ***Roque Carrazza (Curso de Direito Constitucional Tributário, 3ª edição, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1991, p. 109): ..."interesse dos municípios são os que atendem, de modo imediato, às necessidades locais, ainda que com alguma repercussão sobre as necessidades gerais do Estado ou do País".***
>
> ***Celso Ribeiro Bastos (Curso de Direito Constitucional, 19ª edição, São Paulo, Saraiva, 1998): ... "Os interesses locais dos Municípios são os que entendem imediatamente com as suas necessidades imediatas e, indiretamente, em maior ou menor repercussão, com as necessidades gerais".***
>
> ***Alexandre de Moraes (Direito Constitucional, 9ª edição, São Paulo, Atlas, 2001): ..."Apesar de difícil conceituação, interesse local refere-se àqueles interesses que disserem respeito mais diretamente às necessidades imediatas dos municípios, mesmo que acabem gerando reflexos no interesse regional (Estados) ou geral (União), pois, como afirmado por Fernanda Dias Menezes, "é inegável que mesmo atividade e serviços tradicionalmente desempenhados pelos municípios, como transporte coletivo, polícia das edificações, fiscalização das condições de higiene de restaurante e similares, coleta de lixo, ordenação do uso do solo urbano, etc., dizem secundariamente com o interesse estadual e nacional".***
>
> ***Nesse aspecto, excetuadas as hipóteses ordinárias de interesse local, as demais merecem mensuração caso a caso, mormente ante a impossibilidade de uma definição intransponível, cabendo ao intérprete um exame destinado a detectar se se estava ou não às***

Acesso ao Sumário

portas de caso de peculiar interesse.

E concluiu seu voto:

"Via de consequência, a proibição de produção e comercialização de foie gras não encerra matéria de predominante interesse local.

Lado outro, também merece acolhida a arguição de violação ao artigo 25 da Constituição Bandeirante ante a inexistência de indicação de fonte de custeio, mormente em se tratando de ato normativo que traria significativo acréscimo de despesas públicas, consistente na fiscalização de estabelecimentos comerciais e produtivos.

Assim, solução semelhante deve ser dada a presente ação.

Ante o exposto, julga-se procedente a ação, para declarar a inconstitucionalidade da Lei Municipal de Sorocaba nº 11.153, de 06 de agosto de 2015, do Município de Sorocaba.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2052072-71.2016.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é autor PREFEITO DO MUNICÍPIO DE SÃO JOSÉ DO RIO PRETO, é réu PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE SÃO JOSÉ DO RIO PRETO.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "JULGARAM A AÇÃO PROCEDENTE EM PARTE. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 35.603)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PAULO DIMAS MASCARETTI (Presidente), MOACIR PERES, FERREIRA RODRIGUES, PÉRICLES PIZA, MÁRCIO BARTOLI, JOÃO CARLOS SALETTI, FRANCISCO CASCONI, RENATO SARTORELLI, CARLOS BUENO, FERRAZ DE ARRUDA, TRISTÃO RIBEIRO, BORELLI THOMAZ, JOÃO NEGRINI FILHO, SÉRGIO RUI, RICARDO ANAFE, ALVARO PASSOS, AMORIM CANTUÁRIA, SILVEIRA PAULILO, ELCIO TRUJILLO, ADEMIR BENEDITO, PEREIRA CALÇAS e XAVIER DE AQUINO.

São Paulo, 22 de junho de 2016.

ANTONIO CARLOS MALHEIROS, Relator

Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – Lei Municipal que

Acesso ao Sumário

dispõe sobre a utilização de sistema informatizado para a solicitação de vagas em creche e pré-escolas que compõem a rede municipal de ensino do Município de São José do Rio Preto – Violação à regra de separação de poderes contida nos artigos 5º, 24 § 2º e 47, XIX, todos da Constituição Estadual – Ação Parcialmente Procedente.

VOTO

Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade com pedido de liminar proposta pelo Prefeito do Município de São José do Rio Preto objetivando a inconstitucionalidade da Lei Municipal nº 11.889, de 04 de março de 2016, que dispõe sobre a utilização de sistema informatizado para a solicitação de vagas em creche e pré-escolas que compõem a rede municipal de ensino do Município de São José do Rio Preto.

Sustenta a ação que a Lei que Municipal mencionada contraria os arts. 5º, 24, § 2º e 47, inciso XIX, da Constituição Estadual e arts. 2º e 41 da Lei Orgânica Municipal, pois o projeto de lei que antecedeu, iniciou-se na Câmara Municipal, onde foi aprovado, porém foi inteiramente vetado pelo Poder Executivo. O veto foi derrubado e a lei foi promulgada pelo Presidente da Câmara Municipal. Aponta o autor, portanto, o vício de iniciativa e assim a ofensa ao princípio da separação de poderes.

A liminar foi deferida (fls. 32/33).

Vieram as informações do Presidente da Câmara Municipal (fls. 39/43).

Citado, o Senhor Procurador Geral do Estado declinou de oferecer defesa do ato atacado (fls. 75/78).

A d. Procuradoria Geral de Justiça opinou pela procedência da ação (fls. 81/86).

É o relatório.

Procede em parte a ação.

Dispõe a Lei guerreada:

Art. 1º Fica obrigatória a utilização de sistema informatizado para o registro de solicitação de vagas e respectivo acompanhamento nas creches e pré-escolas que compõem a rede municipal de ensino do Município de São José do Rio Preto – SP.

Parágrafo único. O sistema aludido no caput deste artigo tem por finalidade o registro de solicitação de vagas na forma on-line, assim como o acompanhamento desta solicitação até que seja disponibilizada a pretendida vaga.

Art. 2º A solicitação de vaga e o acesso ao sistema deverão ser

Acesso ao Sumário

restritos aos responsáveis pelo menor candidato à vaga, por meio de senha gerada na oportunidade do registro da solicitação.

Art. 3º O sistema deverá ser alimentado com informações acerca do andamento da solicitação, sempre que houver qualquer modificação, inclusive, com informação clara quanto ao número de vagas disponíveis e a atual posição do candidato.

Art. 4º Poderá a Secretaria Municipal de Educação inserir no sistema as ferramentas que entender necessárias para o seu eficiente funcionamento.

Art. 5º As despesas decorrentes da aplicação desta Lei correrão por conta das dotações orçamentárias do Município, suplementadas se necessário.

Art. 6º O Poder Executivo deverá regulamentar esta Lei, no prazo de 60 (sessenta) dias, a contar da data de sua publicação.

Art. 7º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Como bem observa a D. Procuradoria Geral de Justiça, à luz do art. 125, § 2º da Constituição Federal, o contencioso, concentrado, direto e objetivo de lei ou ato normativo municipal têm como exclusivo parâmetro a Constituição Estadual. Qualquer alegação fundada em norma infraconstitucional, como a Lei Orgânica Municipal, não merece cognição, tendo em vista que é "inviável a análise de outra norma municipal para aferição da alegada inconstitucionalidade da lei" (STF, AgR-RE 290.549-RJ, 1ª Turma, Rel. Min. Dias Toffoli, 28-02-2012, m.v., DJe 29-03-2012), pois, está assentado que "a pretensão de cotejo entre o ato estatal impugnado e o conteúdo de outra norma infraconstitucional não enseja ação direta de inconstitucionalidade" (STF, AgR-ADI 3.790-PR, Tribunal Pleno, Rel. Ministro Menezes Direito, 29-11-2007, v.u., DJe 01-02-2008).

No mais, procede a ação, pois, sendo a matéria examinada atinente ao exercício de atos de gestão, nitidamente administrativo, cuja competência é privativa do Executivo, não podem os integrantes do Legislativo, por mais nobre que sejam suas intenções, invadir competência estranha ao Poder que integram, por força da vedação prevista no artigo 5º, § 2º, da Constituição Estadual:

Artigo 5º – São Poderes do Estado, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

§ 2º – O cidadão, investido na função de um dos Poderes, não poderá exercer a de outro, salvo as exceções previstas nesta Constituição.

Portanto, a Casa Legislativa Municipal ao rejeitar o veto total do Poder Executivo à lei em questão, promulgando-a, violou a regra de separação de poderes, uma vez que se trata de matéria tipicamente administrativa, onde a iniciativa parlamentar invade a esfera da gestão administrativa, reservada ao Poder Executivo municipal, violando o princípio da separação de poderes (art.

5º, art. 47, II e art. 144 da Constituição Estadual).

Ante o exposto, julga-se parcialmente procedente a ação, para declarar a inconstitucionalidade da Lei Municipal nº 11.889, de 04 de março de 2016 do Município de São José do Rio Preto.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2067356-22.2016.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é autor PREFEITO MUNICIPAL DE CACHOEIRA PAULISTA, é réu PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE CACHOEIRA PAULISTA.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "JULGARAM A AÇÃO PROCEDENTE. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 35.547)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PAULO DIMAS MASCARETTI (Presidente), ARANTES THEODORO, TRISTÃO RIBEIRO, BORELLI THOMAZ, JOÃO NEGRINI FILHO, SÉRGIO RUI, SALLES ROSSI, RICARDO ANAFE, ÁLVARO PASSOS, AMORIM CANTUÁRIA, BERETTA DA SILVEIRA, VICO MAÑAS, SILVEIRA PAULILO, ADEMIR BENEDITO, XAVIER DE AQUINO, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, FERREIRA RODRIGUES, PÉRICLES PIZA, EVARISTO DOS SANTOS, MÁRCIO BARTOLI, FRANCISCO CASCONI, RENATO SARTORELLI e CARLOS BUENO.

São Paulo, 27 de julho de 2016.

FERRAZ DE ARRUDA, Relator

Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – LEI Nº 1.975, DE 19 DE DEZEMBRO DE 2013, DO MUNICÍPIO DE CACHOEIRA PAULISTA, DE INICIATIVA PARLAMENTAR, QUE INSTITUIU PALESTRAS E CARTILHAS SOBRE O USO INDEVIDO DE DROGAS – OFENSA AOS ARTIGOS 25 E 176 DA CONSTITUIÇÃO ESTADUAL POR GERAR DESPESA SEM PREVISÃO ORÇAMENTÁRIA – AÇÃO PROCEDENTE

Acesso ao Sumário

VOTO

Cuida-se de ação direta de inconstitucionalidade ajuizada pelo Prefeito Municipal de Cachoeira Paulista contra a Lei Municipal nº 1.975, de 19 de dezembro de 2013, de iniciativa parlamentar, que instituiu palestras e cartilhas sobre o uso indevido de drogas.

O autor alega violação aos artigos 5º, 25 e 144 da Constituição Estadual, bem como, ao artigo 68, II, IV e XIII, da Lei Orgânica Municipal.

Indeferida a medida liminar, a Câmara Municipal prestou informações e o douto Procurador Geral do Estado declinou da intervenção.

A douta Procuradoria Geral de Justiça opinou pela procedência da ação.

É o relatório.

Representação irregular do Sr. Prefeito Municipal que se pôs como demandante na presente ação a pessoa jurídica Município. Alertado pelo parecer do Subprocurador de Justiça, determinou-se a regularização, o que foi feito, mas ainda contendo como parte autora o Município. Todavia, como desta vez veio a procuração em nome do Prefeito Municipal e por ele assinado o referido instrumento, dou por saneada a falta, mercê do princípio consagrado no Novo Código de Processo Civil de que deve o juiz esgotar todas as oportunidades para regularização da inicial, assim como a representação, assim como vem estampado nos artigos 76 e 139, IX, do NCPC.

Quanto ao mérito, procede a demanda.

Diz a Lei nº 1.975, de 19 de dezembro de 2013, ora impugnada (pág. 7):

Art. 1º Fica instituído Palestra e Cartilhas sobre o uso indevido de drogas.

Art. 2º As palestras e as Cartilhas deverão conter:

I – Como podemos colaborar na prevenção e no uso indevido de drogas;

II – Qual deve ser a atitude do cidadão, em relação aos usuários;

III – Quem deve ser tratado;

IV – O que fazer para diminuir com o uso de drogas;

V – Que tipos de ajuda existem para os dependentes;

VI – O que vai ser tratado;

VII – Quais os transtornos mais associados às dependências.

Art. 3º As despesas com a execução desta Lei correrão por conta de dotações orçamentárias próprias, suplementadas se necessário.

Art. 4º Esta lei entra em vigor na data de sua publicação, revogando-se as disposições em contrário.

Cachoeira Paulista, 19 de dezembro de 2013, 133º da Emancipação

Acesso ao Sumário

do Município.

MARCELO NUNES DE OLIVEIRA

Presidente da Câmara

É de se reconhecer, de plano, que a lei em questão trata de Política Pública, mas sem mencionar especificamente ser da incumbência do Poder Executivo na confecção das cartilhas *"sobre o uso indevido das drogas"*, deixando "no ar" tal responsabilidade, mas que, de qualquer forma, só se pode compreender que as normas atacadas estão a se referir a incumbência do Executivo Municipal na implementação de tal política pública, cuidando da confecção das cartilhas, sua distribuição e realização de palestras (pág. 7).

Não remanesce dúvida, entretanto, que a referida lei ao cuidar de um programa e implementação de política pública o que, de direito, não poder-se-ia considerá-la como afrontosa ao princípio constitucional maior de que trata o artigo 5º, da Constituição do Estado, se considerarmos que há, na espécie, competência concorrente já que a competência legislativa do Executivo se dá em *numerus clausus*, sendo a do Legislativo mais abrangente que pode muitas vezes tratar do tema de Política Pública, em termos genéricos e abstratos, sem que necessariamente implique em vício de iniciativa ou acarrete àquele encargos executórios ou financeiros.

Assim, no caso, não me parece que subsista o vício de iniciativa da lei em questão, pois, não há criação de cargos e nem estruturação administrativa de sorte a colidir com normas constitucionais que reserva ao Executivo tais incumbências.

Acontece que, por outro lado, contudo, a lei atacada incide na afronta aos artigos 25 e 176, da Constituição do Estado aplicáveis ao município brasileiro pelo princípio da simetria estampado no artigo 144, da mesma Constituição.

Dispõe o artigo 25 suso mencionado:

Artigo 25 – Nenhum projeto de lei que implique a criação ou o aumento de despesa pública será sancionado sem que dele conste a indicação dos recursos disponíveis, próprios para atender aos novos encargos.

É manifesto que lei em exame cria aumento de despesas ao Município na medida em que haverá a necessidade de se confeccionar um número significativo de cartilhas, além de executar todo um programa de palestras a serem ministradas, disponibilidade de local, ou como se daria a distribuição das cartilhas, tudo a implicar na contratação pelo Executivo de pessoal qualificado para tal mister, incidindo por isso também na proibição do artigo 176, inciso I, que diz:

Artigo 176 – São vedados:

I – o início de programas, projetos e atividades não incluídos na lei orçamentária anual;

Acesso ao Sumário

Isso significa dizer que o programa estabelecido pela lei examinada não foi incluído em lei orçamentária própria, não sanado tal vício pela expressão contida no artigo 3º no sentido de que *as despesas com a execução desta Lei correrão por conta orçamentária próprias, suplementadas se necessário*, uma vez que não especifica o que significa por *conta orçamentária próprias*.

Presentes os vícios apontados, hei por bem julgar procedente a ação.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2035546-29.2016.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é autor PREFEITO DE SÃO JOSÉ DO RIO PRETO, é réu PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE SÃO JOSÉ DO RIO PRETO.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "JULGARAM A AÇÃO PROCEDENTE. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 34.397)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PAULO DIMAS MASCARETTI (Presidente), MÁRCIO BARTOLI, FRANCISCO CASCONI, RENATO SARTORELLI, CARLOS BUENO, FERRAZ DE ARRUDA, ARANTES THEODORO, TRISTÃO RIBEIRO, BORELLI THOMAZ, JOÃO NEGRINI FILHO, SÉRGIO RUI, SALLES ROSSI, RICARDO ANAFE, ÁLVARO PASSOS, AMORIM CANTUÁRIA, BERETTA DA SILVEIRA, VICO MAÑAS, SILVEIRA PAULILO, ADEMIR BENEDITO, XAVIER DE AQUINO, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, FERREIRA RODRIGUES e PÉRICLES PIZA.

São Paulo, 27 de julho de 2016.

EVARISTO DOS SANTOS, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE

Lei nº 11.869, de 16.02.16. A norma "dispõe sobre a entrega domiciliar gratuita de medicamentos de uso contínuo à pessoa portadora de necessidade especial e/ou idosa, no âmbito do município de São José do Rio Preto – SP e dá outras providências". Inadmissibilidade.

Vício de iniciativa. Cabe, privativamente, ao Executivo a iniciativa legislativa de projetos que interfiram na

gestão administrativa. Precedentes.

Desrespeito ao princípio constitucional da 'reserva de administração'. Precedentes do STF.

Afronta a preceitos constitucionais (arts. 5º; 25; 47, incisos II, XI, XIV e XIX e 144 da Constituição Estadual).

Fonte de custeio. Possível a indicação de fonte de custeio genérica (art. 5º). Precedentes dos Tribunais Superiores.

Ação procedente.

VOTO

1. Trata-se de **ação direta de inconstitucionalidade** do Prefeito do Município de São José do Rio Preto tendo por objeto a **Lei Municipal nº 11.869**, de **16.02.16** (fls. 20/21), que *"dispõe sobre a entrega domiciliar gratuita de medicamentos de uso contínuo à pessoa portadora de necessidade especial e/ou idosa, no âmbito do município de São José do Rio Preto – SP e dá outras providências"*.

Sustentou, em resumo, a inconstitucionalidade da Norma. Há afronta aos arts. 5º; 47, II e XIV; 144; e 169, parágrafo único, da Constituição Estadual. Configurado vício de iniciativa. Usurpada a legitimidade do Chefe do Executivo. Violada a separação de Poderes. Norma de iniciativa do legislativo não pode organizar e dirigir serviços públicos de saúde. Administração Pública deverá reestruturar seus órgãos e secretarias. Há aumento de despesa sem prévia dotação orçamentária. Executivo tem prazo para regulamentar a lei. Citou precedente. Daí a suspensão liminar e a declaração de inconstitucionalidade (fls. 01/08).

Concedida a liminar (fls. 29), vieram informações da Câmara Municipal (fls. 35/39), com documentos (fls. 40/57). Declinou de sua intervenção o d. Procurador-Geral do Estado (fls. 63/65). Opinou a d. Procuradoria Geral de Justiça pela procedência (fls. 67/79).

É o relatório.

2. Procedente a ação.

Trata-se de **ação direta de inconstitucionalidade** do Prefeito do Município de São José do Rio Preto tendo por objeto a **Lei Municipal nº 11.869**, de **16.02.16** (fls. 20/21), que *"dispõe sobre a entrega domiciliar gratuita de medicamentos de uso contínuo à pessoa portadora de necessidade especial e/ou idosa, no âmbito do município de São José do Rio Preto – SP e dá outras providências"*.

Com o seguinte teor referido diploma:

Acesso ao Sumário

*"**Art. 1º** – Fica instituído a obrigatoriedade de distribuição gratuita em domicílio de medicamentos de uso contínuo à pessoa portadora de necessidade especial e/ou idosa, no Município de São José do Rio Preto – SP."*

*"**Art. 2º** – Considera-se pessoa portadora de necessidade especial de que trata esta Lei, toda aquela que, por motivo de lesão, deformidade ou enfermidade, congênita ou adquirida, seja portadora de insuficiência motora dos membros inferiores ou superiores, de caráter permanente, desde que tal deficiência, comprovadamente dificulte:"*

*"**I** – a locomoção na via pública sem auxílio de outrem ou sem recurso a meio de compensação, tais como: próteses e órteses, cadeiras de rodas, muletas e bengalas, ao nível dos membros inferiores;"*

*"**II** – o acesso ou utilização dos transportes coletivos convencionais, no caso de deficiência motora ao nível dos membros superiores."*

*"**Art. 3º** – Considera-se idoso para efeito desta Lei a pessoa com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos."*

*"**Art. 4º** – Para receber o medicamento de uso contínuo, gratuitamente, o usuário deverá se cadastrar nas Unidades de Saúde da Família."*

*"**§ 1º** – Para proceder o cadastro o usuário deverá apresentar os seguintes documentos:"*

*"**I** – Formulário 'Solicitação de Auxílio de Entrega Domiciliar de Uso Contínuo' devidamente preenchido;"*

*"**II** – Comprovação de que o cadastrante esteja dentro dos parâmetros estabelecidos no artigo 1º;"*

*"**III** – Receita médica original, em papel timbrado do médico ou do estabelecimento onde a consulta foi realizada contendo o nome do paciente, nome e dose diária da medicação, assinatura e carimbo com o número do CRM do médico;"*

*"**IV** – Cópia do documento de identidade do usuário do medicamento de uso contínuo;"*

*"**V** – Cópia do comprovante de residência."*

*"**§ 2º** – Em caso de impossibilidade do usuário do medicamento comparecer à Unidade de Saúde da Família, o cadastramento poderá ser realizado por procurador, por instrumento particular de procuração, e no caso de incapazes por representante legal."*

*"**Art. 5º** – São medicamentos de uso contínuo aqueles empregados no tratamento de doenças crônicas ou degenerativas, utilizados continuamente."*

Acesso ao Sumário

*"**Art. 6º** – A Secretaria de Saúde Pública poderá fornecer medicamentos genéricos em substituição ao produto de marca."*

*"**Art. 7º** – A entrega do medicamento deverá ser realizada pela Secretaria de Saúde, através dos Agentes Comunitários de Saúde, após cada prescrição médica, dentro do prazo estipulado para término do medicamento."*

*"**Parágrafo Único** – A validade máxima para a concessão do benefício é de 06 (seis) meses, podendo ser renovada por igual período com a expedição de nova prescrição médica, sendo que a entrega do medicamento não poderá ser interrompida, em hipótese alguma, sem determinação do médico."*

*"**Art. 8º** – O Poder Executivo regulamentará a presente Lei no prazo de 90 (noventa) dias após sua publicação."*

*"**Art. 9º** – As despesas decorrentes da execução desta Lei correrão por conta das dotações orçamentárias próprias."*

*"**Art. 10** – Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação."* (fls. 54/55).

Com razão o autor.

a) Há **vício de iniciativa**.

A Lei Municipal em apreço, em que pesem as doutas opiniões em contrário, é dominada pelo **vício de iniciativa**, fere a **independência** e **separação dos poderes** (*"**Artigo 5º** – São Poderes do Estado, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário."*) e configura **inadmissível** invasão do Legislativo na esfera Executiva.

Lei de **iniciativa parlamentar** (fls. 40/43) afeta diretamente seara do Poder Executivo.

Ensinam **GILMAR FERREIRA MENDES** e **PAULO GUSTAVO GONET BRANCO**, ao tratarem da **iniciativa privativa do Presidente da República**, à luz do **art. 61, § 1º, I e II, da Constituição Federal**, reserva-se *"... ao chefe do Executivo (reserva-se) a iniciativa de leis que fixem ou modifiquem (...) versem sobre **organização** **administrativa**..."* ("Curso de Direito Constitucional" – Ed. Saraiva – 2013 – 4.1.1.6. – p. 868).

Assim dispõe a **Constituição Bandeirante**, ao tratar de **iniciativa privativa** do **Governador do Estado**, em vários incisos de seu **art. 47** (*"**Artigo 47** – Compete privativamente ao Governador, além de outras atribuições previstas nesta Constituição:"*), sendo os mais pertinentes ao caso dos autos, os **incisos II** (*"**II** – exercer, com o auxílio dos Secretários de Estado, a direção superior da administração estadual"*); **XI** (*"**XI** – iniciar o processo legislativo, na forma e nos casos previstos nesta Constituição;"*), **XIV** (*"**XIV** – praticar*

Acesso ao Sumário

os demais atos de administração, nos limites da competência do Executivo;" – grifei) e **XIX** [*"XIX – dispor, mediante decreto, sobre: (...) a) organização e funcionamento da administração estadual, quando não implicar aumento de despesa, nem criação ou extinção de órgãos públicos;"*], de observância **necessária** no âmbito Municipal **também** por imposição da **Carta Paulista** (**art. 144 da Constituição Estadual** – *"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."*).

Ora, por – **organização administrativa** – segundo **JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO**, deve ser entendida aquela que *"... resulta de um conjunto de normas jurídicas que regem a competência, as relações hierárquicas, a situação jurídica, as formas de atuação e o controle dos órgãos e pessoas, no exercício da função administrativa."* ("Manual de Direito Administrativo" – Ed. Atlas – 2012 – p. 447).

No âmbito local, observa com a síntese dos doutos, **HELY LOPES MEIRELLES**:

> *"Em sua função normal e predominante sobre as demais, a Câmara elabora* leis*, isto é, normas abstratas, gerais e obrigatórias de conduta. Esta é sua função específica, bem diferenciada da do Executivo, que é a de praticar atos concretos de administração. Já dissemos – e convém se repita – que o Legislativo provê* in genere*, o Executivo* in specie*: a Câmara edita normas gerais, o prefeito as aplica aos casos particulares ocorrentes. Daí* ***não ser permitido à Câmara intervir direta e concretamente*** *nas atividades reservadas ao Executivo, que pedem provisões administrativas especiais manifestadas em* ordens, proibições, concessões, permissões, nomeações, pagamentos, recebimentos, entendimentos verbais ou escritos com os interessados, contratos, **realizações materiais da Administração** e **tudo o mais que se traduzir em atos ou medidas de execução governamental**.*"* (grifei – "Direito Municipal Brasileiro" – 2013 – 17ª ed. – Ed. Malheiros – Cap. XI – 1.2. – p. 631).

Embora não se admita interpretação extensiva de regra de exceção (*"Matérias sujeitas à iniciativa legislativa reservada ao Chefe do Poder Executivo taxativamente previstas nos arts. 24, § 2º, 47, incisos XVII e XVIII, 166 e 174, da Constituição Estadual, não comportando qualquer ampliação, máxime por decorrência da atividade do legislador local"* – ADIn nº 0.035.438-64.1998.8.26.0000 – Rel. Des. **PAULO DIMAS MASCARETTI**), **não** é possível **restringir** a ressalva constitucional instituída retirando dela a amplitude lá assegurada. A ela deve ser conferido o âmbito constitucional em prestígio à prerrogativa de Poder.

Acesso ao Sumário

De sua parte, o **Colendo Supremo Tribunal Federal** tem entendido afrontado referido preceito constitucional em casos como **(1)** da Lei Municipal nº 11.015/2005, de Juiz de Fora/MG, ao criar o serviço de arquitetura e engenharia públicas (RE nº 601.861/MG – DJ-e de 27.11.09 – Rel. Min. **CÁRMEN LÚCIA**); **(2)** da Lei Municipal nº 12.604/98, de São Paulo, ao obrigar a manutenção de programas e serviços de atenção à terceira idade (RE nº 505.476/SP – DJ-e de 09.09.11 – Rel. Min. **DIAS TOFFOLI**); **(3)** da Lei Municipal nº 12.617/98, de São Paulo, ao prever a introdução da matéria 'cidade-cidadania' nos currículos escolares da rede municipal de ensino e da rede privada, modificando o serviço e criando atribuições aos órgãos responsáveis pela educação (RE nº 395.912 AgR/SP – j. em 06.08.13 – Rel. Min. **DIAS TOFFOLI**), dentre outros.

Assim o **Pretório Excelso** já dispôs:

> *"AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI 6.835/2001 DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO. INCLUSÃO DOS NOMES DE PESSOAS FÍSICAS E JURÍDICAS INADIMPLENTES NO SERASA, CADIN E SPC. ATRIBUIÇÕES DA SECRETARIA DE ESTADO DA FAZENDA. INICIATIVA DA MESA DA ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA. INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL. A lei 6.835/2001, de iniciativa da Mesa da Assembleia Legislativa do Estado do Espírito Santo,* ***cria nova atribuição à Secretaria de Fazenda Estadual, órgão integrante do Poder Executivo daquele Estado. À luz do princípio da simetria, são de iniciativa do Chefe do Poder Executivo estadual as leis que versem sobre organização administrativa do Estado****, podendo a questão referente à organização e funcionamento da Administração Estadual, quando não importar em aumento de despesa, ser regulamentada por meio de Decreto do Chefe do Poder Executivo (art. 61, § 1º, II, e art. 84, VI, a da Constituição Federal). Inconstitucionalidade formal, por vício de iniciativa da lei ora atacada."* (**STF** – grifei – ADI nº 2857/ES – DJ-e de 29.11.07 – Rel. Min. **JOAQUIM BARBOSA**).

De igual forma o **Egrégio Órgão Especial deste Tribunal de Justiça** acolheu pretensões de reconhecimento de inconstitucionalidade: ***v.g.*** **(a)** na Lei nº 1.037/12, de Bertioga, ao criar o "Programa de esclarecimento e conscientização sobre a Esclerose Múltipla" (ADIn nº 0076084-91.2013.8.26.0000 – v.u. j. de 31.07.13 – Rel. Des. **PÉRICLES PIZA**); **(b)** na Lei nº 950/11 de Bertioga, ao instituir a "Semana de Prevenção e Combate à Anemia Falciforme" (ADIn nº 0088295-62.2013.8.26.0000 – v.u. j. de 14.08.13 – Rel. Des. **ENIO ZULIANI**); **(c)** na Lei nº 937/10, de Bertioga, ao instituir a "Semana Municipal da Família" (ADIn nº 0088281-78.2013.8.26.0000 – v.u. j. de 28.08.13 – Rel. Des. **RUY COPPOLA**); **(d)** na Lei nº 982/11, de Bertioga, ao criar o "Dia Municipal da Economia Solidária" (ADIn nº 0088280-93.2013.8.26.0000 – v.u. j. de 11.09.13 – Rel. Des. **ITAMAR GAINO**); **(e)** na Lei nº 11.381/13, de São José do Rio

Acesso ao Sumário

Preto, ao instituir "Programa Municipal de Primeiros Socorros" (ADIn nº 0195538-65.2013.8.26.0000 – v.u. j. de 05.02.14 – Rel. Des. **PAULO DIMAS MASCARETTI**); **(f)** na Lei nº 2.941/14, de Hortolândia, ao criar o "Programa Municipal de Saúde do Homem" (ADIn nº 2049626-66.2014.8.26.0000 – v.u. j. de 04.06.14 – Rel. Des. **ANTONIO LUIZ PIRES NETO**); **(g)** na Lei nº 4.909/13, de Mauá, criando a "Semana Municipal de Orientação e Prevenção à Gravidez na Adolescência" (ADIn nº 2.186.842-69.2014.8.26.0000 – v.u. j. de 25.02.15, de que fui Relator), dentre inúmeros outros julgados.

No mesmo sentido, dispondo sobre questão idêntica:

"Assim porque a lei, apesar de inspirada ou animada por boa e nobre intenção para igualmente atingir bons objetivos, impõe ao Poder Executivo tarefas próprias da administração e, para completar, não aponta a respectiva fonte de custeio, a que refere genericamente."

"Assim procedendo, o diploma impugnado viola os princípios federativo e o da separação de poderes de que tratam os artigos 5º, 47, II, XIV, e XIX, 'a', da Constituição Estadual, aplicáveis aos Municípios (artigo 144)."

"O diploma enfocado, ao dispor que 'o Poder Executivo fica **autorizado** a criar o Programa 'Medicamento em Casa' de distribuição de medicamentos de uso continuado por via postal ou outro meio de distribuição' *(art. 1º, caput)* 'às pessoas que utilizam a rede pública de saúde' *(par. único), parece querer fazer inculcar a ideia de se cuidar de estabelecer normas programáticas, para adoção pelo Poder Executivo."*

"Todavia, não obstante apenas autorizando a criação do programa, a lei cuidou de dispor sobre os destinatários e suas peculiaridades pessoais para inserção no programa, a formação de cadastro, a definição do que seja medicamento de uso contínuo, os requisitos exigidos para o seu fornecimento, a forma, o tempo e o lugar do fornecimento e, enfim, várias disposições regulatórias do sistema instituído."

"Não se trata, absolutamente, de lei programática, autorizativa ou permissiva (na expressão utilizada pela Procuradoria Geral de Justiça), senão determinante de atuação administrativa, e que, deve ser implementada, posta em prática e cumprida pelo Poder Executivo. Para isso, esse Poder há de aparelhar-se com os meios funcionais, materiais e financeiros que permitam levar a cabo o programa idealizado pelo Poder Legislativo. Se não o fizer, diz o Senhor Prefeito Municipal com toda a razão, será naturalmente exigido pelos munícipes." (ADIn nº 2149876-73.2015.8.26.0000 – v.u. j. de 02.03.16 – Rel. Des. **JOÃO CARLOS SALETTI**).

A norma local – **Lei Municipal nº 11.896/16** – ao **obrigar** a distribuição

Acesso ao Sumário

gratuita em domicílio de medicamento a idosos e deficientes, impôs nova atribuição à Administração Municipal, invadindo, inequivocamente, seara privativa do Executivo, caracterizando **vício formal subjetivo** a ensejar o acolhimento da pretensão (ADIn nº 2.101.616-96.2014.8.26.0000 – v.u. j. de 12.11.14 – Rel. Des. **XAVIER DE AQUINO**).

Em casos similares, assim já decidiu este **Colendo Órgão Especial**:

"Ação direta de inconstitucionalidade. Lei nº 4.908/13 (dispõe sobre a instalação de 'Brinquedos Adaptados', em praças, parques, escolas e creches municipais, bem como locais de diversão em geral, abertos ao público, no âmbito do município de Mauá). Iniciativa parlamentar. Vício de iniciativa. Inconstitucionalidade manifesta, por criar obrigações e se imiscuir em matéria organizacional, de competência exclusiva do Poder Executivo. Descabimento. Desrespeito aos artigos 5º, caput, 25, 47, incisos II e XIV e 144 da Constituição do Estado. Ação procedente." (ADIn nº 2.180.298-65.2014.8.26.0000 – v.u. j. de 08.04.15 – Rel. Des. **BORELLI THOMAZ**).

Ainda,

"Ação Direta de Inconstitucionalidade. Lei Municipal nº 5.498/13, de Catanduva, de iniciativa legislativa, que dispõe sobre a instalação de banheiros químicos adaptados às necessidades de pessoas com deficiência nos eventos realizados no Município. Norma que interfere na administração municipal. Ingerência indevida. Proposta que só deveria partir do Executivo local. Vício de iniciativa configurado. Ofensa direta ao princípio da separação dos poderes, bem como aos artigos 5º, 47, II e XIV, e 144, todos da Constituição Estadual. Inconstitucionalidade formal reconhecida. Ação julgada procedente." (ADIn nº 2.110.815-45.2014.8.26.0000 – v.u. j. de 24.09.14 – Rel. Des. **LUÍS SOARES DE MELLO**).

Haveria, em outros termos, ofensa ao **princípio constitucional da 'reserva de administração'**. Ele, segundo o **Pretório Excelso**, *"... impede a ingerência normativa do Poder Legislativo em matérias sujeitas à exclusiva competência administrativa do Poder Executivo."* (RE nº 427.574-ED – j. de 13.12.11 – Rel. Min. **CELSO DE MELLO** – DJE de 13.02.12 e ADI nº 3.343 – j. de 01.09.11 – Plenário – Rel. p/ o Ac. Min. **LUIZ FUX** – DJE de 22.11.11, mencionado pela Douta Procuradoria, dentre outros no mesmo sentido).

b) Indicação de fonte de custeio.

Em que pese diversas vezes ter entendido **inconstitucionais** normas nessas condições (ADIn nº 2.000.343-40.2015.8.26.0000 – v.u. j. de 25.02.15; ADIn nº 2.186.842-69.2014.8.26.0000 – v.u. j. de 25.02.15; ADIn nº 2.003.556-54.2015.8.26.0000 – v.u. j. de 08.04.15; ADIn nº 2.223.854-20.2014.8.26.0000

Acesso ao Sumário

– v.u. j. de 08.04.15 – dentre outros no mesmo sentido), **reconsiderei** meu posicionamento quanto a esse ponto.

Disciplina a **Constituição Bandeirante**:

*"**Artigo 25** – Nenhum projeto de lei que implique a criação ou o aumento de despesa pública será sancionado sem que dele conste a indicação dos recursos disponíveis, próprios para atender aos novos encargos."*

No caso, embora o **art. 9º**, da **Lei Municipal nº 11.869/16**, não aponte, especificamente, de onde viriam as despesas decorrentes de sua promulgação, previu, **genericamente**, sobre tal assunto, assim dispondo: *"As despesas decorrentes da execução desta Lei correrão por conta das dotações orçamentárias próprias."*

Ora, as leis que criam despesas e perpetrem a indicação, embora **genericamente**, da fonte de custeio, máxime quando não dizem respeito à previdência social, **não** devem ser declaradas inconstitucionais, podendo resultar apenas em sua inexequibilidade para o mesmo exercício.

Não discrepa desse entendimento o **Colendo Órgão Especial**:

*"Embora a lei apreciada traga, em seu artigo 4º, apenas a previsão de que a dotação orçamentária para o custeio dos encargos financeiros decorrentes de sua implementação correrão 'à conta de dotação orçamentária própria consignada no orçamento vigente, suplementada se necessária', **tal previsão, embora generalista, não se constitui em mácula de constitucionalidade, importando, no máximo, na inexequibilidade da norma no mesmo exercício orçamentário em que fora promulgada**."*

(...)

"Tem-se, dessa forma, que, sobrevindo em determinado exercício orçamentário norma que, de forma genérica, tenha por consequência a assunção de gastos pela Administração Pública, esses gastos poderão ser absorvidos pelo orçamento de três maneiras: (I) através de sua inserção nos gastos já previstos, seja por meio da utilização de reserva orçamentária de determinada rubrica, seja pelo remanejamento de verbas previstas e não utilizadas; (II) pela complementação do orçamento aprovado com verbas adicionais, através de créditos suplementares àqueles devidamente autorizados, ou de créditos especiais ou extraordinários; ou, por fim, quando inviável essa complementação; (III) através de sua inserção no planejamento orçamentário do exercício subsequente."

*"Entende-se, assim, que **a previsão de dotação orçamentária generalista não poderá constituir em inafastável vício de inconstitucionalidade, vez que possíveis tanto o remanejamento***

Acesso ao Sumário

orçamentário, quanto a sua complementação com verbas adicionais para acomodação das novas despesas. Possível, ademais, em última análise, a postergação do planejamento dos novos gastos para o exercício orçamentário subsequente, para que a Administração preserve a integridade de suas finanças*."* (grifei – ADIn nº 2110879-55.2014.8.26.0000 – v.u. j. de 12.11.14 – Rel. Des. **MÁRCIO BÁRTOLI**).

E,

"... a simples alegação de falta de previsão orçamentária somente inviabiliza a execução da despesa no exercício financeiro em que a lei é publicada, podendo ser aplicada nos anos seguintes sem que se tenha de declarar sua inconstitucionalidade." (ADIn nº 2181349-14.2014.8.26.0000 – v.u. j. de 08.04.15 – Rel. Des. **JOSÉ DAMIÃO PINHEIRO MACHADO COGAN**).

No mesmo sentido o posicionamento do **C. Supremo Tribunal Federal**:

"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). 4. Não configurada a alegada usurpação de iniciativa privativa do Presidente da República, tendo em vista que as normas impugnadas não pretenderam a revisão geral anual de remuneração dos servidores públicos. 5. Distinção entre reajuste setorial de servidores públicos e revisão geral anual da remuneração dos servidores públicos: necessidade de lei específica para ambas as situações. 6. Ausência de violação ao princípio da isonomia, porquanto normas que concedem aumentos para determinados grupos, desde que tais reajustes sejam devidamente compensados, se for o caso, não afrontam o princípio da isonomia. 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."* (grifei – ADI 3599/DF – DJ-e de 14.09.07 – Rel. Min. **GILMAR MENDES**).

Acesso ao Sumário

E ainda: ADI/MC 484/PR, Rel. Min. **CÉLIO BORJA**, j. 06.06.91; ADI 1243-6, Rel. Min. **SYDNEY SANCHES**, j. 17.08.95; ADI 1.428-5, Rel. Min. **MAURÍCIO CORRÊA**, j. 01.04.96; ADI 1585/DF, Rel. Des. **SEPÚLVEDA PERTENCE**; AI-ARG 446679, Rel. Min. **ELLEN GRACIE**, j. 13.12.05; ADI 3599/DF – DJ-e de 14.09.07 – Rel. Min. **GILMAR MENDES**; RE 770329/SP, Rel. Min. **ROBERTO BARROSO**, j. 29.05.14.

Nesses termos, à luz desses entendimentos, **não** há que se falar em inconstitucionalidade por indicação genérica de fonte de custeio.

Tal é o caso dos autos.

Mais não é preciso acrescentar.

Diante dos aludidos vícios de inconstitucionalidade, invalida-se **integralmente** a **Lei Municipal nº 11.869**, de **16.02.16**, por afronta aos **arts. 5º; 24, § 2º; 25; 47, incisos II, XI, XIV e XIX; e 144 da Constituição Estadual**.

3. Julgo procedente a ação.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2061661-87.2016.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é autor PROCURADOR GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO, são réus PREFEITO DO MUNICÍPIO DE PRESIDENTE PRUDENTE e PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE PRESIDENTE PRUDENTE.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "JULGARAM A AÇÃO PROCEDENTE. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 27605/TJ)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PAULO DIMAS MASCARETTI (Presidente), AMORIM CANTUÁRIA, BERETTA DA SILVEIRA, ADEMIR BENEDITO, 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, TRISTÃO RIBEIRO, BORELLI THOMAZ, JOÃO NEGRINI FILHO, SÉRGIO RUI, SALLES ROSSI e RICARDO ANAFE.

São Paulo, 10 de agosto de 2016.

ÁLVARO PASSOS, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – Pretensão que envolve os incisos XVI e XVII do art. 32 da Lei Orgânica do Município de Presidente Prudente, que trouxe normas que fixam competência da Câmara Municipal para denominar e autorizar alteração da denominação de próprios, vias e logradouros públicos – Interesse local que se encontra dentro das atribuições constitucionais do município – Existência de competência legislativa concorrente entre Poder Legislativo e Executivo somente acerca da regulamentação do tema através de normas gerais e abstratas – Criação de lei para denominação em casos concretos que se encontra no âmbito da gestão administrativa, cuja competência é exclusiva do Poder Executivo – Configuração da inconstitucionalidade – Ação procedente.

VOTO

Vistos.

Trata-se de Ação Direta de Inconstitucionalidade proposta pelo Procurador-Geral de Justiça do Estado de São Paulo, impugnando os incisos XVI e XVII do art. 32 da Lei Orgânica do Município de Presidente Prudente, que dispõem sobre a competência da Câmara Municipal para autorizar alteração da denominação de próprios, vias e logradouros públicos, bem como para dar denominações aos mesmos.

Em apertada síntese, sustenta que a norma possui vício de inconstitucionalidade em razão de atribuir ao Poder Legislativo do município competência exclusiva do Poder Executivo, porquanto está ligado ao caráter de gestão administrativa, o que fere o princípio da separação de poderes.

A douta Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, pelas razões lançadas às fls. 330/331, entendendo se tratar de matéria exclusivamente local, manifestou-se pelo desinteresse em apresentar defesa do ato impugnado.

Por seu turno, a Câmara Municipal e o Prefeito demandaram o reconhecimento da constitucionalidade dos dispositivos legais.

Finalmente, a douta Procuradoria Geral de Justiça, em sua manifestação de fls. 341/349, opinou pelo acolhimento do pedido, declarando a inconstitucionalidade sustentada por invasão de competência reservada ao Chefe do Poder Executivo.

Acesso ao Sumário

É o relatório.

A ação é procedente.

É cediço que a Constituição Federal estabelece o princípio de separação dos poderes, pelo sistema de freios e contrapesos, dividindo as três funções do Estado (Executiva, Legislativa e Judiciária), os quais são independentes e harmônicos entre si (art. 2º, CF). Esta regra, além de ter sido erguida à categoria de cláusula pétrea (art. 60, § 4º, III, CF), deve ser aplicada tanto pelo texto da CF quanto, pelo princípio da simetria, nos âmbitos estadual e municipal, devendo ser atendidas as normas que assentam as competências e os limites de atuação de cada um nas esferas federal, estadual e municipal. Ao Poder Executivo, em síntese, compete exercer a administração pública, inclusive por meio de edição de leis nos contornos constitucionais e legais.

Na Constituição Estadual, verifica-se a repetição do princípio em seu art. 5º, enquanto parte das regras do Poder Executivo se encontra no art. 47, II, XIV e XIX, "a", dentro de sua função de gestão administrativa de bens públicos (Administração Pública). O chefe do Executivo, assim, além do encargo de exercer especificamente as funções de administração, possui a competência legislativa privativa acerca das respectivas leis.

O texto legal objeto desta lide, que se encontra dentro da Lei Orgânica do Município de Presidente Prudente, dispõe sobre a atribuição de competência à Câmara Municipal para denominar e autorizar a alteração da denominação de próprios, vias e logradouros públicos.

Certo é que decorre da própria Constituição Federal a competência dos municípios para tratarem das questões de interesse local, administrando-os e legislando sobre o tema (art. 30, I, CF). Por sua vez, o tópico deste feito se enquadra perfeitamente como sendo de interesse local, podendo constar dos atos administrativos e de suas respectivas leis, cuja competência, em um primeiro momento, apresenta-se concorrente entre os seus poderes Executivo e Legislativo, já que não há restrição constitucional quando se trata de seus aspectos gerais.

Acesso ao Sumário

Entretanto, dentro das regras constitucionais, estabelecidas na Constituição Federal e, por simetria, também na Constituição Estadual, na divisão das competências entre os três poderes do Estado, o Poder Legislativo possui como função típica a elaboração de normas jurídicas gerais e abstratas. Enquanto o Poder Executivo atua tipicamente na gestão administrativa, implementando os preceitos legais nos casos concretos. Não se trata de hierarquia entre eles e sim incumbências distintas dentro da organização administrativa do Estado.

Em lição de Hely Lopes Meirelles, ao tratar da tripartição de poderes, há a assertiva de que eles possuem "funções reciprocamente indelegáveis (...)" e que "a cada um deles correspondendo uma função que lhe é atribuída com

precipuidade. Assim, a função precípua do Poder Legislativo é a elaboração da lei (função normativa); a função precípua do Poder Executivo é a conversão da lei em ato individual e concreto (função administrativa); a função precípua do Poder Judiciário é a aplicação coativa da lei aos litigantes (função judicial)".[1]

Desse modo, a denominação de vias e logradouros públicos apresenta dois aspectos distintos. O primeiro é o de regulamentação geral, cuja atribuição pode ser exercida tanto pelo Poder Legislativo quanto pelo Executivo, já que inexistentes restrições para tanto, figurando, assim, como competência legislativa concorrente sobre matéria de interesse local. Por outro lado, há o aspecto de aplicação concreta, que é o de denominar um lugar específico no município, o que naturalmente se encontra no âmbito da gestão administrativa com a criação de suas respectivas normas, pois se trata de sinalização urbana, que busca a orientação da população.

Dispõe o art. 47, em seus incisos II, XI e XIV, da Constituição do Estado de São Paulo, que compete privativamente ao Governador exercer a direção da administração e iniciar o processo legislativo das respectivas leis. O que deve ser obedecido também em âmbito municipal.

Sobre o tema, corretamente assentou a douta Procuradoria Geral de Justiça que "em sua função normal e predominante sobre as outras, a Câmara elabora leis, isto é, normas abstratas, gerais e obrigatórias de conduta. Esta é a sua atribuição específica, bem diferente daquela outorgada ao Poder Executivo, que consiste na prática de atos concretos de administração. Ou seja, a Câmara edita normas gerais, enquanto que o Prefeito as aplica aos casos particulares ocorrentes (ob. cit., p. 429). Assim, no exercício de sua função normativa, a Câmara está habilitada a editar normas gerais, abstratas e coativas a serem observadas pelo Prefeito, para a denominação das vias, logradouros e prédios públicos (...)".

Igualmente, bem resumiu que "a Câmara não pode arrogar para si a competência para autorizar a prática de atos concretos de administração, nem mesmo denominar bens públicos. E a nomenclatura de logradouros e próprios públicos – que constitui atividade relacionada ao serviço público municipal de sinalização e identificação – enquadra-se exatamente nessa hipótese, resultando, daí, a conclusão inafastável de que as leis em epígrafe são manifestamente incompatíveis com o princípio da separação dos poderes".

Em casos análogos, este Colendo Órgão Especial assim tem decidido:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – inciso XIV, do art. 17 da Lei Orgânica, do Município de Onda Verde, que atribui à Câmara Municipal competência para dar nomes ao prédios públicos municipais,

1 MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 32ª Edição. Malheiros: São Paulo, 2006. p. 60-61.

bem como modificá-los – Impossibilidade – Invasão de competência do poder executivo – Violação dos arts. 5°, 47, inciso II e 144, todos da Constituição do Estado de São Paulo – Ação Procedente. (Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 0271643-54.2011.8.26.0000 – São Paulo – Órgão Especial – Rel. Antônio Carlos Malheiros – DJ 30/05/2012)

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – Inciso XIV e § 1º do artigo 35 da Lei Orgânica do Município de Jardinópolis – Denominação de ruas, próprios e logradouros públicos – Atribuição relativa à gestão administrativa do Município – Inadmissibilidade – Desrespeito aos artigos 5º, 47, incisos II e XIV, da Constituição Estadual – Matéria que invade as atribuições do Chefe do Poder Executivo, ofendendo o princípio da separação dos poderes – Inconstitucionalidade configurada – Ação julgada procedente. (Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2249036-71.2015.8.26.0000 – São Paulo – Órgão Especial – Rel. Moacir Peres – DJ 06/04/2016)

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – Lei nº 2.510, de 24 de novembro de 2015, do Município de Itapecerica da Serra, de iniciativa parlamentar, que atribuiu a logradouro público a denominação Viela 'Maria Hengles Cavalheiro Weishaupt' – Violação aos artigos 5º, 47, II e XIV e 144, todos da Constituição Estadual – Ato privativo do Chefe do Poder Executivo – Vício formal de iniciativa – Lei de iniciativa parlamentar que invadiu a competência legislativa do Chefe do Poder Executivo, ofendendo o princípio da separação dos poderes e, bem assim, a esfera da gestão administrativa – Precedentes – Ação procedente. (Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2260082-57.2015.8.26.0000 – São Paulo – Órgão Especial – Rel. Salles Rossi – DJ 02/03/2016)

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – Leis nº 1.442, 1.443, 1.444 e 1.445, de 11 de julho de 2007, do município de Caraguatatuba – Atribuição de denominação a vias públicas – Iniciativa oriunda do poder legislativo local – Inviabilidade – Inconstitucionalidade formal caracterizada – Lei que disciplina matéria própria de gestão pública, em ato de administração municipal, cuja iniciativa cabe exclusivamente ao chefe do executivo – Violação do princípio da separação dos poderes – Atos legislativos impugnados, ademais, que acarretam criação de despesa sem indicar respectiva fonte de custeio – Ofensa aos artigos 5º, 25, 47, incisos II e XIV, e 144 da Constituição Bandeirante – Precedentes – Pretensão procedente. (Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2149660-49.2014.8.26.0000 – São Paulo – Órgão Especial – Rel. Francisco Casconi – DJ 11/02/2015)

Acesso ao Sumário

Destarte, forçoso reconhecer a violação das normas constitucionais, configurando o vício de constitucionalidade formal, atingindo a separação de poderes, na espécie de vício de iniciativa com interferência na gestão administrativa dos bens públicos, que é atividade típica do Poder Executivo, tendo em vista que não observado o processo legislativo para a criação do ato

normativo.

Ante o exposto, **julgo procedente** a presente ação para o fim de declarar a inconstitucionalidade dos incisos XVI e XVII do art. 32 da Lei Orgânica do Município de Presidente Prudente.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2074202-55.2016.8.26.0000, 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 SÃO JOSÉ DO RIO PARDO e PREFEITO MUNICIPAL DE SÃO JOSE DO RIO PARDO.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "JULGARAM A AÇÃO PROCEDENTE, COM MODULAÇÃO. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 24011)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PAULO DIMAS MASCARETTI (Presidente), ADEMIR BENEDITO, 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, TRISTÃO RIBEIRO, BORELLI THOMAZ, JOÃO NEGRINI FILHO, SÉRGIO RUI, SALLES ROSSI, RICARDO ANAFE, ÁLVARO PASSOS e AMORIM CANTUÁRIA.

São Paulo, 10 de agosto de 2016.

NEVES AMORIM, Relator

Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – MUNICÍPIO DE SÃO JOSÉ DO RIO PARDO – ART. 49 DA LEI Nº 2.712, DE 16 DE MARÇO DE 2004 E LEI Nº 2.185, DE 24 DE NOVEMBRO DE 1997, QUE *"DISPÕE SOBRE O ESTATUTO DOS SERVIDORES PÚBLICOS DO MUNICÍPIO DE SÃO JOSÉ DO RIO PARDO E DÁ OUTRAS PROVIDÊNCIAS"* E SOBRE *"(...) A INSTITUIÇÃO DO PRÊMIO POR*

***ASSIDUIDADE** AOS SERVIDORES OCUPANTES DE CARGOS PÚBLICOS, DE PROVIMENTO EFETIVO, NA ADMINISTRAÇÃO MUNICIPAL"* **– VANTAGEM PECUNIÁRIA QUE TEM COMO ÚNICO OBJETIVO ESTIMULAR A ASSIDUIDADE DO SERVIDOR – DEVER FUNCIONAL GERAL E ELEMENTAR AO EXERCÍCIO DE QUALQUER FUNÇÃO PÚBLICA – AUSÊNCIA DE CAUSA JURÍDICA OU RAZOÁVEL PARA SUA INSTITUIÇÃO – CLARA AFRONTA AOS PRINCÍPIOS DA MORALIDADE, INTERESSE PÚBLICO E RAZOABILIDADE (ARTS. 111 E 128 DA CE/89) – PRECEDENTES DO ÓRGÃO ESPECIAL – AÇÃO PROCEDENTE.**

VOTO

Trata-se de Ação Direta de Inconstitucionalidade, proposta pelo Sr. Procurador Geral de Justiça, postulando a declaração de inconstitucionalidade em face do artigo 49 da Lei nº 2.712, de 16 de março de 2004, e da Lei nº 2.185, de 24 de novembro de 1997, ambas do Município de São José do Rio Pardo, que *"Dispõe sobre o Estatuto dos Servidores Públicos do Município de São José do Rio Pardo e dá outras providências"* e sobre *"(...) a instituição do prêmio por assiduidade aos servidores ocupantes de cargos públicos, de provimento efetivo, na Administração Municipal"*.

Alega o autor que os atos normativos impugnados que prevêem o pagamento mensal ao servidor municipal na razão de 10% (dez por cento) do seu vencimento, violam os princípios da moralidade, razoabilidade, finalidade e interesse público, previstos no art. 111 e 128 ambos da Constituição do Estado.

A liminar foi deferida apenas para obstar a incidência da vantagem pecuniária às novas contratações efetuadas pela Municipalidade de São José do Rio Pardo (fls. 243/244).

A Câmara Municipal de São José do Rio Pardo sustentou em suas informações que a medida reduziu a quantidade de licenças médicas e aumentou a assiduidade, sendo prestigiada pela Justiça do Trabalho, e que não foi impugnada pelo Tribunal de Contas até porque gera economia ao erário (fls. 252/255).

O Procurador Geral do Estado, instado a se manifestar para os fins do artigo 90, § 2º, da Constituição do Estado de São Paulo, externou desinteresse na defesa dos dispositivos impugnados, pois tratam de matéria exclusivamente local (fls. 261/264).

Acesso ao Sumário

O Prefeito do Município de São José do Rio Pardo apresentou suas informações repisando os argumentos da Câmara Municipal, invocando precedente do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina que avaliza o instituto combatido e traçando paralelo com a licença-prêmio concedida aos membros do Ministério Público prevista no art. 211 da Lei Complementar nº 734/93, do Estado de São Paulo (fls. 266/283).

A D. Procuradoria Geral de Justiça se manifestou pela procedência da ação sob a seguinte ementa:

> *"CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ART. 49 DA LEI Nº 2.712, DE 16 DE MARÇO DE 2004, DO MUNICÍPIO DE SÃO JOSÉ DO RIO PARDO. LEI Nº 2.185, DE 24 DE NOVEMBRO DE 1997. "PRÊMIO POR ASSIDUIDADE". SERVIDOR PÚBLICO. REMUNERAÇÃO. VANTAGEM PECUNIÁRIA. INSTITUIÇÃO DESVINCULADA DO ATENDIMENTO AO INTERESSE PÚBLICO E ÀS EXIGÊNCIAS DO SERVIÇO. OFENSA AOS PRINCÍPIOS DE MORALIDADE, RAZOABILIDADE, FINALIDADE E INTERESSE PÚBLICO.*
>
> *A instituição de "Prêmio de Assiduidade" não se compatibiliza com os princípios da moralidade, razoabilidade, finalidade e interesse público (art. 111, CE/89) e trata-se de vantagem pecuniária a servidores públicos que não atende efetivamente ao interesse público e às exigências do serviço (art. 128, CE/89), tendo em vista que a assiduidade constitui dever funcional geral elementar que não demanda recompensa além da contraprestação pecuniária pela remuneração"* – fls. 285/301.

É o relatório.

Cuida-se de Ação Direta de Inconstitucionalidade proposta pelo Procurador de Justiça do Estado de São Paulo contra o artigo 49 da Lei nº 2.712, de 16 de março de 2004, do Município de São José do Rio Pardo, que *"Dispõe sobre o Estatuto dos Servidores Públicos do Município de São José do Rio Pardo e dá outras providências"*, *in verbis*:

> *"(...)*
>
> *Do Prêmio Por Assiduidade*
>
> *Art. 49. Fica instituído o Prêmio Por Assiduidade correspondente a 10% (dez por cento) do vencimento do servidor, a ser pago mensalmente para todos os ocupantes de cargos públicos que não tenham faltas no período de apuração.*
>
> *§ 1º Fica preservado o direito da remuneração pecuniária do Prêmio por Assiduidade aos servidores que, no período de apuração, tenham utilizado ou que estejam em gozo das seguintes licenças:*
>
> *I – faltas abonadas,*
>
> *II – licença à gestante, por adoção e licença-paternidade;*
>
> *III – as concessões previstas no artigo 84 desta lei;*

Acesso ao Sumário

IV – as licenças por Acidente de Trabalho, desde que comprovadas pelo C.A.T. (Comunicado de Acidente de Trabalho).

§ 1º O Prêmio Por Assiduidade não se incorporará à remuneração do servidor para quaisquer fins.

§ 2º Serão consideradas para apuração do Prêmio Por Assiduidade as datas utilizadas para fechamento de folha de pagamento".

A referida vantagem pecuniária já havia previsão na Lei nº 2.185, de 24 de novembro de 1997 que contemplava *"(...) a instituição do prêmio por assiduidade aos servidores ocupantes de cargos públicos, de provimento efetivo, na Administração Municipal"*, *in verbis*:

"Artigo 1º. Fica instituído o prêmio de assiduidade, em pecúnia, a ser pago a todos os ocupantes de cargos públicos, de provimento efetivo, da Administração Municipal, na forma especificada nesta lei.

Artigo 2º. O prêmio de assiduidade, referido no artigo anterior, consistirá no percentual de 10% (dez por cento) calculado sobre o salário base do servidor que a ele fizer jus. Artigo 3º. O prêmio de assiduidade só será pago ao servidor que não se utilizar das licenças previstas no artigo 70, da Lei nº 1.793/93 e não tiver faltas no serviço, quaisquer que sejam suas espécies, excetuadas as faltas abonadas.

Artigo 4º. A apuração dos requisitos necessários à concessão do prêmio de assiduidade, bem como sua realização, aos que a ele fizerem jus, serão feitos mês a mês, juntamente com a folha de pagamento.

Artigo 5º. O prêmio de assiduidade constitui-se em mera liberalidade, e não se incorporará aos vencimentos, para quaisquer fins.

Artigo 6º. As despesas decorrentes da presente lei correrão por conta das dotações orçamentárias próprias suplementadas se necessário.

Artigo 7º. Esta lei entrará em vigor na data de sua publicação, com vigência a partir de 1º de janeiro de 1998, revogadas as disposições em contrário".

As normas são incompatíveis com a Constituição Estadual e ferem o disposto nos artigos 111 e 128 da Constituição do Estado de São Paulo, assim redigidas:

"Artigo 111 – A administração pública direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos Poderes do Estado, obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, razoabilidade, finalidade, motivação, interesse público e eficiência.

Artigo 128 – As vantagens de qualquer natureza só poderão ser instituídas por lei e quando atendam efetivamente ao interesse público e às exigências do serviço".

Conforme se extrai da redação do artigo 128, a legitimidade da instituição de vantagens de qualquer natureza aos servidores públicos dependerá,

Acesso ao Sumário

cumulativamente, de criação por meio de lei e sua conformidade com o interesse público e com as exigências do serviço.

Apesar de ter sido instituída por meio de disposição legal, ao premiar servidores pela observância de deveres inerentes ao mínimo e adequado desempenho de suas funções, as referidas normas não observaram a exigência constitucional de que a criação de tal vantagem seja pautada sempre pelo interesse público e/ou decorra das exigências do serviço.

A assiduidade do servidor público nada mais é do que um dos deveres elementares ao exercício do cargo, não podendo, por esta razão, ser remunerado por algo ínsito ao desempenho regular e ordinário de suas funções.

Justamente por isso, não se vislumbra causa jurídica hígida ou razoável a justificar sua instituição, havendo, portanto, clara afronta aos princípios da moralidade, do interesse público e da razoabilidade.

Soa imoral e não revela qualquer vinculação ao interesse público a concessão de vantagem pecuniária que tenha como único objetivo estimular a assiduidade do servidor público, dever funcional geral e elementar ao exercício de qualquer função pública.

Do exposto, não há dúvida que o princípio da razoabilidade foi igualmente inobservado.

Como sabido, o princípio da razoabilidade limita a atuação e discricionariedade dos poderes públicos, impedindo-os de atuar com excesso ou se valer de atos inúteis, desvantajosos desarrazoados ou desproporcionais.

Por meio dele, as entidades, órgãos e agentes públicos, no desempenho das funções administrativas, devem adotar *meios* que, para a realização de seus *fins*, revelem-se *adequados*, *necessários* e *proporcionais*. Um meio é adequado se logra promover, com sucesso, o fim desejado; é necessário se, entre os meios igualmente adequados, apresentar-se como menos restritivo a um direito fundamental; e, finalmente, é proporcional em sentido estrito se as vantagens que propicia superam as desvantagens causadas (Dirley da Cunha Júnior, *in* Curso de Direito Administrativo, 12ª ed., Ed. Jus Podivm, pag. 56).

Ora, o "Prêmio por assiduidade" não passa por nenhum dos critérios do teste de razoabilidade porque beneficia exclusivamente servidores públicos sem contrapartida para além do padrão normal da relação funcional, e cria excessivo ônus financeiro posto que os servidores públicos são premiados pela observância de dever que ínsito ao cargo público, e cujo exercício assíduo já é remunerado pelo vencimento. Em outras palavras, não é razoável que para redução de faltas (justificadas) ou licenças se estimule o servidor público ao cumprimento de seu dever (assiduidade) conferindo-lhe vantagem pecuniária, conforme bem ponderou a Procuradoria de Justiça em seu lúcido parecer (fls. 295/296).

É certo haver benesses concedidas em razão do tempo quando o servidor

Acesso ao Sumário

está em exercício, como se dá em situações dos chamados adicionais temporais (v.g. por quinquênios ou sexta-parte), favorecimento financeiro decorrente apenas do tempo de serviço, mas sempre com característica de valorizar a adequação do servidor ao cargo e à função, além do seu correto proceder funcional, em que, em última análise, premiam-se a estabilidade e a experiência.

No entanto, a vantagem que ora se aprecia não se amolda a esses critérios, ao contrário, seu único objetivo é a oneração dos cofres públicos.

Nesse sentido é o posicionamento da D. Procuradoria Geral de Justiça:

"A criação de prêmio de assiduidade mensal, valendo-se de dever conatural ao desempenho de função pública, expõe a Administração Pública a tratamentos desigualitários, imorais, desarrazoados, e, sobretudo, distantes do interesse público primário. Trata-se, em realidade, de indiscriminado aumento indireto e dissimulado da remuneração, alheio aos parâmetros de razoabilidade, interesse público e necessidade do serviço que devem presidir a concessão de vantagens pecuniárias aos servidores públicos.

A necessidade de verificar se a vantagem pecuniária atende efetivamente ao interesse público e às exigências do serviço, está motivada pela ***parcimônia****,* ***sobriedade*** *e* ***prudência*** *que os Municípios devem ter em relação à gestão do dinheiro público.*

Ora, não há qualquer motivo juridicamente válido para justificativa da vantagem pecuniária instituída, pois, como dito, a assiduidade não pode se converter em parâmetro para o acréscimo.

Nem se alegue que a vantagem em foco é válida se cotejada com o ***instituto comum e tradicional*** *às normas estatutárias da* ***licença prêmio****, simplesmente porque esta* ***não substancia prêmio pecuniário*** *à assiduidade, mas,* ***benefício*** *que confere o* ***licenciamento*** *do servidor durante certo período (e cujo indeferimento de gozo pela necessidade do serviço gera direito à indenização com base na responsabilidade civil do Estado por ato lícito, assim como o de férias)"* – fls. 299/300.

Este Colendo Órgão Especial já teve oportunidade de se manifestar sobre a inconstitucionalidade de lei que instituiu adicional de assiduidade. Confira-se:

> **"Ação direta de inconstitucionalidade. Adicional de assiduidade. Município de Chavantes. Artigos 43, 44 e 45 da Lei Complementar 127/2012 (Dispõe sobre o Plano de Cargos, Vencimentos e Evolução Funcional dos Profissionais do Magistério Público e dá outras providências). Inconstitucionalidade. Ausência de critério, pois não se foi além da assiduidade, dever e obrigação do servidor. Dispositivos que em nada asseguram valorização dos profissionais do magistério. Ação procedente"** (ADI 2140689-75.2014.8.26.0000, Rel. Des. Borelli Thomaz, v.u., 28/01/2015).

A respeito do tema, cabe ainda citar outros precedentes, revelando ser

Acesso ao Sumário

remansoso o entendimento:

> **"AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. Lei nº 3.503, de 04 de abril de 2012, em sua redação original e naquela que lhe foi dada pela Lei nº 3.644, de 16 de dezembro de 2014 e, por arrastamento, das Leis nº 3.231 de 12 de maio de 2009, 3.235 de 27 de maio de 2009, 3.355 de 27 de maio de 2010 e 3.357 de 27 de maio de 2010, todas do Município de Vinhedo. Criação do 14º Salário Prêmio Assiduidade aos servidores do Município. Afronta aos artigos 111 e 128 da Carta Paulista. Vantagem que a par de não atender efetivamente ao interesse público e às exigências do serviço, se "amarra" a condição que é considerada "dever" do servidor público, v.g., assiduidade e regularidade ao trabalho. Ação procedente** (ADI 2088979-79.2015.8.26.0000, Rel. Des. Xavier de Aquino, j. 07/10/2015).
>
> **"I. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI COMPLEMENTAR MUNICIPAL QUE DIPÔS SOBRE A INSTITUIÇÃO DE GRATIFICAÇÃO DE PRODUTIVIDADE FUNDADA EM CRITÉRIOS DE "ASSIDUIDADE, COMPETÊNCIA, DESEMPENHO, FLEXIBILIDADE, COMPROMETIMENTO E ÉTICA PROFISSIONAL, RESPONSABILIDADE FUNCIONAL, ATENDIMENTO, INICIATIVA, APROVEITAMENTO E COOPERAÇÃO". CRITÉRIOS CUJA AVALIAÇÃO SERIA DE ELEVADA SUBJETIVIDADE E QUE, ADEMAIS, SÃO INERENTES AO PRÓPRIO DESEMPENHO DA FUNÇÃO PÚBLICA. AUSÊNCIA DE METAS DE DESEMPENHO OU CRITÉRIOS OBJETIVOS DE PRODUTIVIDADE QUE ENSEJEM A INSTITUIÇÃO DA REFERIDA GRATIFICAÇÃO. INCONSTITUCIONALIDADE, POR CARÊNCIA DE INTERESSE PÚBLICO, EM OFENSA AO QUE DISPOSTO PELO ARTIGO 128 DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO. II. INSTITUIÇÃO, DA MESMA FORMA, DE GRATIFICAÇÃO FUNDADA EM DESEMPENHO DE ATIVIDADE EXTRAORDINÁRIA, E POR NOMEAÇÃO PARA INTEGRAR COMISSÕES INTERNAS. OFENSA AOS PRINCÍPIOS DA ISONOMIA E DA IMPESSOALIDADE, INSCULPIDOS NO ARTIGO 111 DA CONSTITUIÇÃO ESTADUAL, EIS QUE ABSOLUTAMENTE DESPROVIDA DE REQUISITOS MÍNIMOS OU DE CRITÉRIOS OBJETIVOS A INDICAÇÃO DE SERVIDORES PARA DESEMPENHO DE TAIS FUNÇÕES. III. TENTATIVA DE CONVALIDAR, NO TEXTO LEGAL IMPUGNADO, GRATIFICAÇÕES PAGAS COM FUNDAMENTO EM REDAÇÃO ANTERIOR DA NORMA, IGUALMENTE INCONSTITUCIONAL. IMPOSSIBILIDADE. IV. NECESSIDADE, POR FIM, PARA EVITAR A REPRISTINAÇÃO DO TEXTO ANTERIOR, DE DECLARAÇÃO TAMBÉM DE SUA INCONSTITUCIONALIDADE, SOB OS MESMOS FUNDAMENTOS. V. AÇÃO DIRETA PROCEDENTE** (ADI 2133804-45.2015.8.26.0000, Rel. Des. Márcio Bartoli, j. 21/01/2015).

Por fim, por todo o acima exposto, não se sustenta as alegações da Câmara e do Prefeito do Município de São José do Rio Pardo, pois *"eventual*

Acesso ao Sumário

omissão ou entendimento diverso do Tribunal de Contas estadual ou de outros órgãos de controle externo não impedem a procedência da ação, visto que o contencioso de constitucionalidade como emanação do direito de ação não se subordina nem se condiciona à atuação desses organismos que, aliás, não detém competência jurisdicional para o exame da constitucionalidade de leis e atos normativos com eficácia vinculante e erga omnes.

Da mesma maneira é irrelevante o prestígio dado pela jurisdição trabalhista a expedientes similares adotados nas relações de emprego nas pessoas jurídicas de direito privado, espaço, aliás, em que prevalecem a consensualidade e a autonomia da vontade, de tal sorte que é imprópria a sua extensão aos domínios das relações de administração onde predominam para além do princípio da legalidade cânones como moralidade, razoabilidade, proporcionalidade, interesse público e finalidade a balizar, condicionar e limitar a atuação de agentes, entidades e órgãos da Administração Pública.

Tampouco se impressiona com a alegação de autonomia municipal porque a legislação municipal se subordina e está condicionada pelos preceitos fundamentais estabelecidos na Constituição Federal e na Constituição Estadual como revelam seus arts. 29 e 144, respectivamente. O exercício da autonomia municipal não pode contrariar princípios e regras como os invocados na petição inicial que preordenam a capacidade normativa municipal. Raciocínio contrário desafia o princípio da supremacia da Constituição.

A maior ou menor duração temporal da norma também não se afigura como impeditivo ao exame de seu contraste com a Constituição e nem à declaração de sua inconstitucionalidade, pois, as normas inconstitucionais não se tornam constitucionais pelo decurso do tempo ou pela aprovação social ou institucional. Não há incidência de expedientes como preclusão, prescrição, convalidação ou decadência no contencioso de constitucionalidade e premissa oposta simplesmente colide com o princípio da supremacia da Constituição.

Argumentam, ainda, as informações o entendimento do Tribunal de Justiça de Santa Catarina em prol da legitimidade constitucional de norma similar às impugnadas nesta sede. Todavia, (...) aqueles fundamentos sucumbem à compreensão dedicada por este egrégio Órgão Especial. E a decisão invocada não foi proferida no seio do contencioso de constitucionalidade, mas, em via ordinária que não se irradia para além do caso concreto.

As informações traçam paralelo com o instituto da licença prêmio, inclusive a que é concedida por lei específica aos membros do Ministério Público. Afora outras considerações que serão adiante expendidas, cumpre verificar que não se encontra em julgamento a Lei Complementar Estadual n. 734/93 nem qualquer outra lei (federal, estadual ou municipal) semelhante, de tal sorte que é írrito o fundamento.

Acesso ao Sumário

E a linha de argumentação deduzida a título de matéria que pertence à Ciência da Administração não estorva a procedência da ação. Argumentam as informações que a instituição do prêmio por assiduidade foi inspirada como técnica para redução a faltas ao trabalho, notadamente as justificadas e as decorrentes de licenças inclusive para tratamento de saúde.

Se o argumento é interessante nem por isso é aceitável. Sua ***inconveniência*** *resulta exatamente da* ***incompatibilidade*** *com o sistema* ***jurídico-normativo*** *que não ampara normas providas de conteúdo e escopo idênticos, (...) carecem de razoabilidade"* – fls. 287/289.

Observo, em nome da segurança jurídica, ser de bom alvitre modular os efeitos da decisão de modo a impedir a continuidade do pagamento do prêmio de assiduidade àqueles que ingressaram no serviço público **antes ou depois** da liminar, dispensando, no entanto, qualquer restituição. A medida prestigia a boa-fé e evita a repetição de eventuais saldos pagos indevidamente.

Assim, pelo meu voto, julgou procedente a presente ação para declarar a inconstitucionalidade do artigo 49 da Lei nº 2.712, de 16 de março de 2004, e da Lei nº 2.185, de 24 de novembro de 1997, ambas do Município de São José do Rio Pardo.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2060760-22.2016.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é autor PREFEITO DO MUNICÍPIO DE ARUJÁ, é réu PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE ARUJÁ.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "JULGARAM A AÇÃO PROCEDENTE. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 30.034)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PAULO DIMAS MASCARETTI (Presidente), TRISTÃO RIBEIRO, BORELLI THOMAZ, JOÃO NEGRINI FILHO, SÉRGIO RUI, SALLES ROSSI, RICARDO ANAFE, ÁLVARO PASSOS, AMORIM CANTUÁRIA, BERETTA DA SILVEIRA, ADEMIR BENEDITO, 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 e FERRAZ DE ARRUDA.

São Paulo, 10 de agosto de 2016.

Acesso ao Sumário

ARANTES THEODORO, Relator

Ementa: Ação direta de inconstitucionalidade. Lei nº 2.808/2016, do Município de Arujá, que dispõe sobre o trânsito de caminhões na via pública que indica. Iniciativa parlamentar. Diploma que veio a regulamentar o uso do sistema viário, tendo com isso invadido atribuição reservada ao Executivo. Violação dos artigos 47 incisos II e XIV da Constituição estadual. Ação procedente.

VOTO

Cuida-se de ação direta de inconstitucionalidade voltada contra a Lei nº 2.808, de 9 de março de 2016, do Município de Arujá, que *"dispõe sobre a liberação de caminhões até 14 metros a trafegarem pela Avenida Governador Mario Covas no trecho entre a av. Comendador Massatoshi Shimyo e Estrada dos Vados (bairro fontes e portão) atendendo ao art. 132 da LOM"*.

O autor alega que, ao regulamentar o uso de área pública e disciplinar matéria atinente ao tráfego local, o aludido diploma interfere na administração municipal e invade esfera de competência exclusiva do chefe do Executivo, violando, com isso, os artigos 5º, 37, 24 § 2º item 2, 47 incisos II, XIV e XIX da Constituição estadual, bem como o artigo 30, incisos III e IV, da Lei Orgânica daquele Município.

Ao lado disso ele afirma presente vício formal, eis que nos termos do artigo 33 da Lei Orgânica aquele tema só poderia ser tratado por lei complementar, tendo, ademais, inobservado o artigo 12 da Lei Complementar federal nº 95/98.

A liminar foi concedida, a representação processual do prefeito regularizada a mando do relator e o Procurador-Geral do Estado informou não haver interesse estadual na defesa do ato impugnado.

O Presidente da Câmara Municipal prestou informações, juntou documentos e enfatizou não ter havido invasão de competência, eis que a lei teve o propósito de apenas *"ampliar um direito estabelecido pelo próprio Executivo quando da criação do programa de restrição ao trânsito de veículos automotores pesados, do tipo caminhão,"* naquele município.

A Procuradoria Geral de Justiça opinou pela procedência da ação.

É o relatório.

A propositura se volta contra a Lei nº 2.808, de 9 de março de 2016 do Município de Arujá, que assim se apresenta:

"Art. 1º – Fica o Município proibido de restringir o tráfego e multar

caminhões no perímetro rural da Av. Governador Mário Covas.

§ 1º – De caminhões de até 14 metros (exceto caminhões articulados carretas acima de 14 metros).

Art. 2º – Compreende-se perímetro rural da Av. Governador Mário Covas, toda área de produção agrícola que se encontra entre a av. Comendador Massatoshi Shinmyo e Estrada dos Vados.

Art. 3º – O mesmo se aplica a nova pista da av. Governador Mário Covas em todo perímetro entre a av. Fatec até a av. João Manoel (sentido centro).

Art. 4º – Esta lei entra em vigor na data de sua publicação."

Pois forçoso é reconhecer a inconstitucionalidade do aludido diploma.

Não, por certo, por conta da alegação de contrariedade à Lei Orgânica do Município ou à Lei Complementar federal nº 95/1998.

Afinal, como decorre dos artigos 125 § 2º da Constituição da República e 74 da Constituição paulista, no controle concentrado de constitucionalidade pelo Tribunal de Justiça o parâmetro a ser considerado é exclusivamente a Carta estadual.

Tampouco se há de proclamar inconstitucionalidade por conta da alegada violação aos artigos 37 e 24 § 2º item 2 da Constituição estadual, eis que a lei não tratou do exercício do mandato do Chefe do Poder Executivo, do funcionalismo público municipal ou de secretarias e órgãos da Prefeitura.

Compele à procedência da ação, sim, a particularidade de o aludido diploma, de origem parlamentar, ter disposto sobre matéria estranha à competência da Câmara.

Lembre-se que a Constituição da República confere aos Municípios competência para *"legislar sobre assuntos de interesse local"*, *"suplementar a legislação federal e a estadual no que couber"* e promover *"adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano"* (artigo 30, incisos I, II e VIII).

Como enfatiza José Afonso da Silva, o adequado ordenamento de território se dá *"mediante planejamento e o controle de seu uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano"*, motivo pelo qual nesse aspecto a *"competência municipal não é meramente suplementar de normas gerais federais ou de normas estaduais"*, eis que se trata *"de competência própria que vem do texto constitucional."* (Direito Urbanístico Brasileiro, Malheiros, 6ª ed., pg. 63).

Compreende-se que assim seja, já que a disciplina de tais questões diz respeito ao peculiar interesse local.

Pois dispor sobre a circulação de certa categoria de veículo automotor em vias específicas da cidade se insere naquela esfera de competência, eis que tal regulação diz respeito à ordenação físico-territorial do espaço urbano e ao

Acesso ao Sumário

sistema viário, temas pertinentes ao interesse peculiar do município.

O tratamento dessa matéria, pois, inegavelmente é da competência do município.

No entanto, a lei aqui apontada incorreu em contrariedade ao texto constitucional em face do vício de iniciativa, eis que teve ela origem em um projeto parlamentar, isto é, de autoria do vereador Advaldo de Oliveira Paula (fls. 2).

Realmente, como resulta do artigo 47, incisos II e XIV, da Constituição paulista, que aos municípios se aplica por simetria (artigo 144), é do Prefeito a prerrogativa de administrar a cidade, o que naturalmente compreende traçar disciplina para uso do sistema viário, facultando ou proibindo o tráfego em determinados locais e horários, para todas ou algumas categorias de veículos.

Logo, não pode o Legislativo, por sua iniciativa, editar lei que discipline o tráfego em determinada via, ainda que ao argumento de estar com isso a atender ao anseio geral.

Note-se que na espécie o próprio presidente da Câmara aqui admite ter o Legislativo invadido esfera da competência do Executivo ao afirmar que a lei buscou apenas *"ampliar um direito estabelecido pelo próprio Executivo quando da criação do programa de restrição ao trânsito de veículos automotores pesados, do tipo caminhão"* (fls. 101).

Inevitável reconhecer, pois, que o diploma impugnado contrariou os artigos 47, incisos II e XIV, e 144 da Constituição estadual.

Em suma, julga-se procedente a ação para declarar a inconstitucionalidade da Lei nº 2.808, de 9 de março de 2016, do Município de Arujá.

ACÓRDÃO

Acesso ao Sumário

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2069643-55.2016.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é autor PREFEITO DO MUNICÍPIO DE SOROCABA, é réu PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE SOROCABA.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "JULGARAM A AÇÃO PROCEDENTE. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 27.752)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PAULO DIMAS MASCARETTI (Presidente), ÁLVARO PASSOS, AMORIM CANTUÁRIA, BERETTA DA SILVEIRA, ADEMIR BENEDITO, 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, TRISTÃO RIBEIRO, BORELLI THOMAZ, JOÃO NEGRINI FILHO, SÉRGIO RUI e SALLES ROSSI.

São Paulo, 10 de agosto de 2016.

RICARDO ANAFE, Relator

Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – Artigo 5º, da Lei nº 11.237, de 17 de dezembro de 2015, do Município de Sorocaba – Dispositivo legal que prevê que o Controlador Interno do Quadro do Serviço Autônomo de Água e Esgoto (SAAE) prestará contas semestralmente à Câmara Municipal – O dispositivo impugnado extravasa o poder de fiscalização da Câmara Municipal, consubstanciado no controle externo expressamente estabelecido pela ordem constitucional (artigo 33, da Constituição Estadual) – Afronta ao princípio da separação e independência harmônica entre os Poderes – Violação aos artigos 5º, 144 e 150, da Constituição Estadual.

Pedido procedente.

VOTO

1. Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade proposta pelo Prefeito do Município de Sorocaba visando ao reconhecimento da inconstitucionalidade do artigo 5º, da Lei Municipal nº 11.237, de 17 de dezembro de 2015, que dispõe sobre a criação da Função Gratificada de Controlador Interno junto ao Quadro do Serviço Autônomo de Água e Esgoto (SAAE), porque, segundo ele, viola o disposto nos artigos 5º, 47, inciso II e 144, todos da Constituição do Estado de São Paulo. Sustenta que referido artigo, ao determinar que o Controlador Interno preste contas semestralmente à Câmara Municipal de Sorocaba, afronta o princípio da independência e harmonia dos Poderes. Alega, ainda, que o controle externo do Poder Executivo deve ser feito nos exatos termos da Constituição Federal e da Constituição do Estado, dentre os quais, não se infere a determinação mencionada no artigo impugnado. Sustenta a ocorrência de vício de iniciativa, na medida em que a matéria ora tratada é de competência privativa do Chefe do Executivo. Diz que estão presentes os requisitos para a concessão da liminar e, ao final, requer seja declarada a inconstitucionalidade do artigo 5º,

Acesso ao Sumário

da Lei nº 11.237, de 17 de dezembro de 2015, do Município de Sorocaba.

A liminar foi deferida (fl. 181/187).

A Procuradoria Geral do Estado, citada, mostrou desinteresse em se manifestar acerca da norma impugnada (fl. 196/197).

Informações da Câmara Municipal de Sorocaba, representada por seu Presidente, a fl. 202/213.

A douta Procuradoria Geral de Justiça, em seu parecer de fl. 223/236, opinou pela procedência do pedido.

2. É o relatório.

A Lei nº 11.237, de 17 de dezembro de 2015, do Município de Sorocaba, tem a seguinte redação:

"Art. 1º – Fica criada a Função Gratificada de Controlador Interno, junto ao Quadro de Função Gratificada do SAAE, da Lei nº 9.895, de 28 de dezembro de 2011, com quantidade, jornada e vencimentos previstos no Anexo I desta Lei.

§ 1º A súmula de atribuições, os requisitos e a forma de provimento da Função Gratificada criada neste artigo estão previstas no Anexo II desta Lei, passando a integrar o Anexo II da Lei nº 9.895, de 28 de dezembro de 2011.

§ 2º A lotação da Função Gratificada constante do caput deste artigo está prevista no Anexo III desta Lei, passando desta forma, a adequar o Anexo I da Lei nº 9.895, de 28 de dezembro de 2011.

Art. 2º – O Controlador Interno será designado entre os servidores ocupantes de cargos efetivos da Autarquia Municipal – SAAE, com nível superior, com o mínimo de 5 (cinco) anos de serviço público e comprovado notado saber relativo à função.

Parágrafo único. O servidor designado para exercer a função de Controlador Interno integrará a estrutura da Autarquia em nível de assessoria, subordinado no desempenho de suas funções, diretamente à Diretoria Geral Autárquica, nas ações de controle interno geral.

Art. 3º – É vedada a designação para a função de Controlador Interno de servidor que tenha sido, nos últimos 5 (cinco) anos:

I – responsabilizado por atos julgados irregulares, de forma definitiva, pelos Tribunais de Contas;

II – punido, por decisão da qual não caiba recurso na esfera administrativa, em processo disciplinar, por ato lesivo ao patrimônio público, em qualquer esfera do governo;

III – condenado em processo por prática de crime contra a Administração Pública, capitulado nos Títulos II e XI da Parte

Acesso ao Sumário

Especial do Código Penal Brasileiro, na Lei nº 7.492, de 16 de junho de 1986, ou por ato de improbidade administrativa previsto na Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992.

IV – de servidor que, a posterior, seja o responsável por analisar a conformidade do próprio ato.

Art. 4º – Constituem-se garantias do servidor que for designado a exercer a função de Controlador Interno:

I – independência profissional para exercer suas atividades;

II – o acesso a quaisquer documentos, informações e banco de dados indispensáveis e necessários ao exercício das funções de Controlador Interno.

§ 1º O servidor designado a exercer a função de controlador interno guardará sigilo sobre dados e informações pertinentes aos assuntos a que tiver acesso em decorrência do exercício de suas funções, utilizando-os, exclusivamente, para a elaboração de pareceres e relatórios destinados a autoridade competente, sob pena de responsabilidade.

§ 2º O agente público que, por ação ou omissão, causar embaraço, constrangimento ou obstáculo à atuação do Controlador Interno no desempenho de sua função institucional, ficará sujeito à pena de responsabilidade administrativa, civil e penal.

Art. 5º – O Controlador Interno prestará contas semestralmente à Câmara Municipal de Sorocaba.

Art. 6º – As despesas decorrentes da execução desta Lei correção à conta de dotações orçamentárias próprias, fixadas anualmente no Orçamento da Autarquia de Serviço Autônomo de Água e Esgoto – SAAE.

Art. 7º – Esta Lei entra em vigor na data da sua publicação."

Ab initio, cumpre asseverar, numa análise mais detida sobre a matéria, que o dispositivo impugnado não trata sobre a direção superior da Administração, atividade que compete privativamente ao Chefe do Executivo, nos termos do artigo 47, inciso II, da Constituição do Estado, nem tampouco se insere nas matérias incluídas no rol taxativo do artigo 24, § 2º, da mesma Carta.

Entrementes, correta a afirmação de que a norma combatida desrespeita a disposição constitucional que disciplina a fiscalização do Executivo pelo Legislativo (Cf. artigo 33, inciso I, da Constituição Bandeirante).

A Câmara Municipal, a par de sua função legislativa típica e predominante, também exerce uma função de controle e fiscalização do Executivo, nos termos do artigo 31 da Constituição Federal; todavia esse poder fiscalizatório do

Acesso ao Sumário

Legislativo em relação ao Executivo, como ensina Hely Lopes Meirelles, **"deve conter-se nos limites do regramento e dos princípios constitucionais, em especial o da independência e harmonia dos Poderes"** (*in* "Direito Municipal Brasileiro", 15. ed., São Paulo, Malheiros, 2006, pág. 609).

O princípio da separação e interdependência dos órgãos de soberania tem uma função de garantia da Constituição, pois os esquemas de responsabilidade e controle entre os vários órgãos transformam-se em relevantes fatores de observância da Constituição (J.J. Gomes Canotilho, *in* Direito Constitucional, ed. 1991, p. 321 e 695).

Sobre o tema, esclarece Dalmo Dallari que **"o sistema de separação dos poderes, consagrado nas Constituições de quase todo o mundo, foi associado à ideia de Estado Democrático e deu origem a uma engenhosa construção doutrinária, conhecida como *sistema de freios e contrapesos***" (*in* Elementos de Teoria Geral do Estado, p. 193).

E, segundo o princípio tradicional de balança de *poderes* e *contrapesos constitucionais*, cada um dos Poderes serve de limitação do arbítrio dos outros simplesmente por exercer sua ação constitucional dentro dos limites intransponíveis de sua *própria competência* (Eusébio de Queiroz Lima, *in* Teoria do Estado, p. 307). E, na prática de atos, **"se houver exorbitância de qualquer dos Poderes surge a ação fiscalizadora do Poder Judiciário, obrigando a cada um a permanecer nos limites de sua respectiva esfera de competência"** (Dalmo Dallari, *in* ob. cit., p. 193).

Dessa maneira, o artigo 5º, da Lei Municipal nº 11.237, de 17 de dezembro de 2015, ao criar dever para o Controlador Interno junto ao Quadro do Serviço Autônomo de Água e Esgoto (SAAE) consistente no encaminhamento semestral de prestação de contas à Câmara Municipal de Sorocaba, afrontou diretamente os artigos 33, inciso I, e 150, da Constituição Bandeirante que, por sua vez têm fundamento de validade no artigo 32 da mesma Carta.

Nesse passo, dispõe o artigo 32, que a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial do Estado, das entidades da administração direta e indireta e das fundações instituídas ou mantidas pelo Poder Público será exercida pelo Poder Legislativo local, mediante controle externo, e pelos sistemas de controle interno do Poder Executivo, na forma da lei, estabelecendo o artigo 33, que o controle externo será exercido com o auxílio dos Tribunais de Contas dos Estados ou do Município ou dos Conselhos ou Tribunais de Contas dos Municípios onde houver (Hely Lopes Meirelles, *in* Direito Administrativo Brasileiro, p. 714). Dessa forma, não poderia o Legislativo impor a prestação semestral de contas se a Constituição Estadual, e a própria Constituição Federal, falam em prestação anual.

Por certo, o modelo de controle das contas do Chefe do Executivo,

estabelecido pelo texto constitucional, deve ser obedecido pelos Estados, Distrito Federal e Municípios, de modo que o artigo 49, inciso IX, da Constituição Federal estabelece que o Presidente da República preste contas anualmente ao Congresso Nacional, de tal arte que não podem os demais entes da Federação estabelecer periodicidade diversa, sob pena de ofensa ao princípio da separação de Poderes.

De outro lado, o Supremo Tribunal Federal já assentou a necessidade de o controle externo do Legislativo municipal sobre o Poder Executivo municipal adequar-se aos parâmetros estabelecidos para o controle externo adotados no plano federal. A propósito: ADI nº 676/RJ, Rel. Min. Carlos Velloso; ADI nº 165/MG, Rel. Min. Sepúlveda Pertence; e ADI nº 1.779/PE, Rel. Min. Ilmar Galvão.

Assim, a Câmara Municipal extrapolou os limites do controle externo, na medida em que a lei impugnada, em seu artigo 5º, cria para a Administração obrigação inexistente no paradigma constitucional estadual, o que implica em ofensa ao princípio constitucional da independência e harmonia dos Poderes (artigo 5º, da Constituição Paulista), que é de observância obrigatória também pelos Municípios (artigo 144 da mesma Carta).

Nesse sentido os julgados deste Colendo Órgão Especial:

"Ação Direta de Inconstitucionalidade. Lei nº 6.048/11 do Município de Bauru. Autorização aos procuradores do município a celebrar acordos nos Juizados Especiais da Fazenda Pública. Inclusão, por meio de emenda parlamentar de artigo determinando o envio trimestral dos acordos à Câmara Municipal. Inconstitucionalidade. Vício de iniciativa. Ampliação do controle externo, no tocante a periodicidade do envio de contas pelo Executivo ao Legislativo. Determinação constitucional expressa. Ação julgada procedente." (ADI nº 0301364-51.2011.8.26.0000, Rel. Des. Cauduro Padin, v.u., 30.05.2012).

"AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – NORMA MUNICIPAL OBRIGANDO CHEFE DO EXECUTIVO MUNICIPAL A ENVIAR, MENSALMENTE, RELAÇÃO DE TODAS AS RECEITAS E DESPESAS – CONSTITUIÇÃO ESTADUAL QUE PREVÊ OBRIGATORIEDADE DE APRESENTAÇÃO DE CONTAS ANUAIS – IMPOSSIBILIDADE DE A CÂMARA MUNICIPAL AMPLIAR OS LIMITES DE SEU CONTROLE EXTERNO – AFRONTA AO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO E HARMONIA DOS PODERES – INCONSTITUCIONALIDADE RECONHECIDA. I. O dispositivo ora questionado, sob o pretexto de aprimorar e regulamentar o exercício do controle externo que cabe ao

Acesso ao Sumário

Poder Legislativo, extravasou os limites constitucionais, invadindo a esfera de atuação do Poder Executivo de modo a violar o princípio da separação dos poderes (artigo 5º, caput, da Constituição do Estado de São Paulo), impondo-se, assim, a procedência da presente ação para declarar a inconstitucionalidade da Lei Municipal de Divinópolis nº 1.577/00. Ação julgada procedente." (ADI 0029074-22-2011.8.26.0000, Rel. Des. Artur Marques, v.u., 26.10.2011).

Como bem anotou a douta Procuradoria Geral de Justiça, em seu parecer de fl. 223/236, "dentro dos sistemas de controle interno e externo previstos tanto no texto da Constituição Federal como na Estadual, não se identifica, nem de modo distante, metodologia de fiscalização que se assemelhe àquela adotada pelo legislador municipal no dispositivo impugnado na presente ação."

Por epítome, flagrante a inconstitucionalidade do artigo 5º, da Lei nº 11.237, de 17 de dezembro de 2015, do Município de Sorocaba, por afronta aos artigos 5º, 144, e 150, da Constituição Estadual.

3. À vista do exposto, pelo meu voto, julgo procedente o pedido, para declarar a inconstitucionalidade do artigo 5º, da Lei nº 11.237, de 17 de dezembro de 2015, do Município de Sorocaba.

Agravos Regimentais

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Regimental nº 2080660-88.2016.8.26.0000/50000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante FABIANA FRANCO DO AMARAL MARI, é agravado PROCURADOR GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "JULGARAM PREJUDICADO O AGRAVO REGIMENTAL. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 24.056)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PAULO DIMAS MASCARETTI (Presidente sem voto), JOÃO NEGRINI FILHO, SÉRGIO RUI, RICARDO ANAFE, ALVARO PASSOS, AMORIM CANTUÁRIA, SILVEIRA PAULILO, ELCIO TRUJILLO, ADEMIR BENEDITO, PEREIRA CALÇAS, XAVIER DE AQUINO, ANTONIO

Acesso ao Sumário

CARLOS MALHEIROS, MOACIR PERES, FERREIRA RODRIGUES, PÉRICLES PIZA, MÁRCIO BARTOLI, JOÃO CARLOS SALETTI, FRANCISCO CASCONI, RENATO SARTORELLI, CARLOS BUENO, FERRAZ DE ARRUDA e TRISTÃO RIBEIRO.

São Paulo, 22 de junho de 2016.

BORELLI THOMAZ, Relator

Ementa: Agravo regimental. Indeferimento de liminar em ação mandamental. Cabimento. Critério do Relator. Julgamento do mandado de segurança. Recurso prejudicado.

VOTO

Agravo regimental contra decisão que indeferiu liminar em mandado de segurança impetrado por FABIANA FRANCO DO AMARAL MARI contra ato imputado ao D. PROCURADOR GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO (págs. 151/152), interposto por entender que *a r. decisão representa flagrante prejuízo para a agravante, bem como ainda demonstra descaso com as premissas da meritocracia e afronta os princípios constitucionais da isonomia, moralidade, ofende o sistema meritório, o ordenamento jurídico e a jurisprudência pátria*.

Recurso tempestivo e processado, respondido pelo agravado a págs. 172/185.

É o relatório.

A agravante impetrou mandado de segurança contra atos ditos coatores do PROCURADOR GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO.

Afirmou que, aprovada em concurso público para provimento de cargos de Analista de Promotoria I (Assistente Jurídico) do Ministério Público de São Paulo, ficou classificada em 17º lugar.

Ocorre que, em data posterior à convocação dela para escolha da lotação, foi editado o Ato Normativo nº 947/2016, *o qual previu em seu bojo mais nove vagas para a Área Regional de Ribeirão Preto*.

Então, por não haverem essas vagas sido disponibilizadas a outros Analistas de Promotoria em exercício, por remoção, ou para escolha inicial entre os *candidatos nomeados que ainda não haviam sido empossados*, ajuizou mandado de segurança.

Por decisão vista nas págs. 151/152, entendi ser caso de indeferir a liminar pleiteada, contra o que veio este agravo interno.

Sem razão, contudo, pois assim entendi por não entrever circunstância

Acesso ao Sumário

autorizante para a concessão liminar, além de considerar inexistente risco de ser a medida ineficaz, porquanto os efeitos de eventual sentença concessiva da segurança poderão retroagir à data da impetração.

Com nota de não ter havido qualquer alteração na situação fática em disputa, não é caso de acolhimento deste recurso, pois a busca se confunde com o próprio mérito da impetração.

Nesse viés, observo estar sendo julgado o mandado de segurança de que este recurso decorre, a resultar em que ficar prejudicado.

Julgo prejudicado o recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo nº 2073445-61.2016.8.26.0000/50000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante PREFEITO DO MUNICÍPO DE BOREBI, é agravado PROCURADOR GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "NEGARAM PROVIMENTO AO AGRAVO REGIMENTAL. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 23.327)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PAULO DIMAS MASCARETTI (Presidente), SALLES ROSSI, RICARDO ANAFE, ALVARO PASSOS, AMORIM CANTUÁRIA, SILVEIRA PAULILO, ARTUR MARQUES, ELCIO TRUJILLO, ADEMIR BENEDITO, XAVIER DE AQUINO, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, MOACIR PERES, FERREIRA RODRIGUES, PÉRICLES PIZA, MÁRCIO BARTOLI, JOÃO CARLOS SALETTI, FRANCISCO CASCONI, RENATO SARTORELLI, CARLOS BUENO, TRISTÃO RIBEIRO, NEVES AMORIM, BORELLI THOMAZ e JOÃO NEGRINI FILHO.

São Paulo, 29 de junho de 2016.

SÉRGIO RUI, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: Agravo regimental. Pretensão de revogação de liminar concedida em ação direta de inconstitucionalidade em que se suspendeu, até o julgamento de mérito, a Lei Complementar nº 418, de 07 de novembro de 2014, artigo 29 e anexo II, do Município de Borebi, que procedeu à criação de cargos

em comissão de "Assessor de Recursos Humanos, Assessor Administrativo, Assessor de Planejamento, Assessor de Esportes, Assessor de Atendimento Social, Diretor de Coordenação dos Serviços Mecânicos, Diretor de Coordenação do PSF (Programa de Saúde da Família), Diretor de Coordenação Administrativa de Ensino Fundamental, Diretor Administrativo e Pedagógico de Creche, Diretor Administrativo e Pedagógico de Educação Infantil, Diretor de Coordenação Pedagógica do Ensino Fundamental, Diretor de Educação Administrativa e Pedagógica do Espaço Amigo, Diretor de Coordenação de Fiscalização Geral, Diretor de Coordenação dos Serviços Agrícolas, Diretor de Coordenação Tributária e Diretor dos Negócios Jurídicos". Descabimento. Ausência de elementos novos, aptos a alterar o entendimento manifestado no despacho verberado. Suficiência de motivação. Presença dos requisitos autorizadores da concessão da medida. Manutenção da decisão agravada. Recurso improvido.

VOTO

Trata-se de agravo regimental tirado pelo Prefeito Municipal de Borebi de decisão, que, nos autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade, ajuizada pelo Douto Procurador Geral de Justiça do Estado de São Paulo, concedeu liminar e determinou a suspensão imediata da vigência e eficácia da Lei Complementar nº 418, de 07 de novembro de 2014, artigo 29 e anexo II, até final julgamento da ação.

Pugna-se – em síntese – pelo provimento do recurso para cassar a liminar concedida, mercê da ausência de prejuízo financeiro e presença do risco de colapso da prestação de serviços públicos – subsidiariamente – requer-se a modulação dos efeitos para manutenção dos cargos até o resultado final da lide.

É o relatório.

Não se verifica eiva na decisão agravada, a qual cabe reproduzir, **in verbis**:

"Vistos.

Cuida-se de ação direta de inconstitucionalidade ajuizada pelo douto Procurador Geral de Justiça do Estado de São Paulo a pretender a declaração de inconstitucionalidade dos cargos individuados e que constam nos anexos I e V da Lei Complementar nº 418, de 07 de novembro de 2014 e no artigo 29 e Anexo II da referida lei, do Município de Borebi, a seguir descritos:

Acesso ao Sumário

'Assessor de Recursos Humanos, Assessor Administrativo, Assessor de Planejamento, Assessor de Esportes, Assessor de Atendimento Social, Diretor de Coordenação dos Serviços Mecânicos, Diretor de Coordenação do PSF (Programa de Saúde da Família), Diretor de Coordenação Administrativa de Ensino Fundamental, Diretor Administrativo e Pedagógico de Creche, Diretor Administrativo e Pedagógico de Educação Infantil, Diretor de Coordenação Pedagógica do Ensino Fundamental, Diretor de Educação Administrativa e Pedagógica do Espaço Amigo, Diretor de Coordenação de Fiscalização Geral, Diretor de Coordenação dos Serviços Agrícolas, Diretor de Coordenação Tributária e Diretor dos Negócios Jurídicos'.

Argumenta desrespeito ao modelo estadual atinente ao princípio da regra da exigência do concurso público e que os aludidos cargos, criados pela referida lei, contrariam os artigos 111; 115, incisos I, II e V, e 144 da Constituição Estadual.

Pede a procedência da presente ação para reconhecimento da inconstitucionalidade dos cargos acima delineados.

No caso em comento, constata-se a presença dos requisitos autorizadores da liminar, porquanto, em sede de cognição sumária, conclui-se que a lei complementar mencionada, de autoria da Câmara Municipal de Borebi, pode violar, ao menos em tese, os preceitos basilares inscritos na Magna Carta e na Constituição do Estado de São Paulo.

Destarte, defere-se a medida pleiteada.

Requisitem-se informações aos Ilustríssimos Senhores Prefeito e Presidente da Câmara Municipal de Borebi.

Em seguida, cite-se o Douto Procurador Geral do Estado de São Paulo – artigo 90, parágrafo 2º, da Constituição Estadual – para formular a defesa que entender cabível aos dispositivos impugnados.

Cumpridas as diligências, tornem conclusos.

Intime-se."

Dessa forma, os argumentos deduzidos pelo agravante – à míngua de comprovação de desacerto – não autorizam a modificação do que restou decidido quando da análise do pleito liminar, dada existência de demonstração dos requisitos autorizadores da medida aventada.

Tampouco é cabível a concessão do efeito suspensivo à decisão agravada, pois tal medida, na prática, permitiria que os cargos continuassem a ser exercidos como se nada houvesse sido determinado por este Relator.

Outrossim, afere-se cabimento e legalidade de criação de cargos por comissão, observada a natureza das atribuições respectivas a serem exercidas por pessoa com vínculo de confiança e, na hipótese, em análise perfunctória, os aludidos cargos não desempenham função de assessoramento, chefia e direção.

Conquanto interessantes as alegações tecidas, não convém, nesta oportunidade, rever o despacho inicial, reservado o exame da ampla discussão

Acesso ao Sumário

procedida pelo agravante para o julgamento da demanda principal, após a vinda das informações requisitadas, além da manifestação final da douta Procuradoria Geral de Justiça.

Consigna-se que a decisão liminar se restringe à presença da relevância da fundamentação invocada, de um lado, e o perigo na demora, de outro, requisitos que persistem em existir.

No mais, na linha do entendimento deste C. Órgão Especial, a apreciação do deferimento da liminar "é uma faculdade do Relator e sobre a qual cabe decidir conforme sua livre convicção diante da importância do exame dos fundamentos e da possibilidade da ocorrência de danos irreparáveis, ou de difícil reparação" (Ag. Reg. nº 0080499-88.2011.8.26.0000/50000, Rel. Des. Armando Toledo).

Nessa intelecção, impõe-se a manutenção da decisão agravada, pois presentes os requisitos autorizadores da medida liminar, cuja concessão se dera de forma justificada e em prestígio ao princípio da livre convicção motivada.

A corroborar, precedentes do Colendo Órgão Especial:

"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" (Agravo Regimental nº 2049664-10.2016.8.26.0000; Relator: Renato Sartorelli; Comarca: São Paulo; Órgão julgador: Órgão Especial; Data do julgamento: 13/04/2016; Data de registro: 14/04/2016).

AGRAVO REGIMENTAL – RECURSO INTERPOSTO CONTRA LIMINAR NÃO CONCEDIDA EM SEDE DE MANDADO DE SEGURANÇA – INDEFERIMENTO DA LIMINAR QUE SUBSISTE, DIANTE DA AUSÊNCIA DE PLAUSIBILIDADE DO DIREITO INVOCADO – DECISÃO MANTIDA. AGRAVO IMPROVIDO (Agravo Regimental nº 2265038-19.2015.8.26.0000; Relator: Neves Amorim; Comarca: São Paulo; Órgão julgador: Órgão Especial; Data do julgamento: 13/04/2016; Data de registro: 14/04/2016).

Agravo Regimental – Deferimento parcial do pedido de suspensão de tutela antecipada – Cargos em comissão – Ausência da efetiva correspondência entre as atividades materiais de cargos em comissão existentes na estrutura do Executivo Municipal de Paulínia com os pressupostos constitucionais de que as atribuições devem ser de direção, chefia ou assessoramento (art. 37, V, da CF) – Risco de dano grave à ordem, à segurança e à economia públicas na manutenção de comissionados puros – Necessidade de manutenção dos servidores efetivos de carreira – Agravo não provido (Agravo Regimental nº 2225666-63.2015.8.26.0000; Relator: José Renato Nalini; Comarca: Campinas; Órgão julgador: Órgão Especial; Data do julgamento: 18/11/2015; Data de registro: 24/11/2015).

Acesso ao Sumário

Portanto, mister se faz a manutenção da liminar – concedida de forma justificada e em prestígio ao princípio da livre convicção motivada.

Por tais razões, nega-se provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Regimental nº 2065140-88.2016.8.26.0000/50000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE SÃO MIGUEL ARCANJO, é agravado PREFEITO DO MUNICÍPIO DE SÃO MIGUEL ARCANJO.

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 29.483)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PAULO DIMAS MASCARETTI (Presidente), SILVEIRA PAULILO, ARTUR MARQUES, ELCIO TRUJILLO, ADEMIR BENEDITO, XAVIER DE AQUINO, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, MOACIR PERES, FERREIRA RODRIGUES, PÉRICLES PIZA, MÁRCIO BARTOLI, JOÃO CARLOS SALETTI, FRANCISCO CASCONI, RENATO SARTORELLI, CARLOS BUENO, TRISTÃO RIBEIRO, NEVES AMORIM, BORELLI THOMAZ, JOÃO NEGRINI FILHO, SÉRGIO RUI, SALLES ROSSI, RICARDO ANAFE e ALVARO PASSOS.

São Paulo, 29 de junho de 2016.

AMORIM CANTUÁRIA, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: AGRAVO REGIMENTAL – AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – IMPUGNAÇÃO CONTRA A DECISÃO QUE CONCEDEU A LIMINAR PARA SUSPENDER A EFICÁCIA DA LEI 3.712/2016 DO MUNICÍPIO DE SÃO MIGUEL ARCANJO – MANUTENÇÃO DA LIMINAR POR SEUS PRÓPRIOS E JURÍDICOS FUNDAMENTOS – COEXISTÊNCIA DOS REQUISITOS PARA A CONCESSÃO DA MEDIDA DE URGÊNCIA.

A existência de v. precedente do C. STF, conforme

orientação contida no RE 504.351/RS, empresta verossimilhança do direito afirmado na inicial, de molde a indicar, ainda que provisoriamente, a presença da fumaça do bom direito, porquanto o ponto sensível da matéria aviada nestes autos não está fundado exclusivamente no alegado vício formal – iniciativa do processo legislativo –, mas também na falta de aplicação harmonizadora dos dispositivos constitucionais, a fim de que normas não se anulem reciprocamente a pretexto de concretizar outra norma. Os demais temas veiculados no recurso se reportam ao mérito da própria ADI, e, como tal serão apreciados no momento processual oportuno.

AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO PARA MANTER A LIMINAR CONCEDIDA.

VOTO

Trata-se de agravo regimental manejado pelo **PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE SÃO MIGUEL ARCANJO** para impugnar a decisão de fls. 36/37 da ADI e que concedeu a liminar para suspensão da eficácia da Lei 3.712/2016 na ação formulada pelo **PREFEITO DO MUNICÍPIO DE SÃO MIGUEL ARCANJO**.

Aduz, o agravante, que todo serviço da Câmara pode ser criado, modificado ou extinto por resolução, com dispensa de sanção do prefeito, por ser matéria de sua competência exclusiva, à semelhança do que dispõe a Constituição da República quando cuida do Poder Legislativo Federal (cf. art. 48 c/c arts. 51, IV e 52, XIII). Alega que o argumento de que há vício de iniciativa em matéria de competência do Poder Executivo e desrespeito ao princípio da separação de poderes não se sustenta, pois o Chefe do Poder Executivo está ciente de que a Lei 3.712/2016 e que instituiu o Plano de Carreira da Câmara Municipal de São Miguel Arcanjo, não normatiza, altera ou extingue a estrutura do quadro de servidores do Poder Executivo, que é disciplinada pela Lei 3.706/2015.

Insiste que é da competência privativa do legislativo municipal as matérias que digam respeito à sua organização administrativa, criação de cargos e fixação da remuneração dos seus servidores, exatamente como ocorreu com a Lei Municipal 3.712/2016, que disciplinou exclusivamente o Plano de Carreira e que fixou a remuneração do pessoal da Câmara Municipal; que a norma suspensa não versa sobre o quadro de pessoal de Poder Executivo e não impõem nenhuma obrigação ao seu orçamento.

Pede a reconsideração da decisão que deferiu a medida liminar, a fim de

Acesso ao Sumário

se restituir em plenitude, a eficácia à Lei Municipal 3.712 de 08 de janeiro de 2016.

Contraminuta (fls. 233/244).

Parecer da D. Procuradoria Geral de Justiça, pelo provimento do recurso (fls. 312/322).

É o relatório do essencial.

Reproduzo o conteúdo da r. decisão hostilizada para sua compreensão e compreensão do resultado atribuído ao presente recurso.

> "1. Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade postulada pelo **PREFEITO DO MUNICÍPIO DE SÃO MIGUEL ARCANJO** para impugnar a Lei 3.712/2016 que institui o Plano de Carreira e Fixa Remuneração do Pessoal da Câmara Municipal e dá outras providências.
>
> Aduz, o autor, que a referida norma consubstancia-se em indevida intromissão do Poder Legislativo na seara do Executivo local, usurpando de sua competência legislativa e malferindo os artigos 5º., 47, inciso II e 144 da Constituição Estadual.
>
> Alega que há inconstitucionalidade formal por vício de iniciativa. Pediu liminar suspensão da norma.
>
> 2. Nos termos do art. 90, II, da Constituição Estadual, o Prefeito Municipal é parte legítima para propor ação de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo estadual ou municipal.
>
> A concessão de medida liminar é justificável diante do preenchimento cumulativo do *fumus boni juris* e *periculum in mora*. Em uma análise perfunctória, desrespeitou-se a autonomia administrativa, identificada na iniciativa legislativa reservada ao Chefe do Executivo.
>
> São de iniciativa exclusiva do Executivo, projetos de lei sobre matéria financeira e orçamentária e os que aumentam vencimentos ou despesas públicas.
>
> Destarte, por se buscar evitar lesão à ordem pública, **DETERMINO A SUSPENSÃO DA EFICÁCIA** da Lei Municipal nº 3.712/2016, com efeito *ex nunc*, até o julgamento desta ação, quando eventualmente, os efeitos de uma decisão definitiva, poderão ou não ser modulados, a depender da conveniência e oportunidade.
>
> 2.1. Complemente o autor a instrução processual, apresentando cópia da Lei Orgânica do Município, útil ao julgamento da causa.
>
> 3. Cite-se o D. Procurador Geral do Estado.
>
> 4. Requisitem-se informações ao Presidente da Câmara Municipal de São Miguel Arcanjo (art. 6º., Lei 9868/99).
>
> 5. Em seguida, à Douta Procuradoria Geral de Justiça (art. 90, §§ 1º e 2º, da Constituição Estadual).
>
> Intimem-se."

A questão de fundo e que ensejou a concessão da liminar é que na ADI,

Acesso ao Sumário

ao analisar os artigos 7º e 8º da Lei 3.712/2016, para a concessão da medida de urgência, reconheci no pedido formulado o *fumus boni iuris* caracterizado por existir uma estreita correlação entre os vencimentos dos salários dos funcionários da Câmara Legislativa Municipal e os do Poder Executivo local.

No ponto, é o que precisa ser dirimido na ADI.

Por isso, segundo meu sentir, é o caso de manter a decisão que concedeu a liminar para suspensão da eficácia da norma discutida nos autos principais, justamente, porque tudo o mais ventilado neste recurso é mérito.

Respeitado o entendimento e o notável esforço do recorrente, as razões da concessão da liminar restam mantidas por seus próprios e jurídicos fundamentos, sem prejuízo, evidentemente, do que o C. Órgão Especial vier a decidir em julgamento final, quando haverá o aprofundamento das questões, especialmente porque, como é sabido, a liminar fica restrita à existência da relevância da fundamentação invocada e da probabilidade de que a pretensão venha a ser acolhida, de um lado, e o perigo da demora, de outro, requisitos que entendo presentes.

Nesse sentido, são os seguintes julgados deste C. Órgão Especial, em casos parelhos:

> Ementa: AGRAVO REGIMENTAL – Insurgência contra decisão que concedeu liminar em ação direta de inconstitucionalidade, suspendendo a eficácia das normas questionadas (alíneas "b", "c", "d", "e", "f", "g" e "h", do inciso I, § 3º, do art. 52 da Lei Orgânica do Município de Rosana; e incisos VIII, IX, X, XI, XII, XIII, XIV e XV do § 2º, do art. 52 do Regimento Interno da Câmara Municipal de Rosana) – Deferimento da medida liminar, posto presente relevância na fundamentação e a aparência do bom direito, atinente à desnecessidade de quórum qualificado para a votação, pela Câmara Municipal, do Plano Diretor do Município – Possibilidade de perigo na demora no provimento pleiteado, consistente na iminência do envio à Câmara Municipal, de projeto alusivo ao Plano Diretor do Município – Em que pese os argumentos recursais, não há motivo para aqui e agora rever o despacho inicial, reservado o exame da ampla discussão procedida pelo agravante para o julgamento final – Decisão mantida. Agravo regimental não provido. 2171718-12.2015.8.26.0000 Agravo Regimental / Atos Administrativos Relator: João Carlos Saletti Comarca: São Paulo Órgão julgador: Órgão Especial Data do julgamento: 07/10/2015 Data de registro: 10/10/2015

> Ementa: AGRAVO REGIMENTAL – Insurgência contra decisão que concedeu liminar em ação direta de inconstitucionalidade suspendendo a eficácia da lei 11.876/2016, do Município de São José do Rio Preto, que "dispõe sobre a checagem 'in loco' de todos os promitentes mutuários, após o sorteio, em programa de moradias sociais" – Disposições legais que tratam de atividades típicas da Administração, a que impõe condutas e ações – Discussão trazida no agravo regimental que diz respeito ao

Acesso ao Sumário

mérito da ação, não havendo motivo para aqui e agora rever o despacho inicial, reservado o exame da ampla discussão para o julgamento final – Decisão mantida. Agravo regimental não provido. 2043105-37.2016.8.26.0000 Agravo Regimental / Atos Administrativos Relator: João Carlos Saletti Comarca: São Paulo Órgão julgador: Órgão Especial Data do julgamento: 30/03/2016 Data de registro: 01/04/2016

Ademais, a existência de v. precedente do C. STF, conforme orientação contida no RE 504.351/RS, empresta verossimilhança do direito afirmado na inicial, de molde a indicar, ainda que provisoriamente, a presença da fumaça do bom direito, porquanto o ponto sensível da matéria aviada nestes autos não está fundado exclusivamente no alegado vício formal – iniciativa do processo legislativo –, mas também na falta de aplicação harmonizadora dos dispositivos constitucionais, a fim de que normas não se anulem reciprocamente a pretexto de concretizar outra norma.

Ante o exposto, meu voto **NEGA PROVIMENTO AO RECURSO**.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Regimental nº 2095393-93.2015.8.26.0000/50002, da Comarca de São Paulo, em que é agravante PREFEITA MUNICIPAL DE CAMPOS NOVOS PAULISTA e interessado PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE CAMPOS NOVOS PAULISTA, é agravado PROCURADOR GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "NEGARAM PROVIMENTO AO AGRAVO REGIMENTAL. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 22.622)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PAULO DIMAS MASCARETTI (Presidente), ADEMIR BENEDITO, XAVIER DE AQUINO, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, FERREIRA RODRIGUES, PÉRICLES PIZA, EVARISTO DOS SANTOS, MÁRCIO BARTOLI, FRANCISCO CASCONI, RENATO SARTORELLI, CARLOS BUENO, FERRAZ DE ARRUDA, ARANTES THEODORO, TRISTÃO RIBEIRO, BORELLI THOMAZ, JOÃO NEGRINI FILHO, SÉRGIO RUI, SALLES ROSSI, RICARDO ANAFE, ÁLVARO PASSOS, AMORIM CANTUÁRIA, BERETTA DA SILVEIRA, VICO MAÑAS e SILVEIRA PAULILO.

São Paulo, 27 de julho de 2016.

PAULO DIMAS MASCARETTI, Presidente e Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: Agravo Regimental – Decisão que indeferiu devolução de prazo recursal – Orientação consolidada no STF no sentido de que no controle abstrato de constitucionalidade não tem incidência a norma dos artigos 188 e 191 do antigo CPC – Agravo não provido.

VOTO

Irresignada com a decisão que indeferiu devolução de prazo para a interposição de recurso extraordinário em ação direta de inconstitucionalidade por omissão já transitada em julgado, a Prefeita Municipal de Campos Novos Paulista interpôs agravo regimental, sob a alegação de possibilidade de aplicação do prazo recursal em dobro, previsto no artigo 188, do antigo CPC.

Contraminuta a fls. 10/14.

É o relatório.

O reclamo recursal não merece acolhida.

Com efeito, a orientação pacificada no âmbito do colendo Supremo Tribunal Federal é no sentido de que, no controle abstrato de constitucionalidade, por sua índole *objetiva*, não se aplicam os artigos 188 e 191 do Código de Processo Civil anterior, razão pela qual não tem incidência a contagem em dobro dos prazos para a interposição dos recursos extraordinário e especial (AI nº 633.998-RS, 1ª Turma, Rel. Carmen Lúcia, j. 25.8.2009; ADI nº 3.857-CE, Pleno, decisão monocrática, Rel. Ricardo Lewandowski, 17.3.2009; ARE nº 707.339-AgR, Rel. Carmen Lúcia, DJe 14/8/2013; RE 561.935 ED-ED, Rel. Gilmar Mendes, DJe 20/8/2013).

Salienta-se que, certificado o trânsito em julgado do acórdão e remetidos os autos ao arquivo, somente 6 dias depois é que se pleiteou a devolução do prazo, o que sinaliza que a perda do prazo deu-se por mero descontrole da parte.

Ante o exposto, **nega-se** provimento ao agravo regimental.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Regimental nº 2106073-06.2016.8.26.0000/50000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante SINDICATO DOS MOTORISTAS E TRABALHADORES NAS EMPRESAS DE TÁXI NO ESTADO DE SÃO PAULO – SIMTETAXIS, é agravado PREFEITO DO MUNICÍPIO SÃO PAULO.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo,

proferir a seguinte decisão: "NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO NA PARTE CONHECIDA. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 28.544)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PAULO DIMAS MASCARETTI (Presidente), CARLOS BUENO, FERRAZ DE ARRUDA, ARANTES THEODORO, TRISTÃO RIBEIRO, BORELLI THOMAZ, JOÃO NEGRINI FILHO, SÉRGIO RUI, SALLES ROSSI, RICARDO ANAFE, ÁLVARO PASSOS, AMORIM CANTUÁRIA, BERETTA DA SILVEIRA, VICO MAÑAS, SILVEIRA PAULILO, ADEMIR BENEDITO, XAVIER DE AQUINO, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, FERREIRA RODRIGUES, PÉRICLES PIZA, EVARISTO DOS SANTOS, MÁRCIO BARTOLI e FRANCISCO CASCONI.

São Paulo, 27 de julho de 2016.

RENATO SARTORELLI, Relator

Ementa: "AGRAVO INTERNO – AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – DECRETO Nº 56.489/2015 DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO – ATO NORMATIVO QUE AUTORIZA A EMISSÃO DE NOVOS ALVARÁS DE ESTACIONAMENTO E REGULAMENTA SUA TRANSFERÊNCIA – TÁXI PRETO – INDEFERIMENTO DA MEDIDA LIMINAR – AMPLIAÇÃO DOS LIMITES OBJETIVOS DA LIDE – INADMISSIBILIDADE – RECURSO NÃO CONHECIDO EM PARTE E, NO REMANESCENTE, IMPROVIDO.

Em sede de agravo interno só se justifica a alteração do posicionamento emprestado pelo ato judicial combatido quando maculada a decisão de manifesta ilegalidade ou abuso de poder".

"Denegada a liminar e requisitadas as informações de praxe na ação direta de inconstitucionalidade, já não é mais possível ampliar os limites objetivos da lide, muito menos em sede de agravo interno, omitindo-se o requerente de apresentar pedido explícito no tempo e modo devidos".

Acesso ao Sumário

VOTO

Agravo interno tirado contra decisão do Relator, exarada às fls. 56/59, que indeferiu liminar pleiteada em ação direta de inconstitucionalidade.

Sustenta, em apertada síntese, o agravante que a cobrança da *"taxa"* relativa à expedição dos alvarás de estacionamento para a categoria *"táxi preto"* ofende o princípio da isonomia já que a outorga para *"táxi branco"* é gratuita, isso sem considerar que inexiste qualquer cobrança para a exploração da atividade de transporte de passageiros pelo aplicativo *"UBER"* e similares. Alega, em acréscimo, que se trata de espécie tributária, instituída sem qualquer amparo legal, cujo elevado valor *(R$ 60.000,00 – sessenta mil reais)* foi estipulado aleatoriamente, mediante edital, pela autoridade municipal. Argumenta, no mais, que restou configurado o ***periculum in mora***, por se cuidar de cobrança indevida passível de impedir o exercício da profissão, preenchido, outrossim, o pressuposto do ***fumus boni iuris*** ante a inobservância dos princípios constitucionais da anterioridade, isonomia e legalidade. Insiste, por isso, na reconsideração da decisão agravada, suspendendo-se a eficácia dos artigos 7º, ***caput***, 11, 12 e 14, ***caput***, todos do Decreto Municipal nº 56.489/2015 e, por arrastamento, do edital nº 001, de 16 de novembro de 2015, da Secretaria Municipal de Transportes, até decisão final pelo C. Órgão Especial.

A parte contrária não foi intimada para manifestar-se sobre o recurso por não possuir advogado constituído nos autos *(fl. 1.099)*.

Mantido o ato judicial combatido, os autos foram encaminhados à mesa para julgamento.

É o relatório.

O agravante não apresentou, a meu ver, argumentos convincentes a evidenciar o desacerto da decisão agravada, aqui mantida em seus literais termos, ***verbis***:

> ***"1) Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade ajuizada pelo Sindicato dos Motoristas e Trabalhadores nas Empresas de Táxi no Estado de São Paulo – SIMTETAXIS em face do Decreto nº 56.489, de 08 de outubro de 2015, do Município de São Paulo, que 'institui a Categoria Táxi Preto no sistema de transporte individual remunerado de passageiros, autoriza a emissão de novos alvarás de estacionamento e regulamenta sua transferência', apontando violação ao artigo 150, inciso I, da Constituição da República e artigo 163, inciso I, da Constituição Paulista.***
>
> ***Sustenta o requerente, em apertada síntese, que o ato normativo impugnado prevê a onerosidade da exploração dos serviços da categoria 'táxi preto', condicionando a emissão de alvará de estacionamento ao pagamento de outorga onerosa, cujo valor será fixado em edital expedido pela Secretaria Municipal de Transportes. Alega, em acréscimo, que o Chefe do Poder Executivo concedeu desconto a grupo específico de interessados, estabelecendo isenção para conversão de alvarás de outras categorias para táxi preto, além de instituir taxa para transferência de titularidade. Argumenta,***

Acesso ao Sumário

ainda, que o Decreto Municipal criou novo tributo, malferindo os princípios da anterioridade, da isonomia e da legalidade, ocasionando insegurança aos contribuintes e impedindo o exercício da profissão. Pondera, no mais, que a instituição ou majoração de exações tributárias deve ser feita mediante lei específica, insistindo, de resto, na suspensão da eficácia dos dispositivos impugnados, até decisão definitiva, declarando-se, a final, a inconstitucionalidade dos artigos 7º, caput, 11, 12 e 14, caput, todos do Decreto nº 56.489, de 08 de outubro de 2015, do Município de São Paulo.

2) Em exame perfunctório, próprio desta fase, tenho por ausente o pressuposto da relevância na fundamentação do pedido, haja vista que o Chefe do Poder Executivo Municipal apenas autorizou, no âmbito de seu poder discricionário, a emissão de novos alvarás de estacionamento para a categoria de táxi preto, ficando a cargo dos interessados manifestar seu interesse na aquisição, uma vez preenchidos os requisitos exigidos pela Municipalidade.

Demais disso, não vislumbro, em concurso, a possibilidade de dano irreparável ou de difícil reparação que não possa aguardar o julgamento da ação direta pelo C. Órgão Especial, não sendo ocioso observar que se trata de ato normativo em vigor há mais de seis meses, circunstância a afastar a urgência da medida.

A isso acresça-se que o pedido de liminar veio desprovido de qualquer fundamentação acerca dos requisitos do fumus boni iuris e do periculum in mora, impossibilitando ao julgador tomar conhecimento das razões do requerente como base de sua pretensão, mormente diante do princípio segundo o qual os atos normativos são presumidamente constitucionais.

Indefiro, pois, a liminar.

Oficie-se ao Prefeito do Município de São Paulo para prestar informações e cite-se o Procurador Geral do Estado. Ouça-se, por fim, a d. Procuradoria Geral de Justiça" *(cf. fls. 56/59).*

Na verdade, em sede de agravo interno 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.

Não vislumbro, em sede de cognição superficial, a presença dos pressupostos necessários para o deferimento da liminar, notadamente o ***fumus boni iuris***, haja vista que as questões de direito invocadas pelo agravante, em especial aquelas relacionadas à natureza jurídica da concessão dos alvarás de estacionamento pelo Poder Executivo, estão a exigir exame mais aprofundado, o que não pode ocorrer de forma precipitada, no limiar da demanda, ausente, ainda, o perigo da demora, mormente diante da celeridade na tramitação das ações diretas de inconstitucionalidade.

O devido processo legal não se harmoniza com a precipitação e a

Acesso ao Sumário

unilateralidade; pelo contrário, exige equidistância e equilíbrio, cumprindo ao julgador levar também em consideração a situação da agravada – *que ainda não teve a oportunidade de prestar informações* – tornando-se imperioso, assim, aprofundar-se na cognição, com observância do contraditório, antes de prevalecer o ponto de vista sustentado por qualquer uma das partes.

É de ser mantida, portanto, a decisão agravada que, sem ferir o mérito da controvérsia, indeferiu o pedido de suspensão de eficácia do ato normativo impugnado, valendo ressaltar que a jurisdição definitiva será alcançada a seu tempo, na extensão e profundidade devidas, ao ensejo do julgamento da ação direta de inconstitucionalidade examinando-se, detalhadamente, todos os aspectos da causa.

No mais, observo que não era lícito ao agravante apresentar novos fundamentos ao seu pedido, inserindo neste agravo temas não explicitados na exordial e, ***ipso facto***, não enfrentados pela decisão agravada.

São estranhas ao âmbito da peça inaugural as questões fáticas relacionadas à dificuldade de adimplemento de parcelas vencidas e vincendas por parte dos interessados na aquisição dos alvarás de estacionamento, assim como a respectiva documentação que instruiu a peça recursal, tratando-se, pois, de matéria absolutamente incompatível com o controle abstrato de constitucionalidade.

A isso acresça-se que o agravante não pleiteou a declaração de inconstitucionalidade, por arrastamento, do edital nº 001, de 16 de novembro de 2015, da Secretaria Municipal de Transportes, fazendo-o, tão somente, ao ensejo da interposição deste recurso, delirando dos limites da petição inicial da ação direta que absolutamente não contemplou tal pretensão, sendo oportuno observar que, depois de requisitadas as informações, já não é mais possível ampliar os limites objetivos da lide, muito menos em sede de agravo interno, deixando o requerente de apresentar pedido explícito no tempo e modo devidos, ***verbis***:

> ***"INCONSTITUCIONALIDADE. Ação direta. Petição inicial. Ilegitimidade ativa para a causa. Correção. Aditamento anterior à requisição das informações. Admissibilidade. Precedentes. É lícito, em ação direta de inconstitucionalidade, aditamento à petição inicial anterior à requisição das informações"*** *(ADI nº 3.103/PI, Relator Min. Cezar Peluso).*

Ante o exposto, não conheço de parte do recurso e, no remanescente, nego-lhe provimento.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Regimental nº 2133147-35.2016.8.26.0000/50000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante ENJOLRAS RELLO DE ARAÚJO, é agravado GOVERNADOR DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "NEGARAM PROVIMENTO AO AGRAVO REGIMENTAL. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 36.464)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PAULO DIMAS MASCARETTI (Presidente sem voto), JOÃO CARLOS SALETTI, FRANCISCO CASCONI, RENATO SARTORELLI, CARLOS BUENO, FERRAZ DE ARRUDA, ARANTES THEODORO, TRISTÃO RIBEIRO, BORELLI THOMAZ, JOÃO NEGRINI FILHO, SÉRGIO RUI, SALLES ROSSI, RICARDO ANAFE, ÁLVARO PASSOS, AMORIM CANTUÁRIA, BERETTA DA SILVEIRA, ADEMIR BENEDITO, PEREIRA CALÇAS, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, MOACIR PERES, FERREIRA RODRIGUES, PÉRICLES PIZA e EVARISTO DOS SANTOS.

São Paulo, 10 de agosto de 2016.

MÁRCIO BARTOLI, Relator

Ementa: Agravo regimental contra decisão que indeferiu medida liminar. Mandado de segurança. Natureza satisfativa do pleito. Ausência de *fumus boni iuris*. Agravo improvido.

VOTO

1. Trata-se de agravo regimental interposto, nos autos de Mandado de Segurança, contra o despacho desta Relatoria que indeferiu a liminar pretendida. A ação fora proposta impugnando ato do Exmo. Sr. Governador do Estado de São Paulo, alegando-se ilegalidade do ato administrativo de cassação de aposentadoria de ENJOLRAS RELLO DE ARAÚJO. Argumentou-se, em apertada síntese, que no processo criminal instaurado em seu desfavor, houve decisão final de absolvição, reconhecendo-se que o fato não constituiria infração penal. Afirmou-se, assim, que as autoridades administrativas não poderiam julgar o impetrante por infração de natureza grave, havendo violação aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade na imposição de penalidade de cassação de aposentadoria, havendo, portanto, *"abuso ou desvio do poder de motivar o que*

Acesso ao Sumário

torna o ato administrativo ilegal" (fls. 05 dos autos principais). Alegou, ainda, haver precedente deste Tribunal de Justiça reconhecendo que não mais subsistiria a pena de cassação de aposentadoria de servidor, vez que a punição de servidor público por falta funcional não poderia interferir em seu vínculo com o regime de previdência. Acrescentando que, no caso concreto, estão presentes o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*, foi requerida, liminarmente, a suspensão do ato da autoridade impetrada, para determinar a continuidade dos pagamentos dos proventos ao agravante, até o julgamento final do mandado de segurança.

O pleito liminar formulado foi indeferido às fls. 208/9 dos autos principais. No presente Agravo Regimental, realça-se a presença do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*, com vistas à reforma da decisão agravada. Afirma-se, ainda, que a concessão da liminar não teria natureza satisfativa, pois *"não se pleiteia novo direito mas apenas e tão somente a manutenção de um direito já pré-existente"*. Destaca que a manutenção da decisão impugnada traria prejuízos irreparáveis ao impetrante e sua família (fls. 01/6).

2. **Apesar dos argumentos trazidos pelo ora Agravante, não é caso de retratação, ante a ausência dos requisitos autorizadores da liminar pretendida, ressaltando-se sua natureza satisfativa.** Isto porque, da leitura da inicial do mandado de segurança, vislumbra-se que, ao pedir a suspensão e posterior anulação do ato de cassação da aposentadoria imposto como penalidade a ENJOLRAS RELLO DE ARAÚJO após conclusão do procedimento administrativo disciplinar que tramitava em seu desfavor, busca o agravante uma verdadeira revisão da decisão proferida nesse procedimento administrativo. A alegação de que os fatos a ele imputados, por não constituírem infração penal, não se revestiriam de maior gravidade, não tendo o condão, portanto, de resultar na penalidade imposta, não podem ser avaliadas nesse âmbito, por implicar, inclusive, em valoração de material probatório. Daí a necessidade de se aguardar a manifestação prévia do Exmo. Sr. Governador do Estado de São Paulo, permitindo-se a integral compreensão da controvérsia, como já destacado na decisão monocrática ora impugnada.

3. Cumpre ressaltar, ainda, que – embora o agravante afirme estarem presentes os requisitos para a concessão da liminar – diante de precedentes recentes do C. Órgão Especial, entende-se ausente o requisito do *fumus boni iuris*, vez que tem-se decidido pela legitimidade da aplicação da sanção de cassação de aposentadoria ao servidor público, como consequência de ilícito administrativo praticado ainda no exercício de sua atividade. Destaco decisão recente deste E. Colegiado: *"Mandado de segurança – Ato do Senhor Governador do Estado de São Paulo que aplicou a pena de cassação de aposentadoria ao impetrante, Delegado de Polícia aposentado do Quadro da Secretaria da Segurança Pública – Admissível a aplicação da pena de cassação de aposentadoria de servidor público, em processo administrativo disciplinar,*

Acesso ao Sumário

quando o ilícito tenha sido praticado pelo servidor quando ainda estava em atividade, não obstante o caráter contributivo do benefício previdenciário – Decisões recentes deste C. Órgão Especial e dos Colendos Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal – Não há que se falar em ato jurídico perfeito ou direito líquido e certo – Constitucionalidade da pena de cassação de aposentadoria já declarada por esta C. Corte e pelo C. Supremo Tribunal Federal. Mandado de segurança denegado, cassada a liminar"[1].

Assim, considerando que não se ignora a existência de divergência jurisprudencial sobre o tema – inclusive neste Órgão Especial – é recomendável que a questão seja analisada pelo órgão colegiado.

Sendo assim, mantém-se a decisão agravada.

3. Ante o exposto, nega-se provimento ao agravo regimental.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Regimental nº 2064569-20.2016.8.26.0000/50000, da Comarca de Caraguatatuba, em que é agravante DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO, são agravados PREFEITURA MUNICIPAL DE CARAGUATATUBA e MM. JUIZ DE DIREITO DA 1ª VARA CÍVEL DE CARAGUATATUBA.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "NEGARAM PROVIMENTO AO AGRAVO REGIMENTAL. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 22.623)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PAULO DIMAS MASCARETTI (Presidente), ADEMIR BENEDITO, 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, TRISTÃO RIBEIRO, BORELLI THOMAZ, JOÃO NEGRINI FILHO, SÉRGIO RUI, SALLES ROSSI, RICARDO ANAFE, ÁLVARO PASSOS, AMORIM CANTUÁRIA e BERETTA DA SILVEIRA.

São Paulo, 10 de agosto de 2016.

PAULO DIMAS MASCARETTI, Presidente e Relator

Acesso ao Sumário

1 TJSP – Órgão Especial MS 2184698-88.2015.8.26.0000 – Rel. João Carlos Saletti – j. 04.05.2016. No mesmo sentido: MS 2189771-75.2014.8.26.0000 – Rel. Antonio Carlos Villen – j. 01.07.2015; Agravo Regimental 2073362-45.2016.8.26.0000/50000 – Rel. Ricardo Anafe – j. 04.05.2016.

Ementa: Agravo Regimental – Deferimento do pedido de suspensão dos efeitos da tutela provisória concedida em ação civil pública – Decisão que assegurou o livre exercício da atividade dos artesãos no âmbito do Município – Evidenciado o risco de grave lesão à ordem, segurança e economia públicas – Agravo não provido.

VOTO

Irresignada com a decisão que deferiu o pedido de suspensão dos efeitos da tutela antecipada concedida nos autos da ação civil pública nº 1001749-89.2016.8.26.0126, a Defensoria Pública do Estado de São Paulo interpôs agravo regimental sob a alegação de que a suspensão da decisão de primeiro grau que ocasionará lesão aos bens jurídicos tutelados, uma vez que não evidenciado o risco de grave lesão de difícil reparação.

Contraminuta a fls. 273/278.

É o relatório.

O reclamo recursal não merece acolhida.

Com efeito, a suspensão dos efeitos da tutela pelo presidente do Tribunal competente para conhecer do recurso constitui medida excepcional e urgente destinada a evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas, quando manifesto o interesse público, nunca consistindo em sucedâneo do recurso de agravo.

Por não ter natureza recursal, este incidente não admite a apreciação das provas ou o reconhecimento de nulidades processuais, cabendo apenas o exame da efetiva ou possível lesão aos bens de interesse público tutelados.

Nesse sentido, já se decidiu que o pedido de suspensão não se presta à "modificação de decisão desfavorável ao ente público" (v. AgRg na SL 39/SC, Rel. Ministro EDSON VIDIGAL), pois "na suspensão de segurança não se aprecia o mérito do processo principal, mas tão-somente a ocorrência dos aspectos relacionados à potencialidade lesiva do ato decisório em face dos interesses públicos relevantes consagrados em lei, quais sejam, a ordem, a saúde, a segurança e a economia públicas" (v. SS 2385 AgR, Rel. Min. Ellen Gracie).

No caso em exame, a decisão concedeu a tutela provisória para: (a) impor a não intervenção do Poder Municipal nas atividades de exposição e venda em praças e vias públicas por artesãos, devendo atuar de modo a proteger e promover o livre exercício do artesanato; (b) determinar a suspensão dos efeitos de todos os procedimentos administrativos, portarias, decretos e atos administrativos

Acesso ao Sumário

tendentes a cassar, revogar, suspender ou proibir a realização da atividade ou mesmo a extinção dos pontos fixos, móveis, ou de feiras de artesanato; (c) impor ao Poder Público a obrigação de restituir os trabalhos e os bens inerentes à exposição (por exemplo: bancas, mesas, suportes) que tenham sido apreendidos de artesãos; (d) conceder alvará judicial (autorização judicial) para que todos os artesãos possam expor e vender seus trabalhos na Comarca de Caraguatatuba, inclusive na Praça Diógenes Ribeiro de Lima, local em que acontece a Feira Municipal de Artes e Artesanatos de Caraguatatuba.

Na espécie, justificou-se a suspensão e, ao reverso do afirmado pela agravante, fizeram-se presentes os pressupostos necessários à suspensão da decisão, não existindo, nas razões do agravo, argumentos suficientes a rechaçar esse entendimento, isto porque, tudo o que foi apresentado já foi sopesado no momento da prolação da decisão recorrida.

Ademais, a decisão hostilizada poderia instituir um caos social grave no município, ao conceder um salvo conduto a todos aqueles que se denominem artesãos, impedindo o desenvolvimento eficaz da política pública que regulamenta e disciplina o uso das vias e espaços públicos municipais.

Além disso, ponderou-se também que a decisão poderia gerar um abalo nas finanças do Município, pois estimularia as pessoas a se identificarem como artesãos para que não se submetessem à fiscalização municipal.

Destarte, presentes os requisitos legais, e não comprovada a ilegalidade do proceder governamental, era mesmo o caso de deferimento da suspensão dos efeitos da tutela.

Ante o exposto, **nega-se** provimento ao agravo regimental.

ACÓRDÃO

Acesso ao Sumário

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Regimental nº 2052452-94.2016.8.26.0000/50000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante PREFEITO DO MUNICÍPIO DE PARAGUAÇU PAULISTA, é agravada MESA DIRETORA DA CÂMARA MUNICIPAL DE PARAGUAÇU PAULISTA.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "AFASTARAM AS PRELIMINARES E NEGARAM PROVIMENTO AO AGRAVO REGIMENTAL. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 34.399)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PAULO DIMAS MASCARETTI (Presidente), MÁRCIO BARTOLI, JOÃO CARLOS

SALETTI, FRANCISCO CASCONI, RENATO SARTORELLI, CARLOS BUENO, FERRAZ DE ARRUDA, ARANTES THEODORO, TRISTÃO RIBEIRO, BORELLI THOMAZ, JOÃO NEGRINI FILHO, SÉRGIO RUI, SALLES ROSSI, RICARDO ANAFE, ÁLVARO PASSOS, AMORIM CANTUÁRIA, BERETTA DA SILVEIRA, ADEMIR BENEDITO, PEREIRA CALÇAS, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, MOACIR PERES, FERREIRA RODRIGUES e PÉRICLES PIZA.

São Paulo, 10 de agosto de 2016.

EVARISTO DOS SANTOS, Relator

Ementa: LIMINAR

Cabe ao Relator, em sede de cognição sumária, a concessão de liminar. Precedentes.

POSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO

Possível o controle de constitucionalidade de leis ou atos normativos quando houver um tema ou uma controvérsia constitucional suscitada em abstrato, independente do caráter geral ou específico, concreto ou abstrato de seu objeto. Precedentes.

Preliminares afastadas.

AGRAVO REGIMENTAL

Monocrática deferindo liminar suspendendo validade, em Ação Direta de Inconstitucionalidade, da Lei Municipal nº 2.975/15, de 23.12.15.

Promulgação de lei orçamentária sem obediência do processo legislativo pelo Prefeito. Presença dos requisitos legais para concessão. Ausência de argumentos capazes de alterar a convicção.

Recurso não provido.

VOTO

1. Trata-se de **agravo regimental** de monocrática (fls. 331/332 do apenso) deferindo liminar, em **ação direta de inconstitucionalidade** da Mesa Diretora da Câmara Municipal de Paraguaçu Paulista tendo por objeto a **Lei Municipal nº 2.975/15**, de **23.12.15** (fls. 19/24), que *"... estima a receita e fixa a despesa do Município da Estância Turística de Paraguaçu Paulista para o exercício financeiro de 2016"*.

Arguiu o Prefeito, preliminarmente, ofensa ao Princípio do Contraditório e impossibilidade jurídica do pedido. Necessária manifestação antes da

concessão da liminar. Lei de efeito concreto não se submete ao controle de constitucionalidade. No mérito, sustentou inexistir ilegalidade na questionada norma. Vereadores votaram contra o projeto de lei, sem apresentar qualquer fundamento. No 1º turno votou-se favoravelmente (fls. 225/226 do apenso). Já no 2º turno, além de uma ausência, cinco vereadores foram contra. Houve uma manobra política. Sessão não poderia ser encerrada sem aprovação do orçamento do exercício financeiro do ano seguinte. Mencionou jurisprudência. Daí a reforma (fls. 01/19).

É o relatório.

2. a) Quanto às preliminares.

a.1. Liminar.

Dispõe o **art. 10 da Lei nº 9.868/99**:

"§ 3º Em caso de excepcional urgência, o Tribunal poderá deferir a medida cautelar ***sem*** *a audiência dos órgãos ou das autoridades das quais emanou a lei ou o ato normativo impugnado."*

E o Regimento Interno desta Corte:

"Art. 230. Caberá ao relator a apreciação da medida cautelar, ressalvada a hipótese do artigo 168, § 2º, deste Regimento."

Assim, **não** há falar em ofensa ao contraditório. Facultaram-se ao agravante todos os momentos processuais hábeis às manifestações legalmente previstas. Eventual vício, como se admite tão só para argumentar, está superado com a remessa do presente agravo à Mesa.

Nesse sentido: ARg nº 2.137.241-60.2015.8.26.0000/50000 – v.u. j. de 12.08.15 – Rel. Des. **SÉRGIO RUI** e ARg nº 994.09.475-4 – Rel. Des. **JOSÉ REYNALDO** – v.u. j. 27.10.10, dentre outros).

a.2. Quanto à possibilidade jurídica do pedido.

Afigura-se possível o controle de constitucionalidade de leis ou atos normativos quando houver um tema ou uma controvérsia constitucional suscitada em abstrato, independente do caráter geral ou específico, concreto ou abstrato de seu objeto.

Acesso ao Sumário

Esse o entendimento do **Pretório Excelso**:

"II. CONTROLE ABSTRATO DE CONSTITUCIONALIDADE DE NORMAS ORÇAMENTÁRIAS. REVISÃO DE JURISPRUDÊNCIA. O Supremo Tribunal Federal deve exercer sua função precípua de fiscalização da constitucionalidade das leis e dos atos normativos quando houver um tema ou uma controvérsia constitucional suscitada em abstrato, independente do caráter geral ou específico, concreto ou abstrato de seu objeto. Possibilidade de submissão das normas orçamentárias ao controle abstrato de constitucionalidade." (MC em

ADI nº 4.048-1/DF – DJ-e 22.08.08 – Rel. Min. **GILMAR MENDES**).

Afasto as preliminares.

b) Quanto ao mérito.

Em **ação direta de inconstitucionalidade** ajuizada pela MESA DIRETORA DA CÂMARA MUNICIPAL DE PARAGUAÇU PAULISTA **concedeu-se liminar** para **suspender a validade** (cf. **GILMAR FERREIRA MENDES** – "Controle Abstrato de Constitucionalidade: ADI, ADC e ADO – comentários à Lei n. 9.868/99" – Ed. Saraiva – 2012 – p. 328) da **Lei Municipal nº 2.975/15**, de **23.12.15** (fls. 19/24), ***ex nunc***, até o julgamento desta ação.

Daí o inconformismo do Prefeito, sem razão, contudo.

Com o seguinte teor a r. decisão impugnada:

*"**2.** Em face da natureza da pretensão e à luz dos elementos existentes nos autos, em perfunctório exame como próprio ao momento processual, vislumbro **presentes** os pressupostos legais (art. 10, § 3º, da Lei nº 9.868/99) **(a)** – **fumus boni iuris** – aparente violação à separação de Poderes, dada a promulgação (fls. 19/24) da lei orçamentária anual pelo Prefeito a despeito da rejeição (fls. 324/325) do projeto pela Câmara Municipal; e **(b)** – **periculum in mora** – possível prejuízo à Municipalidade decorrente da execução de orçamento não aprovado pelo Poder Legislativo local. Destarte, **concedo** a **liminar** para **suspender a validade** (cf. **GILMAR FERREIRA MENDES** – "Controle Abstrato de Constitucionalidade: ADI, ADC e ADO – comentários à Lei n. 9.868/99" – Ed. Saraiva – 2012 – p. 328) da **Lei Municipal nº 2.975/15**, de **23.12.15** (fls. 19/24), **ex nunc**, até o julgamento desta ação. **Oficie-se.**"* (fls. 331 do apenso).

Observe-se ter sido a liminar concedida com efeitos ***ex nunc***, vale dizer, de agora em diante, a partir do presente momento, **sem efeito retroativo**, nos termos do **art. 11, § 1º da Lei nº 9.868**, **de 10.11.99** (**REGINA MARIA MACEDO NERY FERRARI** – "Efeitos da Declaração de Inconstitucionalidade" – Ed. Revista dos Tribunais – 5ª ed., p. 229 e **GILMAR FERREIRA MENDES** – "Controle Abstrato de Constitucionalidade: ADI, ADC e ADO." – Ed. Saraiva – 2012 – p. 343/344). Caso contrário, expresso seria o despacho.

THEOTÔNIO NEGRÃO ensina quanto ao ponto:

"'A decisão que concede a liminar, na ação direta de inconstitucionalidade, tem efeito ex nunc*, vale dizer, **não tem efeito retroativo**' (RTJ 161/438), sua eficácia opera-se, portanto, 'a partir do momento em que o STF a defere' (RTJ 124/80); melhor esclarecendo, em ação direta de inconstitucionalidade, 'a decisão, em julgamento de liminar, é válida a partir da data da publicação no Diário da Justiça da ata da sessão de julgamento' (STF-Pleno, Rcl 2.576-4, Min. Ellen*

Gracie, j. 23.6.04, um voto vencido, DJU 20.8.04).” (grifei – “Código de Processo Civil e Legislação Processual em Vigor” – Ed. Saraiva – 46ª ed. – 2014 – art. 11 da Lei nº 9.868, de 10.11.99 – nota 3 – p. 1.344).

Não se revelaram presentes, apesar das ponderações do ora agravante, fundamentos para se alterar, à luz de perfunctório exame dos elementos de convicção existentes nos autos, próprio ao momento processual, a solução dada.

A medida **não** se apresenta com contornos a justificar modificação. Sua manifesta natureza satisfativa inviabiliza pronta concessão.

Assim já se decidiu neste **Órgão Especial**:

“Neste passo, no caso dos autos, não se pode olvidar que a finalidade do agravo regimental ***é apreciar a legalidade ou não da liminar concedida****.”*

“Sendo assim, o recurso do Poder Legislativo da Municipalidade de Franca deveria observar a técnica processual de somente atacar os pressupostos autorizadores do cabimento da liminar, quais sejam, o fumus boni iuris *e o* periculum in mora*,* ***e não se estender sobre matéria de cunho meritório****, cuja análise importaria em pré-julgamento, já que não apreciados no âmbito liminar e, portanto, estranhos à discussão na presente fase.”*

“Desconsiderando aludida premissa, o mencionado órgão municipal apresenta insurgência recursal direcionada exclusivamente ao ataque da questão de mérito.”

“Nesta ótica, não obstante relevante, o argumento trazido pelo recorrente não é suficiente para determinar a insubsistência da liminar deferida nesta demanda.”

“Portanto, apenas se deve acrescentar que, tal qual anotado pelo ilustre Desembargador Mário Devienne Ferraz, também integrante do Órgão Especial, no Agravo Regimental nº 0210287-58.2011.8.26.0000, julgado em 23 de novembro de 2011, “O que se colhe do inconformismo ***é que os argumentos penetram de forma íntima no mérito da questão deduzida na ação direta de inconstitucionalidade intentada****, de modo que sua análise aprofundada desborda dos limites desta cognição sumária e só poderá ter lugar no momento oportuno do julgamento da lide”.”* (ARg nº 2.050398-29.2014.8.26.0000/50000 – m.v. j. de 28.05.14 – Rel. Des. **ITAMAR GAINO**).

“Em que pesem os argumentos expendidos pelo ora agravante na petição recursal, nada autoriza a alteração dos termos da decisão agravada. Assim porque, consoante destacado no despacho inaugural, ‘nada obstante de duvidosa legalidade a norma que dispõe sobre incentivo ao plantio e manutenção de árvores, mediante desconto no

IPTU (Imposto Predial Territorial Urbano), do Município de Sorocaba, não se vislumbra risco de prejuízo irreparável pelo fato de se aguardar julgamento da presente ação. O risco deve ser visível e constatável de plano e não por mera suposição' (fl. 63)."

"Faz-se necessário o regular trâmite da ação direta de inconstitucionalidade, pois a concessão da liminar nos termos em que postulada, à evidência, ***implicaria em antecipação do próprio mérito da ação****. Bem por isso, merece mantida a decisão agravada que indeferiu a liminar, tanto assim que ausente a demonstração de perigo iminente e a possibilidade de prejuízo irreparável ao direito do agravante pelo fato de aguardar o julgamento da ação."*

*"De mais a mais, este C. Órgão Especial já teve oportunidade de destacar que 'como já alinhavado pelo Colendo Supremo Tribunal Federal, em várias oportunidades e no exercício do poder geral de cautela, em ação direta de inconstitucionalidade, além da análise dos (*fumus boni juris *e* periculum in mora*) procede o magistrado ao exame da conveniência da medida pretendida' (cf. agravo regimental nº 166.708.0/5-01. Rel. o Des. A.C. Mathias Coltro). Os subsídios acostados não permitem concluir pela conveniência da liminar, não incidindo, no caso, nem mesmo o art. 165, § 2º, do Regimento Interno."*

*"****Não*** *se cuida de situação emergencial e eventual cumprimento dos requisitos reclamados na lei em questão, por arts., demandará tempo, sem contar que eventual abatimento, se revogado, poderá ser recuperado oportunamente."* (ARg nº 0.276291-43.2012.8.26.0000/50000 – v.u. j. de 27.02.13 – Rel. Des. **KIOITSI CHICUTA**).

E,

"É mister registrar, ainda, que os argumentos deduzidos nesta via recursal, como fundamento da reforma da decisão proferida, sinalizam para análise, quanto à presença ou ausência de interesse público na emenda parlamentar apresentada e aprovada na Câmara Municipal), o que deve ser tratado em oportunidade própria, que não a presente." (ARg nº 2.037.960-97.2016.8.26.0000/50000 – v.u. j. de 27.04.16 – Rel. Des. **JOÃO NEGRINI FILHO**).

Nada há a ser revisto ou reconsiderado.

Daí a manutenção da r. decisão, com esses esclarecimentos.

3. Afasto as preliminares. Nego provimento ao agravo.

Acesso ao Sumário

Arguições de Inconstitucionalidade

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Arguição de Inconstitucionalidade nº 0011458-58.2016.8.26.0000, da Comarca de Indaiatuba, em que é suscitante 9ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "JULGARAM PROCEDENTE A ARGUIÇÃO. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 29.270)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PAULO DIMAS MASCARETTI (Presidente), ANTONIO CARLOS MALHEIROS, MOACIR PERES, FERREIRA RODRIGUES, PÉRICLES PIZA, MÁRCIO BARTOLI, JOÃO CARLOS SALETTI, FRANCISCO CASCONI, RENATO SARTORELLI, CARLOS BUENO, FERRAZ DE ARRUDA, TRISTÃO RIBEIRO, BORELLI THOMAZ, JOÃO NEGRINI FILHO, SÉRGIO RUI, RICARDO ANAFE, ALVARO PASSOS, AMORIM CANTUÁRIA, SILVEIRA PAULILO, ELCIO TRUJILLO, ADEMIR BENEDITO e PEREIRA CALÇAS.

São Paulo, 22 de junho de 2016.

XAVIER DE AQUINO, Relator

Ementa: ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. Lei nº 5.362/2008 e Decreto Municipal nº 9.790/2008 que dispõem sobre o plantio de uma árvore para cada veículo novo vendido pela concessionária no Município de Indaiatuba, sob pena de multa e dá outras providências. Vício de iniciativa. Inocorrência. Artigo 23 da Carta Magna que confere competência à União, Estados e Municípios para legislarem sobre o meio ambiente e combater a poluição em qualquer das suas formas. Afronta ao princípio da reserva da administração igualmente inocorrente, por se tratar de matéria de interesse local, que não se insere no rol das de competência exclusiva do Alcaide. Inconstitucionalidade verificada, entretanto, por afronta à livre iniciativa econômica, razoabilidade e isonomia, na medida em

Acesso ao Sumário

que a lei objurgada e, por conseguinte, o decreto que a regulamentou, excluem do dever de proteção ao meio ambiente, determinado às concessionárias através do plantio de árvores por carro vendido, aquelas que comercializam carros usados ou seminovos, como se os mesmos não comprometessem o meio ambiente através da emissão de CO^2, falecendo razoabilidade à diferenciação. Inconstitucionalidade reconhecida. Arguição procedente.

VOTO

Trata-se de arguição de inconstitucionalidade suscitada pela C. 9ª Câmara de Direito Público deste Tribunal de Justiça, tirada de agravo de instrumento interposto pelo Município de Indaiatuba, contra a r. decisão que, em sede de declaração incidental de inconstitucionalidade da Lei Municipal nº 5.362/2008 e do Decreto Municipal nº 9.790/2008, houve por bem em conceder a tutela antecipatória, suspendendo a eficácia das normas.

Alega a d. Câmara suscitante que o fundamento da r. decisão agravada foi a suspensão da Lei Municipal nº 5.362/2008 e do Decreto Municipal nº 9.790/2008 que determinam o plantio de uma árvore para cada veículo novo vendido pela concessionária no Município de Indaiatuba, sob pena de multa; fundamentada a decisão na aparente inconstitucionalidade da norma municipal, necessário o exame de seu conteúdo para verificar a possibilidade da manutenção da tutela de urgência; neste passo, acrescenta, citada norma possui conteúdo que afronta os ditames constitucionais, por violação aos princípios da razoabilidade e igualdade, bem como afronta ao rol das competências atribuídas a cada um dos entes da federação. Suscita, por fim, a inconstitucionalidade das normas suso citadas nos termos do art. 193 e 194 do RITJESP.

Instadas a se manifestar, ao teor do artigo 948 do Novo Código de Processo Civil, sobreveio manifestação de Balilla Distribuidora de Veículos Ltda. e Nova Ivesa Indaiatuba Veículos S/A, pelo decreto de inconstitucionalidade da Lei nº 5.362/2008 e do Decreto que a regulamentou (fls. 73/77).

Parecer do d. Procurador Geral de Justiça pelo acolhimento da arguição (fls. 61/68).

É o relatório

A arguição procede.

Com efeito, pretende a C. Câmara suscitante, a declaração de inconstitucionalidade da Lei Municipal nº 5.362/2008 e do Decreto Municipal nº 9.790/2008, que determinam o plantio de uma árvore para cada veículo novo vendido pela concessionária no Município de Indaiatuba, sob pena de multa;

Acesso ao Sumário

fundamentada a decisão na aparente inconstitucionalidade da norma municipal por violação aos princípios da razoabilidade e igualdade, bem como afronta ao rol das competências atribuídas a cada um dos entes da federação. Suscita, por fim, a inconstitucionalidade das normas suso citadas, com amparo nos art. 193 e 194 do RITJESP.

A Lei nº 5.362, de 20 de maio de 2008, do Município de Indaiatuba tem o seguinte teor:

> "**Art. 1º** – Fica instituído que as concessionárias por estarem diretamente ligadas à venda de produtos (automóveis) que são fontes emissoras de dióxido de carbono (CO^2), localizadas no Município, ficam obrigadas a comprovar o plantio de árvores compensando a quantidade de carros vendidos ao mês.
>
> **Art. 2º** – Estabelece que para cada carro novo vencido a concessionária deve plantar uma árvore, contribuindo para a formação de contínuos florestais entre unidades de conservação, compensando assim a emissão dos gases (CO^2) que contribuem para o efeito estufa.
>
> **Art. 3º** – O plantio poderá ser executado pela própria concessionária ou através de cooperativas, organizações não governamentais ou empresas privadas habilitadas na área ambiental, junto à Secretaria do Meio Ambiente e Urbanismo.
>
> **Art. 4º** – O Plantio poderá feito em áreas de preservação permanentes, reservas florestais, parques e jardins, corredores ecológicos, assim como em outro ambiente ecologicamente apropriado ao plantio dentro do Município, designado pelo Poder Executivo e acompanhado por biólogo.
>
> **Art. 5º** – As infrações ao exigido nessa lei serão puníveis com multa, que implicará no valor de 10 (dez) UFESP's – (Unidade Fiscal do Estado de São Paulo), para cada carro que foi vendido sem à compensação do plantio de árvore **(sic)**.
>
> **Art. 6º** – A arrecadação proveniente de multas aplicadas aos infratores da presente lei será destinada integralmente a Secretaria do Meio Ambiente e Urbanismo, para que seja direcionada a campanhas e outros eventos ligados a conscientização do aquecimento global.
>
> **Art. 7º** – O Executivo regulamentará a presente Lei no prazo de 90 (noventa) dias a contar da data de sua publicação.
>
> **Art. 8º – Esta lei entrará em vigor a partir da data de sua publicação.**".

Posteriormente foi editado o Decreto nº 9.790, de 21 de maio de 2008, que "Regulamenta a Lei nº 5.362, de 20 de maio de 2008, que dispõe sobre a obrigatoriedade das concessionárias de automóveis plantarem árvores para a mitigação do efeito estufa, e dá outras providências".

Acesso ao Sumário

Vício de iniciativa não há.

Com efeito, o artigo 22 da Constituição da República, aplicável aos Municípios por força do que dispõe o artigo 144 da Carta Bandeirante, elenca temas de competência privativa da União, sendo que o artigo 23 da mesma Carta, por sua vez, elenca o rol de matérias de competência comum entre União, Estados e Municípios, dispondo, em seu inciso VI *"proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer das suas formas"*; também o artigo 24, inciso VI, lista, entre a competência concorrente dos entes da federação, a proteção ao meio ambiente.

Não se há falar, então, de invasão da esfera de competência de outros entes da federação para legislar sobre a matéria.

Igualmente não se diga que, em sendo de iniciativa parlamentar, há invasão da esfera de competência privativa do Chefe do Executivo. A lei guerreada trata de matéria que não consta do elenco do artigo 24, § 2º, da Constituição do Estado de São Paulo, que assim dispõe:

> "**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;
>
> 2 – criação e extinção das Secretarias de Estado e órgãos da administração pública, observado o disposto no artigo 47, XIX;
>
> ***(**) Redação dada pela Emenda Constitucional nº 21, de 14 de fevereiro de 2006***
>
> 3 – organização da Procuradoria Geral do Estado e da Defensoria Pública do Estado, observadas as normas gerais da União;
>
> 4 – servidores públicos do Estado, seu regime jurídico, provimento de cargos, estabilidade e aposentadoria; (NR)
>
> 5 – militares, seu regime jurídico, provimento de cargos, promoções, estabilidade, remuneração, reforma e transferência para inatividade, bem como fixação ou alteração do efetivo da Polícia Militar;
>
> ***(**) Redação dada pela Emenda Constitucional nº 21, de 14 de fevereiro de 2006***
>
> 6 – criação, alteração ou supressão de cartórios notariais e de registros públicos.".

A Constituição da República, no seu artigo 30, I e II, trata da competência

Acesso ao Sumário

dos Municípios para legislar sobre *"assuntos de interesse local"* e para *"suplementar a legislação federal e estadual no que couber"* (artigo 30, I e II da Constituição Federal).

Voto da lavra do e. Desembargador Evaristo dos Santos no julgamento da ADIN nº 2071833-93.2013.8.26.0000, bem delimitou a questão da competência do Município em legislar sobre interesse local, assim deixando assente o d. Relator:

> "A Constituição Federal conferiu aos Municípios competência para **legislar** sobre assuntos de **interesse local** (art. 30, inciso I) e **suplementar** a **legislação federal e estadual no que couber** (art. 30, II)."
>
> Segundo **ANTONIO SÉRGIO P. MERCIER, interesse local**:
>
> *"... diz respeito ao espaço físico do Município, ou seja, sua área territorial. Interesse tem a ver com tudo aquilo que possa trazer benefício à coletividade; em linguagem comum, é sinônimo de utilidade, proveito. Pode ser também um estado de consciência. No caso do inciso em tela, trata-se do interesse público, particularmente o local, ou seja, no âmbito territorial do Município, e que por isso deve estar sob sua proteção ou vigilância, requerendo, dessa forma, que se imponha normas próprias."* ("Constituição Federal Interpretada Artigo por Artigo, Parágrafo por Parágrafo" – Ed. Manole – 3ª ed. – p. 225)...".

Portanto, não se verifica, neste particular, inconstitucionalidade da lei objurgada por agressão ao princípio da reserva da administração.

Consoante lição de Hely Lopes Meirelles:

> "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]

Sequer se pode aventar a possibilidade de violação ao artigo 47, incisos XVII e XVIII, de tal sorte a não se configurar aqui, inconstitucionalidade por invasão de matéria de competência do Alcaide.

Consoante já se decidiu na Corte Suprema:

> "As hipóteses de limitação da iniciativa parlamentar estão previstas, em *numerus clausus*, no art. 61 da Constituição do Brasil – matérias relativas ao funcionamento da administração pública, notadamente no que se refere a servidores e órgãos do Poder Executivo. Precedentes. (ADI 3.394, Rel. Min. Eros Grau, julgamento em 2-4-2007, Plenário, DJE

Acesso ao Sumário

1 *Direito Municipal Brasileiro*. SP: Malheiros, 15ª edição, 2006, pp. 732/733.

de 15-8-2008)."

"(...) iniciativa reservada, por **constituir matéria de direito estrito, não se presume e nem comporta interpretação ampliativa**, na medida em que, por implicar limitação ao poder de instauração do processo legislativo, deve necessariamente derivar de norma constitucional explícita e inequívoca. (...) (ADI 724-MC, Rel. Min. Celso de. Mello, julgamento em 7-5-1992, Plenário, DJ de 27-4-2001, g.n.)".[2]

A declaração de inconstitucionalidade da norma objurgada e do Decreto que a regulamentou, entretanto, é de rigor.

Este Colendo Órgão Especial, na oportunidade do julgamento da ADIN nº 2187831-75.2014.8.26.0000, **do qual participei**, Relator o saudoso Desembargador Luiz Ambra, por maioria de votos, houve por bem em declarar a inconstitucionalidade de lei idêntica do Município de Mauá, amparado no reconhecimento de violação da liberdade econômica da livre iniciativa, constantes, respectivamente, do artigo 5º, *caput*, e artigo 1º, IV, da Constituição Federal, aplicáveis aos Municípios por força do artigo 144 da Carta Bandeirante.

Na ocasião, sobre o tema, em declaração de voto vencedor, deixou assente o Desembargador Antonio Carlos Villen lição que aqui cabe como uma luva, ***verbis***:

"Entendo, contudo, que a ação deve ser julgada procedente por violação da liberdade econômica da livre iniciativa, constantes, respectivamente, do art. 5º, *caput*, e art. 1º, IV, da Constituição Federal – aplicáveis como parâmetro de controle estadual de constitucionalidade em razão da remissão constante do art. 144 da Constituição do Estado, conforme admite a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (cf. Recl-AgR 10.500, Rel. Min. Celso de Mello, j. 22.06.2011) – assim como do art. 191 da Constituição de São Paulo ('O Estado e os Municípios providenciarão, com a participação da coletividade, a preservação, conservação, defesa, recuperação e melhoria do meio ambiente natural, artificial e do trabalho, atendidas as peculiaridades regionais e locais e em harmonia com o desenvolvimento social e econômico' – grifei).

É bem verdade que este Órgão Especial tem admitido que a lei imponha limites e restrições à atividade econômica. Nesse sentido recente julgamento a respeito de lei municipal da capital sobre proibição de distribuição de sacolas plásticas (ADI 0121480-62.2011.8.26.0000, Rel. Des. Arantes Theodoro, j. 01.10.2014). Nesse sentido também a jurisprudência do Tribunal quanto a lei que estabelece tempo máximo de atendimento em supermercados (ADI 2067821-02.2014.8.26.0000, Rel. Des. Paulo Dimas Mascaretti, j. 17.09.2014), ou que obriga a

2 ***NMS***: ADI 3.205, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgamento em 19-10-2006, Plenário, DJ de 17-11-2006; RE 328.896, Rel. Min. Celso de Mello, decisão monocrática, julgamento em 9-10-2009, DJE de 5-11-2009; ADI 2.392-MC, Rel. Min. Moreira Alves, julgamento em 28-3-2001, Plenário, DJ de 1º-8-2003; ADI 2.474, Rel. Min. Ellen Gracie, julgamento em 19-3-2003, Plenário, DJ de 25-4-2003; ADI 2.638, Rel. Min. Eros Grau, julgamento em 15-2-2006, Plenário, DJ de 9-6-2006.

acomodação de clientes no interior do estabelecimento bancário durante seu atendimento (ADI 0193187-22.2013.8.26.0000, Rel. Des. Tristão Ribeiro, j. 04.06.2014). Contudo, os julgados deste Órgão Especial também estabelecem que tais restrições devem ser proporcionais, sob pena de inconstitucionalidade:

(...)

A lei em discussão não atende a essa exigência, pois estabelece relevante restrição à atividade econômica das concessionárias de veículos sem que se possa afirmar que disso decorrerá efetivo benefício ao interesse público, especificamente ao meio ambiente. Nesse sentido, a lei impugnada viola a exigência da *proporcionalidade*, pois não supera nem mesmo seu primeiro teste, o de *adequação*: a medida restritiva de direitos fundamentais deve ser apta a fomentar o objetivo perseguido pela lei. No caso em exame, não se pode afirmar que a obrigação do plantio de árvores para cada veículo vendido pelas concessionárias seja de alguma forma adequada ao objetivo estabelecido pela lei, de compensação das emissões de gás carbônico (CO^2).

Com efeito, embora o Presidente da Câmara Municipal de Mauá não tenha prestado as necessárias informações (fl. 49), o *site* da Câmara fornece acesso a documentos relevantes dos autos do processo legislativo que culminou com a aprovação da lei impugnada (processo nº 82.188). A justificativa que acompanhou o projeto de lei, apresentado pelo vereador Severino Cassiano de Assis, limita-se a afirmar a competência concorrente do Município para legislar sobre proteção do meio ambiente. Não há qualquer referência à eficácia da medida adotada, nem é citado qualquer estudo ou embasamento teórico.

Pelo contrário, o que consta do processo legislativo aponta no sentido da *ineficácia* da obrigação instituída pela lei. O parecer da Comissão de Cultura da Câmara Legislativa menciona análise técnica realizada pela Secretaria do Meio Ambiente de Mauá, que observou que não existem 'áreas públicas a nível municipal, [*sic*] disponíveis para plantio de árvores, nem para atenderem passivos ambientes já existentes', que 'as áreas existentes já estão destacadas para Habitação de Interesse Social' e que 'as áreas existentes já estão com ocupações irregulares' (fl. 2 do referido parecer).

Embora este Tribunal não deva, naturalmente, fiar-se nessas informações – que talvez não correspondam rigorosamente à realidade, dada a dinâmica político-partidária – a verdade é que não há nenhum elemento a avalizar a adequação da obrigação estabelecida pela lei. Daí a inconstitucionalidade. Não se pode admitir que direitos fundamentais sejam limitados arbitrariamente: o Legislativo deve considerar se às restrições de direitos impostas pela lei corresponde algum benefício ao interesse público. Além disso, a emissão de gás carbônico é um problema ambiental que evidentemente não se circunscreve ao Município e muito

Acesso ao Sumário

menos aos veículos comercializados no território municipal. O fato de que essas circunstâncias sequer tenham sido objeto de preocupação no trâmite legislativo impede que referida exigência da proporcionalidade possa ser considerada cumprida.

Finalmente, observo que outras medidas de proteção ambiental – como a Política Nacional de Resíduos Sólidos (Lei Federal nº 12.305/2010) e a mencionada lei paulistana sobre distribuição de sacolas plásticas (Lei nº 15.374/2011) – atuam no sentido da diminuição dos resíduos gerados pela própria atividade econômica, o que faz supor sua eficácia, ainda que não sejam embasadas em conclusões científicas definitivas. A lei em discussão, contudo, estabelece um dever totalmente dissociado das atividades de concessionárias de veículos, o que torna inviável supor sua eficácia, que ademais, como já consignado, não tem absolutamente nenhum embasamento técnico.

Essas as razões pelas quais julgo procedente a ação.".

Mais não fosse, a Lei nº 5.362/2008, ao estabelecer que para cada carro "novo" vendido há que se plantar uma árvore, fere o princípio da razoabilidade e da isonomia, excluindo da obrigação de proteção ao meio ambiente às concessionárias que promovem vendas de carros seminovos ou usados que igualmente são fontes emissoras de dióxido de carbono (CO^2) em proporções até maiores.

Como bem lançado no lúcido parecer do d. representante do Ministério Público, "Aliás, este tratamento desigual aos concessionários de veículos demanda a existência de relação ente o fator ou elemento discriminante, o discrímen e a finalidade da discriminação, ou seja, 'impende que exista uma adequação racional entre o tratamento diferenciado construído e a razão diferencial que lhe serviu de supedâneo' (Celso Antônio Bandeira de Mello. ***O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade***. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978, p. 49). A diferenciação feita pelo legislativo só será possível quando, objetivamente, constatar-se um fator de discrímen que dê razoabilidade à diferenciação de tratamento contido na lei, pois a igualdade pressupõe um juízo de valor e um critério justo de valoração, proibindo o arbítrio, que ocorrerá 'quando a disciplina legal não se basear num (i) fundamento sério; (ii) não tiver direito legítimo; (iii) estabelecer diferenciação jurídica sem um fundamento razoável' (J.J. Canotilho. ***Direito constitucional e teoria da constituição, Coimbra: Almedina, 3ª ed., 1998, pp. 400-401). Esse raciocínio tem sido acolhido pela doutrina como argumento suficiente para, por desconsideração a um dos três aspectos do 'teste de razoabilidade', afastar-se a legitimidade do ato normativo ou administrativo...***" (fls.61/68).

Como escreve Maria Sylvia Zanella Di Pietro[3]: *"Diogo de Figueiredo Moreira Neto (1989:37-40) dá maior realce a esse último aspecto ao afirmar que, pelo princípio da razoabilidade, 'o que se pretende é considerar se determinada*

Acesso ao Sumário

3 *Direito Administrativo*. 23ª ed. São Paulo: Atlas, 2010, pg.79

decisão, atribuída ao Poder Público, de integrar discricionariamente uma norma, contribuirá efetivamente para um satisfatório atendimento dos ***interesses públicos****'. Ele realça o aspecto teleológico da discricionariedade; tem que haver uma relação de pertinência entre oportunidade e conveniência, de um lado, e de finalidade, de outro. Para esse autor, 'a razoabilidade, agindo como um limite à discrição na avaliação dos motivos exige que sejam eles adequáveis, compatíveis e proporcionais, de modo a que o ato atenda a sua finalidade pública específica; agindo também como um limite à discrição na escolha do objeto, exige que ele se conforme fielmente à finalidade e contribua eficientemente para que ela seja atingida.' (...) Com efeito, embora a norma legal deixe um espaço livre para decisão administrativa, segundo critérios de oportunidade e conveniência, essa liberdade às vezes se reduz no caso concreto, onde os fatos podem apontar para o administrador a melhor solução (Cf. Celso Antonio Bandeira de Mello, in RDP 65/27). Se a decisão é* ***manifestamente inadequada*** *para alcançar a finalidade legal, a administração terá exorbitado dos limites da discricionariedade e o Poder Judiciário poderá corrigir a ilegalidade (Capítulo 7, item 7.8.5). (***sic***)".*

Diante do exposto, ferido o princípio da razoabilidade e, via de regra, o artigo 111 da Carta Bandeirante a declaração da inconstitucionalidade da Lei Municipal nº 5.362/2008 e do Decreto Municipal nº 9.790/2008, que a regulamenta, é de rigor, razão pela qual julgo procedente a arguição, determinando o retorno dos autos à d. Câmara suscitante.

Conflitos de Competência

ACÓRDÃO

Acesso ao Sumário

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência nº 0014749-66.2016.8.26.0000, da Comarca de Guarujá, em que é suscitante 1ª CÂMARA EXTRAORDINÁRIA DE DIREITO PÚBLICO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO, é suscitada 6ª 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 6ª 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 44.297OE)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PAULO DIMAS MASCARETTI (Presidente sem voto), TRISTÃO RIBEIRO, NEVES AMORIM, BORELLI THOMAZ, JOÃO NEGRINI FILHO, SÉRGIO RUI, SALLES ROSSI, RICARDO ANAFE, ALVARO PASSOS, AMORIM CANTUÁRIA, FRANÇA CARVALHO, ARTUR MARQUES, CAMPOS PETRONI, ELCIO TRUJILLO, ADEMIR BENEDITO, PEREIRA CALÇAS, XAVIER DE AQUINO, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, MOACIR PERES, FERREIRA RODRIGUES, PÉRICLES PIZA, JOÃO CARLOS SALETTI, FRANCISCO CASCONI e RENATO SARTORELLI.

São Paulo, 8 de junho de 2016.

CARLOS BUENO, Relator

Ementa: "CONFLITO DE COMPETÊNCIA. Apelação cível. Adjudicação compulsória de bem imóvel. Pedido inicial fundado em normas de direito civil que regem a outorga de escritura de compra e venda. Irrelevância de figurar no polo passivo pessoa jurídica de direito público. Inexistência de teses com fundamento na lei de licitações e de contratos administrativos. Competência da Primeira Subseção de Direito Privado para julgamento da causa presente. Conflito conhecido e provido para determinar o retorno dos autos à C. 6ª Câmara de Direito Privado."

VOTO

A C. 1ª Câmara Extraordinária de Direito Público suscitou conflito de competência nos autos da Apelação Cível nº 0002908-33.2009.8.26.0093, da comarca de Guarujá, sendo suscitada a C. 6ª Câmara de Direito Privado.

Distribuídos os autos, a 6ª Câmara de Direito Privado não conheceu do recurso e determinou sua remessa a uma das Câmaras de Direito Público, fls. 109/112. O processo foi redistribuído à 1ª Câmara Extraordinária de Direito Público que entendeu ser a competência para julgar o caso afeta à Seção de Direito Privado, suscitando o presente conflito, fls. 133/136.

A Procuradoria Geral de Justiça apresenta parecer no qual entende ser a 6ª Câmara de Direito Privado competente para julgar o recurso de apelação, fls. 143/148.

É o relatório.

Conflito negativo de competência suscitado pela 1ª Câmara Extraordinária

Acesso ao Sumário

de Direito Público, tendo como suscitada a 6ª Câmara de Direito Privado. Argumenta a suscitante que o caso sub judice é relativo a matéria que tem por fundamento a outorga de escritura de imóvel decorrente de contrato de compra e venda, cuja natureza é privada, não arrolada dentre aquelas às quais compete a Seção de Direito Público julgar, 133/136. De outro lado, a suscitada argui que se trata de matéria de cunho administrativo, sujeita ao estatuto das licitações e contratos administrativos, portanto, não prevista na competência da Seção de Direito Privado, fls. 109/112.

Na origem, Antônio Rocha Sobrinho ajuizou ação contra a Municipalidade de Guarujá, por meio da qual pleiteia a outorga da escritura definitiva do imóvel descrito na inicial, adquirido da Municipalidade de Guarujá por meio de compromisso particular de compra e venda. Julgada procedente a ação para adjudicar o bem imóvel ao autor, a ré interpôs recurso de apelação, distribuído à 6ª Câmara de Direito Privado, o que gerou o presente conflito de competência.

De início, pertinente anotar que a competência do órgão jurisdicional em segundo grau é determinada pelos elementos que compõe o pedido inicial, nos termos do art. 103 do Regimento Interno do 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 circunstância que possam modificá-lo". E ainda, segundo o art. 104, do mesmo estatuto, "a competência em razão da matéria, do objeto ou do título jurídico é extensiva a qualquer espécie de processo ou tipo de procedimento".

No caso em análise, infere-se dos termos constantes da petição inicial que o autor postula a adjudicação compulsória de bem imóvel adquirido da Municipalidade de Guarujá, por meio de compromisso particular de compra e venda, firmado em 18-8-1987, fls. 02/10.

O art. 5º, inciso I, I.25, da Resolução TJSP 623/2013, estabelece competir à Primeira Subseção de Direito Privado o julgamento das "ações relativas a compra e venda, compromisso de compra e venda, cessão, promessa de cessão de direitos de compromissos, bem como adjudicação compulsória, que tenham por objeto coisa imóvel, ressalvadas aquelas sujeitas ao estatuto das licitações e contratos administrativos".

Acesso ao Sumário

O pedido inicial está fundado em normas de direito civil que regem a ação de adjudicação compulsória, sem relação com o direito administrativo, não havendo teses embasadas na lei de licitações e de contratos administrativos, fato que implica no reconhecimento da competência da Seção de Direito Privado para o julgamento da causa presente. Por outro lado, a qualidade da parte, por si só, não tem o condão de modificar a competência, deslocando-a para a Seção de Direito Público.

Ademais, como bem destacado pelo eminente Procurador de Justiça

ao delimitar a questão no âmbito do direito privado, "não se discute no caso presente qualquer matéria de Direito Administrativo, notadamente de Licitações e Contratos Administrativos, de sorte que a competência para conhecê-lo se nos parece da c. Seção de Direito Privado, com a devida vênia.".

Em casos análogos o Órgão Especial assim decidiu:

"Conflito de competência. Obrigação de fazer decorrente de compromisso de compra e venda. Expedição de escritura definitiva de imóvel financiado pelo IPESP. Matéria afeta ao Direito Privado. Inteligência dos artigos 103 e 104 do RITJ e 5º, I.25 da Resolução nº 623/2013. Conflito acolhido, fixada a competência da suscitada, a C. 2ª Câmara de Direito Privado." (Conflito de Competência nº 0056841-30.2014.8.26.0000, rel. Des. Borelli Thomaz, j. em 29-10-2014).

"CONFLITO DE COMPETÊNCIA – Recurso de apelação interposto em ação revisional de contrato de compra e venda de imóvel com financiamento do preço em prestações mensais firmado entre os acionantes e o Instituto de Previdência do Estado de São Paulo – IPESP – Competência para exame e julgamento do recurso que se firma segundo o pedido inicial, consoante o disposto no artigo 100 do RITJSP – Petição inicial que se pauta exclusivamente nas cláusulas contratuais e normas do Código de Defesa do Consumidor e do Código Civil, discutindo apenas questões de direito privado, sendo irrelevante, portanto, a natureza jurídica do ente autárquico acionado – Atribuição que, nesse passo, insere-se dentre aquelas conferidas às 1ª a 10ª Câmaras de Direito Privado deste Tribunal de Justiça de São Paulo, na forma do que dispõe o artigo 5º, inciso I, item I.25, da Resolução nº 623, de 6/11/2013, deste Tribunal de Justiça – Conflito conhecido e provido para fixar a competência da suscitada 2ª Câmara de Direito Privado para processar e julgar o presente recurso." (Conflito de Competência nº 0044080-64.2014.8.26.0000, rel. Des. Paulo Dimas Mascaretti, j. em 27-8-2014).

Portanto, ação em que se postula adjudicação compulsória de bem imóvel, sem envolver regras de direito administrativo, por possuir natureza eminentemente de direito privado, implica no reconhecimento da competência da Seção de Direito Privado para julgamento da causa presente.

Em sendo assim, **julga-se procedente o conflito, determinando-se a redistribuição do feito para a C. 6ª Câmara de Direito Privado**.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência nº 0020279-51.2016.8.26.0000, da Comarca de Caconde, em que é suscitante 1ª

CÂMARA DE DIREITO PRIVADO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO, é suscitada 7ª 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 7ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. V.U. IMPEDIDO O EXMO. SR. DES. MOACIR PERES.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 27269)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PAULO DIMAS MASCARETTI (Presidente sem voto), AMORIM CANTUÁRIA, FRANÇA CARVALHO, ARTUR MARQUES, CAMPOS PETRONI, ELCIO TRUJILLO, ADEMIR BENEDITO, PEREIRA CALÇAS, XAVIER DE AQUINO, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, FERREIRA RODRIGUES, PÉRICLES PIZA, JOÃO CARLOS SALETTI, FRANCISCO CASCONI, RENATO SARTORELLI, CARLOS BUENO, TRISTÃO RIBEIRO, NEVES AMORIM, BORELLI THOMAZ, JOÃO NEGRINI FILHO, SÉRGIO RUI, SALLES ROSSI e RICARDO ANAFE.

São Paulo, 8 de junho de 2016.

ALVARO PASSOS, Relator

Ementa: CONFLITO DE COMPETÊNCIA – Ação que objetiva a reintegração de posse de espaço sob domínio de concessionária – Área de faixa de segurança de reservatório de usina hidrelétrica – Controvérsia que envolve diretamente interesse individual de reintegração e apenas indiretamente questão ambiental – Conflito que engloba bem público entregue à pessoa jurídica para prestação de serviço público – Competência preferencial da Subseção de Direito Público – Precedentes – Incompetência das Câmaras Reservadas ao Meio Ambiente e das Câmaras de Direito Privado – Conflito procedente.

Acesso ao Sumário

VOTO

Vistos.

Trata-se de conflito de competência suscitado pela 1ª Câmara de Direito Privado, sob o fundamento de que a lide envolve reintegração de bem público de concessionária de serviço público por ocupação particular.

Foi interposto recurso de apelação contra a r. sentença que julgou improcedente a ação por entender que a ocupação não está em área de preservação permanente, pois não está em faixa de segurança da represa. A distribuição foi feita, inicialmente, à 7ª Câmara de Direito Privado, que remeteu o caso a uma das Câmaras Reservadas de Meio Ambiente, que, por sua vez, declinou de sua competência para uma das Câmaras de Direito Privado. Esta última suscitou a presente dúvida.

É o relatório.

O objeto da lide cinge-se à reintegração de posse com retirada de construções e benfeitorias, envolvendo área pública concedida à autora e sob a alegação de que o particular demandado se encontra em faixa de segurança do reservatório da Usina Hidrelétrica.

Não obstante exista certa ligação com a questão ambiental, o certo é que o pedido central da pretensão inicial é a reintegração de posse, com desocupação de área que se encontra sob o domínio da concessionária.

Dessa forma, o pleito não envolve interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos próprios do direito ambiental. De acordo com o art. 1º da Resolução nº 512/2010, do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, "a Câmara Especial do Meio Ambiente, criada pela Resolução nº 240/2005, agora denominada 'Câmara Reservada ao Meio Ambiente' (art. 284, do Regimento Interno), tem competência para os feitos de natureza civil e medidas cautelares que envolvam interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos diretamente ligados ao meio ambiente, independentemente de a pretensão ser meramente declaratória, constitutiva ou de condenação a pagamento de quantia certa ou a cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer".

Outrossim, o caso versa sobre bem que foi entregue à concessionária prestadora de serviço público, de modo que se enquadra na previsão do art. 3º, I.11, da Resolução nº 623/2013, cuja redação foi dada pela Resolução nº 736/2016, tendo em vista a competência recursal das Câmaras de Direito Público para julgar os pleitos sobre ocupação de bem público ou casos regidos pelo direito público.

A causa de pedir e o pedido têm natureza possessória, ficando a questão ambiental em plano secundário, sem fazer parte do objeto direto da ação, e ausente questão de direito privado.

Com efeito, a questão ambiental se apresenta como secundária e reflexa, como consequência da reintegração, não sendo exigido conhecimento especializado das Câmaras Reservadas do Meio Ambiente. Por sua vez, apesar de se alegar que há invasão por particular, tratando-se de bem público entregue à concessionária que, apesar de ter natureza particular, utiliza-o através de contrato administrativo com finalidade específica de prestação de serviço público, não há

Acesso ao Sumário

enquadramento nas hipóteses de competência das Câmaras de Direito Privado.

Sobre o tema:

CONFLITO DE COMPETÊNCIA. Apelação interposta contra sentença que julgou procedente ação de reintegração de posse "em faixa de segurança de reservatório área de preservação permanente [APP]". Bem público concedido a concessionária para geração de energia elétrica. Recurso originalmente distribuído à 11ª Câmara de Direito Público, que declinou da competência por entender que a causa de pedir e o pedido sucessivo envolvem aplicação da legislação ambiental. 2ª Câmara Reservada ao Meio Ambiente que, por sua vez, declinou da competência por entender que a competência é da Seção de Direito Privado, Subseção I. Recurso redistribuído à 3ª Câmara de Direito Privado, foi suscitado o conflito em razão de se tratar de imóvel em área de preservação permanente. Competência para o julgamento do recurso que se firma segundo o pedido inicial, consoante o disposto no artigo 103 do RITJSP. Competência das Câmaras de Direito Público, conforme recente precedente deste Órgão Especial. Conflito conhecido, declarada a competência da 11ª Câmara de Direito Público. (Conflito de Competência nº 0058509-36.2014.8.26.0000 – Lins – Órgão Especial – Rel. Antonio Carlos Villen – DJ 19/11/2014)

CONFLITO DE COMPETÊNCIA. Agravo de instrumento. Reintegração de posse. Bem público concedido a Concessionária de Direito Público para geração de energia elétrica. Esbulho. Desfazimento de benfeitorias. Declinada a competência pela 9ª Câmara de Direito Público, determinando remessa a uma das Câmaras de Meio Ambiente. Redistribuída à 1ª Câmara de referida Seção, entendeu-se ser a competência da matéria de uma das Câmaras da Seção de Direito Privado II (11ª a 24ª, 37ª e 38ª). Redistribuído a 13ª Câmara, esta propôs a remessa ao Órgão Especial suscitando dúvida de competência por entender tratar-se de matéria afeta ao Direito Público. Resolução nº 623/2013 que estabelece a competência preferencial das 1ª a 13ª Câmaras de Direito Público para julgamento de ações sobre ocupação de bem público ou cuja matéria seja de Direito Público e não esteja na competência recursal de outras Seções do Tribunal de Justiça, das Câmaras Reservadas ao Meio Ambiente e das 14ª a 18ª Câmaras de Direito Público. Precedentes. Competência da Eg. 9ª Câmara de Direito Público para apreciar a demanda (Art. 201 do RITJ). Conflito procedente, competente a Câmara Suscitada. (Conflito de Competência nº 0058845-40.2014.8.26.0000 – Lins – Órgão Especial – Rel. Evaristo dos Santos – DJ 01/10/2014)

CONFLITO DE COMPETÊNCIA. Ação de reintegração de posse ajuizada por concessionária de área pública contra particular que ocupa margem do reservatório da usina hidrelétrica – Região ocupada que constitui área de preservação permanente – Pedido inicial que veicula pretensão eminentemente possessória – Matéria ambiental apenas tangenciada –

Acesso ao Sumário

Competência das Câmaras Ambientais que não se justifica na hipótese – Precedentes. Conflito de Competência procedente, observados os limites da competência desta Colenda Turma Especial, para fixar a competência da C. 5ª Câmara de Direito Público. (Conflito de Competência nº 0070865-63.2014.8.26.0000 – Lins – Turma Especial – Público – Rel.: Luciana Bresciani – DJ 06/02/2015)

Pelo exposto, **julga-se procedente o presente conflito**, declarando-se competente a 7ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo para conhecer e julgar a Apelação nº 0003381-18.2011.8.26.0103.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência nº 0014329-61.2016.8.26.0000, da Comarca de Cordeirópolis, em que é suscitante 10ª CÂMARA DIREITO PÚBLICO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO, é suscitada 30ª 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 30ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 27.369)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PAULO DIMAS MASCARETTI (Presidente sem voto), ALVARO PASSOS, AMORIM CANTUÁRIA, SILVEIRA PAULILO, ELCIO TRUJILLO, ADEMIR BENEDITO, PEREIRA CALÇAS, XAVIER DE AQUINO, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, MOACIR PERES, FERREIRA RODRIGUES, PÉRICLES PIZA, MÁRCIO BARTOLI, JOÃO CARLOS SALETTI, FRANCISCO CASCONI, RENATO SARTORELLI, CARLOS BUENO, FERRAZ DE ARRUDA, TRISTÃO RIBEIRO, BORELLI THOMAZ, JOÃO NEGRINI FILHO e SÉRGIO RUI.

São Paulo, 22 de junho de 2016.

RICARDO ANAFE, Relator

Ementa: Conflito de Competência.

Obrigação de fazer c.c. indenização por perdas e danos – Ação que objetiva compelir a requerida a promover a imediata reparação dos defeitos apresentados por piso de borracha por ela instalado, sob pena de imposição

Acesso ao Sumário

de multa diária, ou sua condenação por perdas e danos – Recurso de apelação distribuído a Desembargador com assento na 30ª Câmara de Direito Privado, que, entendendo pela incompetência do órgão julgador, não conheceu do recurso – Autos redistribuídos a 10ª Câmara de Direito Público, que não conheceu do recurso e suscitou conflito de competência – Pedido e causa de pedir que não envolve qualquer das matérias inseridas na competência da Colenda Seção de Direito Público, haja vista que não se discute aqui o contrato administrativo celebrado entre a requerente e a municipalidade e tampouco a subcontratação por ela efetivada – Matéria que se insere na competência das Colendas Câmaras de Direito Privado (art. 2º, III, "c", da Resolução nº 194/04 e art. 5º, § 1º, da Resolução nº 623/13) – Conflito de competência procedente.

Julga-se procedente o conflito de competência para declarar competente a Colenda 30ª Câmara de Direito Privado (suscitada) para o julgamento do recurso.

VOTO

Vistos.

1. Trata-se de conflito de competência em apelação interposta por F.F. Rocha Revestimentos Ltda. ME contra respeitável decisão que, em ação de obrigação de fazer c.c. reparação de danos ajuizada por Plano Abrigos e Construções Ltda. objetivando compeli-la a promover a imediata reparação dos defeitos apresentados por piso de borracha por ela instalado, sob pena de imposição de multa diária, ou sua condenação por perdas e danos, julgou procedente o pedido (fl. 229/230).

Distribuídos os autos, a Colenda 30ª Câmara de Direito Privado, entendendo se cuidar de matéria cujo conhecimento e julgamento se insere na competência das Câmaras de Direito Público, não conheceu do recurso (fl. 275/281).

Redistribuídos os autos, a Colenda 10ª Câmara de Direito Público igualmente não conheceu do recurso e suscitou dúvida de competência (fl. 288/289v.).

O parecer da douta Procuradoria Geral de Justiça é no sentido da procedência do conflito de competência, reconhecendo-se a Colenda 30ª Câmara de Direito Privado como competente para conhecer, processar e julgar o recurso interposto (fl. 295/299).

Acesso ao Sumário

É o relatório.

2. Plano Abrigos e Construções Ltda. ajuizou ação de obrigação de fazer c.c. reparação por perdas e danos em face de F.F. Rocha Revestimentos Ltda. ME sustentando, em síntese, que tendo se sagrado vencedora em processo licitatório, modalidade Tomada de Preço, celebrou com a Municipalidade de Araraquara contrato de empreitada para execução de obras no Terminal Central de Integração do CTA, consistentes na construção de passeio público com mureta, construção de rampas para pessoas portadoras de deficiências ou com mobilidade reduzida, reforma do terminal de integração e instalação de abrigos de ônibus, tendo subcontratado a requerida, mediante celebração de contrato de empreitada, para a execução de piso de borracha, tipo pastilha, cor preta, nas plataformas de embarque e desembarque, e de piso de Paviflex, tipo Fademac, na parte central do terminal. Aduz que, concluída a obra e efetivado o pagamento em julho de 2008, foi informada pela municipalidade de que o piso de borracha estava se soltando, azo pelo qual notificou extrajudicialmente a requerida em novembro e dezembro daquele mesmo ano a promover os reparos necessários, o que não se concretizou. Postula a antecipação da tutela e a procedência do pedido a fim de determinar à requerida a reparação imediata dos defeitos em relação ao piso de borracha aplicado nas plataformas do terminal de embarque e desembarque, com imposição de multa diária, ou a condenação da requerida à reparação por perdas e danos.

Julgado procedente o pedido (fl. 229/230), insurge-se a requerida, interpondo a Apelação Cível nº 0000566-84.2009.8.26.0146 (fl. 233/252).

Os autos foram distribuídos, em 18 de janeiro de 2013, ao Relator Desembargador Marcos Ramos, com assento na Colenda 30ª Câmara de Direito Privado, que, entendendo se cuidar de matéria cujo conhecimento e julgamento se insere na competência das Câmaras de Direito Público, não conheceu do recurso (fl. 275/281).

Redistribuídos os autos, em 24 de abril de 2013, ao Relator Desembargador Antônio Carlos Aguilar Cortez, com assento na Colenda 10ª Câmara de Direito Público, que igualmente não conheceu do recurso e suscitou conflito de competência (fl. 288/289v.).

É pacífico o entendimento jurisprudencial deste Egrégio Tribunal de Justiça no sentido de que compete às Colendas 11ª a 36ª Câmaras de Direito Privado a apreciação das ações relacionadas à prestação de serviços regidas pelo Direito Privado.

Com efeito, a Resolução nº 194/04, ao promover a integração dos membros dos extintos Tribunais de Alçada ao quadro do Tribunal de Justiça do Estado, fixando-lhes a competência, dispôs em seu artigo 2º, inciso III, alínea "c":

Acesso ao Sumário

"Artigo 2º – A composição e competência das Seções do Tribunal de Justiça, a partir da extinção dos Tribunais de Alçada, passam a ser, provisoriamente, as seguintes:

[...]

III – Seção de Direito Privado – 36 (trinta e seis) Câmaras numeradas ordinalmente, incluídas as existentes, assim distribuídas:

a) 1ª a 10ª Câmaras, com competência preferencial da atual Seção de Direito Privado do Tribunal de Justiça, acrescida das ações e execuções relativas a seguro-saúde, contrato nominado ou inominado de plano de saúde, individual, coletivo ou empresarial, inclusive prestação de serviços a eles relativos;

b) 11ª a 24ª Câmaras, com competência preferencial do extinto Primeiro Tribunal de Alçada Civil, não abrangida no inciso anterior e na alínea seguinte, acrescida das ações fundadas em contrato de cartão de crédito e prestação de serviços bancários, além da que cuida a alínea 'd';

c) 25ª a 36ª Câmaras, com competência preferencial do extinto Segundo Tribunal de Alçada Civil, não abrangida no inciso anterior, acrescida das ações que versem sobre a posse, domínio ou negócio jurídico que tenha por objeto coisas móveis, corpóreas e semoventes, de reparação de dano causado em acidente de veículo, bem como as que digam respeito ao respectivo seguro, obrigatório ou facultativo, além da que cuida a alínea 'd';

d) serão da competência preferencial das 11ª a 36ª Câmaras as ações relativas à 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."

No mesmo sentido estabelece o parágrafo 1º do artigo 5º da Resolução nº 623/13, que dispôs sobre a composição do Tribunal de Justiça e fixar a competência de suas Seções. Confira-se:

"Art. 5º. A Seção de Direito Privado, formada por 19 (dezenove) Grupos, numerados ordinalmente, cada um deles integrado por 2 (duas) Câmaras, em ordem sucessiva, é constituída por 38 (trinta e oito) Câmaras, também numeradas ordinalmente, e subdividida em 3 (três) Subseções, assim distribuídas:

[...]

§ 1º. Serão da competência preferencial e comum às Subseções Segunda e Terceira, compostas pelas 11ª a 38ª Câmaras, as ações relativas a locação ou prestação de serviços, regidas pelo Direito

Privado, inclusive as que envolvam obrigações irradiadas de contratos de prestação de serviços escolares e de fornecimento de água, gás, energia elétrica e telefonia.

[...].”

Na espécie, ressalte-se que a questão de fundo não está diretamente ligada a nenhuma das matérias inseridas na competência da Colenda Seção de Direito Público, haja vista inexistir qualquer discussão atinente ao contrato administrativo celebrado entre a requerente e a Municipalidade de Araraquara, e tampouco quanto à subcontratação efetivada pela requerente, vedada naquele contrato.

A ação tem como causa de pedir a má execução de obras objeto do contrato de prestação de serviços celebrado entre a requerente e a requerida, visando compelir a requerida a promover a imediata reparação dos defeitos apresentados pelo piso de borracha por ela instalado, sob pena de imposição de multa diária, ou sua condenação em perdas e danos.

Nesse passo, e tendo em vista que a ação não versa sobre qualquer questão atinente ao contrato administrativo celebrado entre a requerente e a Municipalidade de Araraquara, mas relativa ao contrato celebrado entre requerente e requerida, pessoas jurídicas de direito privado, resta afastada de plano a competência da Colenda 10ª Câmara de Direito Público e necessariamente fixada a competência da Colenda 30ª Câmara de Direito Privado para a apreciação do recurso.

Por epítome, conhece-se do conflito e julga-se procedente o conflito de competência para declarar competente a Colenda 30ª Câmara de Direito Privado (suscitada) para o julgamento do recurso.

3. À vista do exposto, pelo meu voto, conheço do conflito e julgo-o procedente para declarar competente a Colenda 30ª Câmara de Direito Privado.

ACÓRDÃO

Acesso ao Sumário

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência nº 0029624-41.2016.8.26.0000, da Comarca de Marília, em que é suscitante 8ª 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. IMPEDIDO O EXMO. SR.

DES. FERREIRA RODRIGUES.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 27.044)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PAULO DIMAS MASCARETTI (Presidente sem voto), FRANCISCO CASCONI, RENATO SARTORELLI, CARLOS BUENO, TRISTÃO RIBEIRO, NEVES AMORIM, BORELLI THOMAZ, JOÃO NEGRINI FILHO, SÉRGIO RUI, SALLES ROSSI, RICARDO ANAFE, ALVARO PASSOS, AMORIM CANTUÁRIA, SILVEIRA PAULILO, ARTUR MARQUES, ELCIO TRUJILLO, ADEMIR BENEDITO, XAVIER DE AQUINO, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, MOACIR PERES, PÉRICLES PIZA e MÁRCIO BARTOLI.

São Paulo, 29 de junho de 2016.

JOÃO CARLOS SALETTI, Relator

Ementa: CONFLITO DE COMPETÊNCIA – Ação de indenização por danos morais e materiais promovida contra o Município de Marília – Demanda fundada na alegação de que a autora foi diagnosticada e tratada erroneamente pelos médicos do Posto de Saúde como portadora do "Mal de Parkinson", tendo efeitos adversos, o que foi atestado por neurologista particular após 8 anos – Responsabilidade civil decorrente de erro médico – Responsabilidade civil do Estado, neste caso, do Município de Marília – Figurando 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 deficiente e venham a causar 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), malgrado fundada a demanda também no artigo 951 do Código Civil – Ademais, em 30.03.2016, pacificando a questão, foi editada a Resolução nº 736/2016, que "altera a Resolução nº 623/2013 referente à competência para processar e julgar as ações de responsabilidade civil do art. 951 do Código Civil ...", atribuindo à Seção de Direito Público competência para conhecer e julgar ações que tais – Conflito julgado procedente

Acesso ao Sumário

e competente a Câmara suscitada (4ª Câmara de Direito Público).

VOTO

A r. sentença de fls. 201/203 julgou improcedente "ação de indenização por danos morais e materiais".

Apelou a autora (apelação fls. 209/216 e contrarrazões fls. 223/230) e o recurso foi distribuído à 4ª Câmara de Direito Público (Relatora a Desembargadora ANA LIARTE, fls. 233), a qual não conheceu do recurso e determinou a redistribuição a uma das Câmaras da Seção de Direito Privado (fls. 238/242), porque:

> "Trata-se de Ação de Indenização por Danos Materiais e Morais ... afirmando que, em 2005, foi erroneamente diagnosticada com 'Mal de Parkinson', quando passou a fazer uso do remédio Parken 25/250mg, prescrito por médico da rede de saúde pública, até os idos de 2013, quando teria sido constatado o equívoco no diagnóstico.
>
> "O artigo 5º da Resolução nº 623/2013 do Órgão Especial determina, em seu inciso I, que é competência da Primeira Subseção (1ª a 10ª Câmaras) o julgamento das *'ações e execuções relativas a responsabilidade civil do artigo 951 do Código Civil'* (I.24).
>
> "O órgão especial ... em recente julgado decidiu:
>
> ""Conflito de competência suscitado em ação indenizatória por erro médico. Rejeitada a competência pela 8ª Câmara de Direito Privado, suscitou o conflito negativo a 4ª Câmara de Direito Público, para onde redistribuído o feito.
>
> "1. A matéria discutida na ação originária envolve indenização por alegado erro médico, prevista no artigo 951, do Código Civil.
>
> "2. O artigo 5º, da Resolução nº 623/201, do Órgão Especial, que em seu inciso I define a competência atribuída às Câmaras 1ª a 10ª, da Seção de Direito Privado, arrola no item I.24 as 'Ações e execuções relativas a responsabilidade civil do artigo 951 do Código Civil', o que faz concluir pela irrelevância da qualidade do ente a ocupar o polo passivo da demanda (se público ou privado), quando se trate de indenização por erro médico a matéria em exame.
>
> "3. Acolheram o conflito, declarando competente a 8ª Câmara de Direito Privado para apreciar e julgar o recurso de apelação." (TJSP, Conflito de Competência nº 0048785-08.2014.8.26.0000, rel. Des. Vanderci Álvares, j. em 17.09.2014).
>
> O recurso foi, então, redistribuído à 8ª Câmara de Direito Privado (Relator

Acesso ao Sumário

o Desembargador ALEXANDRE COELHO), que também dele não conheceu e suscitou conflito negativo de competência (fls. 252/257), porque:

"Conforme se extrai dos autos, cuida-se de ação indenizatória por danos materiais e morais movida por ZÉLIA MARIA FERNANDES contra o MUNICÍPIO DE MARÍLIA, em razão de suposto erro médico cometido por médico integrante da rede municipal de saúde, com relação ao diagnóstico de Mal de Parkinson ocorrido no ano de 2005.

"Inequívoco, portanto, tratar-se de responsabilidade civil do Estado, regida pelas normas de Direito Público, consoante regra inserta no art. 37, § 6º, da Constituição Federal, de sorte que, nesta hipótese, o julgamento do recurso é de competência das C. Câmaras da Seção de Direito Público, de acordo com a Resolução nº 623/2013 deste Tribunal ...

"(...)

"Não se desconhece que, num passado recente, o C. Órgão Especial entendia que, por se cuidar, em princípio, de responsabilidade civil decorrente de erro médico, fundada no art. 951 do Código Civil, nos termos do art. 5º, I.24, da Resolução nº 623/2013, seria de competência da Primeira Subseção de Direito Privado o julgamento do recurso, sendo irrelevante a qualidade do ente a ocupar o polo passivo da demanda (se público ou privado).

"Nada obstante tal entendimento, em recentíssimos julgados, este mesmo Órgão reviu este posicionamento, conforme se extrai do voto do Desembargador João Carlos Saletti, no Conflito de Competência nº 0001298-13.2008.8.26.0477, julgado em 16/12/2015 (...).

"(...)

"Além disso, como bem ressaltado pelo Desembargador Luiz Antonio de Godoy, na ocasião do julgamento do Conflito de Competência nº 0068225-53.2015.8.26.0000, julgado, igualmente, em 15/12/2015:

(...)

"Importante consignar, outrossim, que nos referidos julgados acima transcritos, acompanharam o relator, inclusive, os Desembargadores Ademir Benedito e Xavier de Aquino que em ocasiões anteriores, como relatores nos Conflitos de Competência nº 0032661-13.2015.8.26.0000 e 0046265-75.2014.8.26.0000, decidiram pela competência desta Primeira Subseção de Direito Privado, a corroborar, uma vez mais, a revisão do posicionamento.

"Por fim, o Provimento nº 63/2004, em seu inciso VII do Anexo I, já atribuía à Seção de Direito Público:

"*VII. Ações de responsabilidade civil do Estado, inclusive as decorrentes*

de apossamento administrativo, ocupação temporária, imposição de servidão ou limitação, desistência de ato expropriatório, bem como ilícitos extracontratuais de concessionários e permissionários de serviço público"."

É o relatório.

1. De início, registro que deixei de enviar os autos à douta Procuradoria Geral de Justiça para parecer porquanto vários de seus integrantes têm manifestado desnecessidade de sua intervenção, por se tratar o conflito de competência de questão *interna corporis*.

Refere-se aqui e acolá a RECOMENDAÇÃO nº 16, de 28 de abril de 2010 (alterada pelas Recomendações nºs 19/2011 e 22/2013), do Conselho Nacional do Ministério Público, que "dispõe sobre a atuação dos membros do Ministério Público como órgão interveniente no processo civil".

E, como ressaltado pelo eminente e saudoso Procurador de Justiça WASHINGTON EPAMINONDAS MEDEIROS BARRA, no Conflito de Competência nº 0013714-42.2014.8.26.0000, do qual fui Relator,

> "... em litígios nos quais se discutem direitos de notória disponibilidade, como ocorre na espécie, restam afastados o interesse e a legitimidade do Ministério Público, como, aliás, vem orientando as Egrégias Procuradoria-Geral de Justiça e a Corregedoria-Geral do Ministério Público (Ato nº 313, de 24.06.2003 – PGJ/CGMP – DOE 25.06.2003)."

No sentido da desnecessidade da intervenção ministerial, reiteradamente, tem se manifestado a douta Procuradoria Geral de Justiça: CC 0000728-56.2014.8.26.0000, Procurador de Justiça Ronaldo Porto Macedo Jr.; CC 0003257-48.2014.8.26.0000, Procurador de Justiça Ricardo Dias Leme; CC 0009563-33.2014.8.26.0000, Procurador de Justiça Ari Sérgio Del-Fiol Módolo; CC 0181915-31.2013.8.26.0000, Procuradora de Justiça Maria Alice Ferreira da Rosa; CC 0200251-83.2013.8.26.0000, Procurador de Justiça Paulo Sérgio Cornacchioni; CC 0185620-37.2013.8.26.0000, Promotor de Justiça designado Francisco José de Camargo Barros Júnior.

Daí ter deixado de enviar os autos à Procuradoria Geral de Justiça.

2. Assentada a premissa de que a competência se firma pela causa de pedir e consequente pedido, postos na petição inicial (artigo 103 do Regimento Interno), competente é a Câmara de Direito Público.

Assim porque esta demanda veicula responsabilidade civil decorrente de erro médico, a encaixar-se, em princípio, na competência da Seção de Direito Privado. Mas implica a responsabilidade civil do Estado, neste caso em particular, da Prefeitura Municipal de Marília.

Segundo a petição inicial (fls. 2/17), a autora desde o ano de 2000 é

Acesso ao Sumário

portadora de insuficiência cardíaca e de depressão. Em 2005, apresentando sintomas de síndrome do pânico, pelos "médicos do Posto" foi diagnosticada e tratada como portadora de Mal de Parkinson, o que lhe causou efeitos adversos. Em 2013, devido ao estado grave em que se encontrava, a família a encaminhou para consulta com neurologista particular, que atestou ter sido erroneamente diagnosticada há 8 anos com doença de Parkinson e que, devido ao remédio prescrito, evoluiu com efeitos adversos.

A ação veio proposta em face da "**Fazenda Pública do Município de Marília**", vindo a contestação apresentada, em nome próprio, pelo **Município de Marília** (fls. 183/193). Está evidenciado o interesse jurídico da Prefeitura Municipal, portanto.

É certo ser irrelevante a qualidade do ente ocupante do polo passivo. Porém, nele figurando, os entes estatais atraem fundamentos jurídicos de Direito Público ao julgamento, discutindo-se a responsabilidade civil do Estado que, por seus agentes, eventualmente causem dano a terceiro.

Dispõe o **art. 3º, "I.7", da Resolução nº 623/2013, com a redação dada pela Resolução nº 648/2014, competir à Seção de Direito Público**:

> "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" (destaquei).

Sobre a matéria já dispunha o inciso VII do Anexo I do Provimento nº 63/2004, que atribuía à Seção de Direito Público conhecer e julgar:

> "VII – Ações de responsabilidade civil do Estado, inclusive as decorrentes de apossamento administrativo, ocupação temporária, imposição de servidão ou limitação, desistência de ato expropriatório, bem como ilícitos extracontratuais de concessionários e permissionários de serviço público;"

É verdade que o artigo 5º, I.24, da Resolução nº 623/2013, atribui à Primeira Subseção de Direito privado as

> "**ações e execuções relativas a responsabilidade civil do artigo 951 do Código Civil**".

Essa disposição aparentemente atribui apenas à Seção de Direito Privado o conhecimento e a decisão de todas as demandas fundadas nesse dispositivo legal.

Mas não é assim. A norma não pode ser interpretada isoladamente, senão como integrante do sistema de distribuição das competências e, portanto, sem desconsiderar o disposto no artigo art. 3º, "I.7", da Resolução nº 623/2013, com a redação dada pela Resolução nº 648/2014, que dispõe acerca da competência da Seção de Direito Público.

De outra parte, a mesma disposição – acima transcrita – é expressa em serem da competência da Seção de Direito Público as ações de responsabilidade civil do Estado "**que digam respeito à prestação de serviço público**". E a saúde é indiscutivelmente um dos serviços públicos prestados pelo Estado. Se o ente público é acionado nessa qualidade de prestador de serviço público de saúde – fundada ou não a demanda no artigo 951 do Código Civil – é evidente, com todo o respeito, que apenas à Seção de Direito Público é atribuível a competência para conhecer e julgar a demanda.

Essa disposição é específica, não distingue e não separa, dentre as ações de responsabilidade civil do Estado, aquelas fundadas no artigo 951 do Código Civil. Critério objetivo de interpretação das normas impõe entender que a regra geral de definição de competência de determinada Seção do Tribunal de Justiça se sobrepõe à específica, relativa a outra Seção.

É o que sucede na hipótese em discussão, o que torna irrelevante a assertiva de que a qualidade da parte em certa demanda é insuficiente para deslocar a competência, mesmo porque, nas ações relativas aos acidentes de trânsito, por exemplo, e registro adiante, o Tribunal optou por solução diferente.

3. É importante trazer à colação v. acórdão deste C. Órgão Especial, relatado pelo Desembargador LUIZ ANTONIO DE GODOY (Conflito de Competência nº 0068225-53.2015.8.26.0000 (j. 16.12.2015), também mencionado e parcialmente transcrito pela E. Câmara suscitante. Assim discorre esse v. aresto, na parte aqui interessante:

> "É inegável que, assim como a Seção de Direito Privado, a Seção de Direito Público tem a denominada 'competência residual', o que pode ser observado com absoluta clareza no art. 3º, I.11, da Resolução nº 623/2013, que inclui em sua esfera de competência '*Ações cuja matéria seja de Direito Público* ***e não esteja na competência recursal*** *de outras Seções do Tribunal de Justiça, das Câmaras Reservadas ao Meio Ambiente e das 14ª a 18ª Câmaras de Direito Público*'. Assim, ainda que não houvesse previsão expressa específica de tal hipótese na divisão de competências no âmbito desta Corte, o julgamento de ações desta sorte cabe à Seção de Direito Público, por inequívoca afinidade da matéria (responsabilidade civil extracontratual do Estado por falha na prestação de serviço público de saúde).
>
> "Ademais, não se pode deixar de observar que, em caso de condenação judicial do Estado e suas autarquias, a requisição para o pagamento de valor eventual devido pela Fazenda Pública dar-se-á por meio da expedição do respectivo precatório, sendo certo que o trâmite entre tal requisição e a quitação do título diz respeito a regras que em nada se relacionam às matérias de competência da Seção de Direito

Acesso ao Sumário

Privado. Da mesma forma, também são específicas de direito público as regras atinentes à prescrição em face da Fazenda Pública, bem como a possibilidade de recurso de ofício em hipótese de procedência da ação.

"Frise-se, ainda, que a Resolução nº 623/2013 foi editada para fixar a competência das Seções do Tribunal de Justiça e não para modificá-la, certo que a matéria em questão, além de ser analisada há décadas pelas Colendas Câmaras da Seção de Direito Público, é, histórica e pacificamente, da competência das Varas da Fazenda Pública. Não se justifica, *data venia*, a alteração da competência por força da interpretação literal do art. 5º, I.24, da mencionada Resolução, envolvendo a questão características particulares, que não podem ser abstraídas. Outrossim, a alteração de competência, nos moldes aqui estabelecidos, não deveria ocorrer sem que, inclusive, se fizesse estudo do impacto quanto à própria distribuição célere e efetiva de Justiça, o que certamente ocorrerá de forma negativa se concretizada a transferência".

4. Por fim, registro que, quando o Tribunal optou por solução diferente, diversa e específica disposição normativa emitiu. Constitui exemplo o **art. 5º, III.15 da Resolução nº 623/2013** dispõe competir à Subseção de Direito Privado III:

"Ações de reparação de dano causado em acidente de veículo, ainda que envolvam a responsabilidade civil do Estado, concessionárias e permissionárias de serviços de transporte, bem como as que digam respeito ao respectivo seguro, obrigatório ou facultativo, além da que cuida o parágrafo primeiro".

A distinção promovida pelo Órgão Especial teve em mira reunir num só setor de seus órgãos fracionários as ações de *"reparação por dano causado em acidente de veículo"*. O mesmo já não acontece com as ações de responsabilidade civil do Estado, relacionadas à prestação de serviço público.

5. É interessante e importante salientar que a Seção de Direito Público vem de há muito se ocupando de julgar as demandas de que se trata, constituindo exemplo os v. arestos a seguir referidos:

Apelação nº 0026198-38.2010.8.26.0224, Relator o Desembargador DJALMA LOFRANO FILHO, j. 16.12.2015; AI nº 2235681-91.2015.8.26.0000, Relator Desembargador REBOUÇAS DE CARVALHO, j. 16.12.2015; Apelação nº 0012683-23.2012.8.26.0625, Relator o Desembargador OSCILD DE LIMA JÚNIOR, j. 17.11.2015; Apelação nº 0008149-94.2008.8.26.0457, Relator Desembargador BORELLI THOMAZ, j. 18.11.2015; Apelação nº 1000047-32.2014.8.26.0077, Relator Desembargador NOGUEIRA DIEFENTHALER, j. 23.11.2015.

6. Não bastasse isso, em 30 de março último (2016), pacificando a questão,

Acesso ao Sumário

foi editada a Resolução nº 736/2016, que "altera a Resolução nº 623/2013 referente à competência para processar e julgar as ações de responsabilidade civil do art. 951 do Código Civil ...". O ato é posterior à distribuição inicialmente havida no feito, mas dá sustentação ao pensamento e à conclusão proposta neste voto.

7. Ante o exposto, acolho o conflito e declaro competente a 4ª Câmara de Direito Público, suscitada.

É meu voto.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência nº 0019701-88.2016.8.26.0000, da Comarca de Nova Odessa, em que é suscitante 7ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO, é suscitada 4ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "JULGARAM O CONFLITO PROCEDENTE E COMPETENTE A 4ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 23.992)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PAULO DIMAS MASCARETTI (Presidente sem voto), BORELLI THOMAZ, JOÃO NEGRINI FILHO, SÉRGIO RUI, SALLES ROSSI, RICARDO ANAFE, ALVARO PASSOS, AMORIM CANTUÁRIA, SILVEIRA PAULILO, ARTUR MARQUES, ELCIO TRUJILLO, ADEMIR BENEDITO, XAVIER DE AQUINO, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, MOACIR PERES, FERREIRA RODRIGUES, PÉRICLES PIZA, MÁRCIO BARTOLI, JOÃO CARLOS SALETTI, FRANCISCO CASCONI, RENATO SARTORELLI, CARLOS BUENO e TRISTÃO RIBEIRO.

São Paulo, 29 de junho de 2016.

NEVES AMORIM, Relator

Ementa: CONFLITO DE COMPETÊNCIA – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL – ERRO MÉDICO PRATICADO POR EQUIPE DO HOSPITAL MUNICIPAL DE NOVA ODESSA – DEMANDA FUNDADA NA RESPONSABILIDADE

Acesso ao Sumário

CIVIL DO ESTADO – MATÉRIA ATRIBUÍDA À SUBSEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO – ART 3º, I.7. DA RESOLUÇÃO Nº 623/2013, COM REDAÇÃO DADA PELA RESOLUÇÃO Nº 736/2016 DESTE E. TRIBUNAL – PRECEDENTES DO ÓRGÃO ESPECIAL – CONFLITO CONHECIDO E PROVIDO PARA DETERMINAR O RETORNO DOS AUTOS À 4ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO.

VOTO

Trata-se de conflito de competência suscitado pela 7ª Câmara de Direito Privado nos autos da Apelação com revisão nº 0004081-96.2008.8.26.0394, sendo suscitada a 4ª Câmara de Direito Público.

O recurso foi inicialmente distribuído à D. Câmara Suscitada, que, em decisão relatada pelo i. Desembargador Osvaldo Magalhães, declinou da competência por entender que a matéria encontra-se inserida na competência da Seção de Direito Privado, tendo em vista tratar de ação visando indenização por erro médico. Determinou a remessa dos autos a uma das Câmaras de Direito Privado (fls. 177/180).

Redistribuído o feito à C. Câmara Suscitante, foi proferida decisão pelo i. Desembargador Rômolo Russo (fls. 191/198) suscitando o conflito de competência.

A D. Procuradoria Geral de Justiça ofertou o parecer de fls. 206/210, reconhecendo a Colenda 4ª Câmara de Direito Público competente para conhecer, processar e julgar o recurso.

É o relatório.

Trata-se de ação de indenização por danos morais ajuizada por Rafael Dias Mendes em face do Hospital Municipal de Nova Odessa em razão do falecimento do seu genitor Manoel Mendes do Nascimento.

Narra a inicial que o falecido foi atendido diversas vezes no pronto socorro do hospital réu, com queixas de dor lombar e, embora medicado, não foram realizados exames para detecção do câncer que lhe acometia e que posteriormente o levou a óbito.

Como sabido, a competência do órgão jurisdicional, originária ou recursal, é determinada à luz dos elementos da inicial, isto é, dos termos em que a demanda está posta na petição inicial, a teor do que estatui o artigo 103 do Regimento Interno deste Egrégio Tribunal: *"A competência dos diversos órgãos do Tribunal firma-se pelos termos do pedido inicial, ainda que haja reconvenção ou ação contrária ou o réu tenha arguido fatos ou circunstâncias*

Acesso ao Sumário

que possam modificá-la".

E complementa o artigo 104 do mesmo Regimento Interno que: *"A competência em razão da matéria, do objeto ou do título jurídico é extensiva a qualquer espécie de processo ou tipo de procedimento".*

No caso em debate, conforme se dessume do contexto fático descrito na vestibular, a ação funda-se na ocorrência de erro médico cometido por funcionários do **Hospital Municipal de Nova Odessa**.

Dessa forma, verifica-se tratar de matéria expressamente atribuída à Subseção de Direito Público, conforme artigo 3º, inciso I.7, da Resolução TJSP nº 623/2013, com redação dada pela Resolução nº 736/2016, que assim dispõe:

Art. 3º. *A Seção de Direito Público, formada por 8 (oito) Grupos, numerados ordinalmente, cada um deles integrado por 2 (duas) Câmaras, salvo o 1º Grupo, que é integrado pelas três primeiras Câmaras, e o 7º Grupo, que é integrado pelas Câmaras 14ª, 15ª e 18ª, é constituída por 18 (dezoito) Câmaras, também numeradas ordinalmente, assim distribuídas:*

I – 1ª a 13ª Câmaras, com competência preferencial para o julgamento das seguintes matérias:

(...)

I.7 – Ações de responsabilidade civil do Estado, compreendidas as decorrentes de ilícitos: ***(Redação dada pela Resolução nº 736/2016)***

a. previstos no art. 951 do Código Civil, quando imputados ao Estado, aos Municípios e às respectivas autarquias e fundações;

b. 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;

Nesse sentido, este Colendo Órgão Especial já decidiu:

"Conflito de competência. Erro médico. Demanda fundada na responsabilidade civil do Estado. Aplicação da Resolução nº 736/2016 que altera a Resolução nº 623/2013 na parte referente à competência para processar e julgar as ações de responsabilidade civil do art. 951 do Código Civil. Por determinação expressa, a Sessão de Direito Público – especificamente 1ª a 13ª Câmaras – é competente para julgar as ações previstas no art. 951 do Código Civil, quando imputadas ao Estado, aos Municípios e às respectivas autarquias e fundações. Suscitação procedente. Competência da 4ª Câmara de Direito Público" (Conflito de Competência nº 0013763-15.2016.8.26.0000, rel. Des. Péricles Piza, J. 04/05/2016).

"Conflito de competência. Reparação civil. Ação que versa sobre reparação por danos morais decorrentes de erro médico praticado

Acesso ao Sumário

por equipe integrante do quadro hospitalar do Centro de Atenção Integral à Saúde da Mulher – CAISM da Universidade Estadual de Campinas. Competência que se inscreve no âmbito de atribuição das 1ª à 13ª Câmaras de Direito Público com apoio no item I.7 do artigo 3º da Resolução nº 623/2013. Conflito procedente. Competência da 4ª Câmara de Direito Público da Corte" (Conflito de Competência nº 0077857-06.2015.8.26.0000, rel. Des. Sérgio Rui, j. 02/03/2016).

Assim, pelo meu voto, julgo procedente o conflito e determino o retorno dos autos à 4ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência nº 0030212-48.2016.8.26.0000, da Comarca de Urânia, em que é suscitante 3ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO, é suscitada 2ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "JULGARAM O CONFLITO PROCEDENTE E COMPETENTE A 2ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. V.U. IMPEDIDOS OS EXMOS. SRS. DES. ANTONIO CARLOS MALHEIROS E AMORIM CANTUÁRIA.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 27.015 (O.E.))**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PAULO DIMAS MASCARETTI (Presidente sem voto), BORELLI THOMAZ, JOÃO NEGRINI FILHO, SÉRGIO RUI, SALLES ROSSI, RICARDO ANAFE, ÁLVARO PASSOS, BERETTA DA SILVEIRA, VICO MAÑAS, SILVEIRA PAULILO, ADEMIR BENEDITO, XAVIER DE AQUINO, FERREIRA RODRIGUES, PÉRICLES PIZA, EVARISTO DOS SANTOS, MÁRCIO BARTOLI, FRANCISCO CASCONI, RENATO SARTORELLI, CARLOS BUENO, FERRAZ DE ARRUDA e ARANTES THEODORO.

São Paulo, 27 de julho de 2016.

TRISTÃO RIBEIRO, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: CONFLITO DE COMPETÊNCIA. Julgamento de agravo de instrumento interposto contra decisão proferida em processo judicial de inventário. Competência das Câmaras da 1ª Seção de

Direito Privado deste Tribunal, em razão da matéria discutida no feito gênese do recurso instrumental. Arts. 103 e 104 do Regimento Interno, e 5º, I, I.10, da Resolução nº 623/2013, deste Órgão Especial. Conflito procedente, com determinação de encaminhamento do feito à Câmara suscitada.

VOTO

Vistos.

Trata-se de Conflito de Competência suscitado pela 3ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO, no julgamento do recurso de agravo de instrumento nº 2222105-31.2015.8.26.0000, em virtude de considerar-se a matéria tratada de competência da Seção de Direito Privado (fls. 138/144).

O recurso fora, inicialmente, distribuído à 2ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO, que dele não conheceu, determinando sua remessa a uma das Câmaras da Seção de Direito Público deste Tribunal de Justiça (fls. 119/121).

A douta Procuradoria Geral de Justiça manifestou-se pela procedência do conflito, reconhecendo-se a competência da Câmara suscitada para conhecer, processar e julgar o recurso (fls. 150/154).

É o relatório.

Trata-se de conflito de competência suscitado no julgamento do recurso de agravo de instrumento interposto pelo espólio de Benedito Donizetti de Oliveira de decisão que, em sede do inventário dos bens deixados pelo falecido, indeferiu requerimento formulado para que o MM Juízo ***"declarasse o monte partível como sendo a base de cálculo do ITCMD"***. A decisão agravada foi proferida nos seguintes termos: ***"Vistos. Fls. 828/v: Indefiro o pedido formulado pelo Inventariante, pois a base de cálculo do imposto devido encontra definição no artigo 12, da Lei nº 10.705/2000. Impossível obter por essa via declaração de ilegalidade de lei estadual, considerando-se, em especial, o direito ao contraditório e ampla defesa da Fazenda Pública Estadual. Questões de alta indagação, conforme as pleiteadas a fls. 787/811, deverão ser postuladas pelos meios ordinários próprios (art. 984 do CPC). Assim, providencie o inventariante a apresentação nos autos da declaração de ITCMD, no prazo de 30 (trinta) dias. Decorridos sem qualquer providência, remetam-se os autos ao arquivo. Int. e Dil."*** (fls. 26).

A competência para processar e julgar o recurso de agravo de instrumento nº 2222105-31.2015.8.26.0000 – que deu origem ao presente Conflito de Competência – será do órgão fracionário competente para analisar matérias atinentes a processos de inventário. Trata-se da regra estampada no artigo 103, do Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, segundo o qual ***"a competência dos diversos órgãos do Tribunal firma-se pelos***

Acesso ao Sumário

termos do pedido inicial, ainda que haja reconvenção ou ação contrária ou o réu tenha arguido fatos ou circunstâncias que possa modificá-la". E o artigo 104 estabelece que ***"a competência em razão da matéria, do objeto ou do título jurídico é extensiva a qualquer espécie de processo ou tipo de procedimento"***.

Assim, é indiscutível a competência do órgão suscitado para o julgamento do recurso instrumental, conforme dispõe a Resolução nº 623/2013, do Órgão Especial desta Corte[1], em seu art. 5º, I, I.10, a saber:

"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.10 – Inventários e arrolamentos;

(...)".

Ainda que o requerimento indeferido pela decisão agravada se refira à delimitação da base de cálculo do imposto *causa mortis*, a envolver, portanto, matéria eminentemente tributária, o presente recurso não deverá ser julgado pela 3ª Câmara de Direito Público, mas, sim, pela 2ª Câmara de Direito Privado. Isso porque, como visto, a pretensão do agravante foi formulada em sede do inventário judicial dos bens do espólio, causa essa que, por força das regras internas deste Tribunal de Justiça, é de competência das Câmaras da 1ª Subseção de Direito Privado.

Nesse sentido, já decidiu este Órgão Especial: ***"CONFLITO DE COMPETÊNCIA. Inventário. Definição da base de cálculo do ITCMD. Matéria pertinente à Seção de Direito Privado (Subseção I). Resolução nº 623/2013, do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (item I.10, do artigo 5º). Precedentes deste Colendo Órgão Especial. Fixação da competência da Câmara suscitada. Conflito procedente, com determinação de encaminhamento dos autos à suscitada"***. (Conflito de Competência nº 0016561-46.2016.8.26.0000 – Catanduva – TJSP, Órgão Especial, Rel. Des. Álvaro Passos, j. 18/05/2016).

Acesso ao Sumário

O douto Desembargador Álvaro Passos, em seu voto condutor, assim colocou a questão:

"Como bem consignado na decisão de fls. 304 e seg., a competência é definida pelo pedido no qual se apoia a causa, no caso o inventário judicial dos bens deixados com o falecimento de Ignês Juliatti de

1 Resolução nº 623/2013, do Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo: *"Dispõe sobre a composição do Tribunal de Justiça, fixa a competência de suas Seções e dá outras providências"*.

Carvalho, constituindo a discussão quanto à base de cálculo do imposto de transmissão mera questão incidental a ser dirimida pela própria Câmara competente para outras questões relativas ao próprio inventário.

Acrescente-se que se justificaria a fixação da competência para pronunciamento jurisdicional sobre a base de cálculo do imposto se se tratasse de ação autônoma, dirigida contra o fisco, o que não é o caso sob exame.

Como bem consignado em recente decisão deste Colendo Órgão Especial, no voto proferido pelo ilustre Des. Tristão Ribeiro 'é certo que a competência, em regra, não é definida pela qualidade das partes, mas em razão da matéria, a partir da causa de pedir e do pedido fixados na inicial, nos termos do artigo 100, do Regimento Interno desta E. Corte de Justiça' (Conflito de Competência nº 0008095-63.2016.8.26.0000)".

Portanto, acertado o entendimento esposado pela douta 3ª Câmara da Seção de Direito Público, devendo os autos recursais serem remetidos para julgamento à 2ª Câmara da Seção de Direito Privado.

Ante o exposto, julga-se procedente o presente conflito para estabelecer a competência da 2ª Câmara da Seção de Direito Privado para o julgamento do Agravo de Instrumento nº 2222105-31.2015.8.26.0000, nos termos dos artigos 103 e 104, do Regimento Interno desta Corte, e do artigo 5º, I, I.10, da Resolução nº 623/2013, encaminhando-se os autos, oportunamente, à suscitada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência nº 0023782-80.2016.8.26.0000, da Comarca de Aparecida, em que é suscitante CÂMARA ESPECIAL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO, é suscitada 3ª CÂMARA DA SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "JULGARAM O CONFLITO PROCEDENTE E COMPETENTE A 3ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. V.U. IMPEDIDOS OS EXMOS. SRS. DES. ADEMIR BENEDITO, ANTONIO CARLOS MALHEIROS E AMORIM CANTUÁRIA.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 24129)**

Acesso ao Sumário

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PAULO DIMAS MASCARETTI (Presidente sem voto), PEREIRA CALÇAS, 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, BORELLI THOMAZ, JOÃO NEGRINI FILHO, SÉRGIO RUI, SALLES ROSSI, RICARDO ANAFE e ÁLVARO PASSOS.

São Paulo, 10 de agosto de 2016.

NEVES AMORIM, Relator

Ementa: CONFLITO DE COMPETÊNCIA. AGRAVO DE INSTRUMENTO INTERPOSTO CONTRA DECISÃO QUE REJEITOU "EXCEÇÃO DE SUSPEIÇÃO" INSTAURADA CONTRA SERVENTUÁRIO DA JUSTIÇA. EXCEÇÃO ARGUIDA EM AÇÃO DE EXIBIÇÃO DE DOCUMENTOS PROMOVIDA CONTRA O INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL VISANDO OBTER DOCUMENTOS EXISTENTES EM PROCESSO ADMINISTRATIVO. NATUREZA PREVIDENCIÁRIA DA DEMANDA. COMPETÊNCIA DA SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO – RESOLUÇÃO nº 623/13 (ART. 3º, INCISO I.1) – PRECEDENTES DO ÓRGÃO ESPECIAL DESTE E. TRIBUNAL DE JUSTIÇA. CONFLITO PROCEDENTE.

VOTO

Trata-se de conflito negativo de competência suscitado pela Câmara Especial em razão do v. acórdão proferido pela 3ª Câmara de Direito Público, ambas desse Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que se deu por incompetente para julgar o recurso de agravo de instrumento interposto contra decisão que desacolheu a exceção de suspeição que tramita pelo Juízo de Direito da 2ª Vara Judicial da Comarca de Aparecida.

O recurso foi inicialmente distribuído à Colenda 3ª Câmara da Seção de Direito Público, à relatoria do Des. CAMARGO PEREIRA. O ilustre relator considerou que a competência para conhecer e julgar a exceção de suspeição instaurada em face de magistrado de primeiro grau é da Câmara Especial do Tribunal, determinando a remessa dos autos com fundamento no artigo 33, parágrafo único, item I, do Regimento Interno do TJSP (fls. 400/403).

Encaminhado os autos à D. Câmara Suscitante, o i. Desembargador ISSA AHMED declinou da competência por entender que *"A Colenda Câmara Especial, na forma do artigo 33, parágrafo único, do Regimento Interno do*

Acesso ao Sumário

Tribunal de Justiça de São Paulo, possui competência apenas para o julgamento da exceção de suspeição (e impedimento) de juiz de primeiro grau e não de serventuário de justiça", o que atrai a competência da C. 3ª Câmara de Direito Público deste Colendo Tribunal de Justiça analisar e julgar o feito (fls. 410/415).

A D. Procuradoria Geral de Justiça ofertou o parecer de fls. 422/427, reconhecendo a competência da C. 3ª Câmara da Seção de Direito Público para conhecer, processar e julgar o recurso.

Após o devido processamento do feito, o Exmo. Des. XAVIER DE AQUINO, a quem este conflito havia sido inicialmente distribuído, se deu por impedido pelo despacho de fls. 429, tendo em vista que, na qualidade de Decano deste Tribunal de Justiça, integra a Câmara Especial, ora suscitante, determinando o encaminhamento dos autos à Vice-Presidência para deliberação a respeito.

Seguindo a ordem a redistribuição dos autos a um dos membros do Órgão Especial deste Tribunal de Justiça (fls. 432), os autos vieram à minha relatoria.

É o relatório.

Como sabido, a competência do órgão jurisdicional, originária ou recursal, é determinada à luz dos elementos da inicial, isto é, dos termos em que a demanda está posta na petição inicial, a teor do que estatui o artigo 103 do Regimento Interno deste Egrégio Tribunal: *"A **competência dos diversos órgãos** do Tribunal firma-se pelos termos do **pedido inicial**, ainda que haja reconvenção ou ação contrária ou o réu tenha argüido fatos ou circunstâncias que possam modificá-la"* – g.n.

No que tange aos recursos decorrentes da inicial, o artigo 104 do dispositivo regimental estabelece que *"A **competência em razão da matéria**, do objeto ou do título jurídico **é extensiva a qualquer espécie de processo ou tipo de procedimento**"* (g.n.), donde se conclui que a matéria fixada na inicial norteará a competência recursal.

Com relação à Câmara Especial, o mesmo Regimento Interno determina em seu artigo 33, parágrafo único que *"**Competirá à Câmara Especial** processar e julgar: I – **Os incidentes de suspeição e impedimento de juiz de primeiro grau**"* (g.n.).

No caso em debate, verifica-se que o conflito decorre da "Exceção de Suspeição" arguida pelo agravante contra a magistrada DENISE VIEIRA MOREIRA, bem como contra o servidor judiciário NESTOR GABRIEL SILVA, nos autos do processo registrado sob o nº 0003612-37.2015.8.26.0028.

Conforme se extrai dos autos, em relação à exceção arguida contra o servidor público, a magistrada determinou a instauração do incidente, consoante o disposto no artigo 138, § 1º do CPC/73, vigente à época dos fatos. Após manifestação do servidor (fls. 51/63), a magistrada rejeitou a exceção (fls.

Acesso ao Sumário

64/67).

Incontinente, no que tange à exceção de suspeição contra ela movida, a magistrada prestou suas informações, encaminhando-as à Câmara Especial do Tribunal de Justiça, também em conformidade com as diretrizes procedimentais então em vigor (art. 313, 2ª parte, CPC/73).

O agravo de instrumento do qual deflui este conflito, foi interposto contra a **decisão que rejeitou a exceção arguida contra o servidor público**, haja vista que a aduzida contra a Magistrada encontra-se submetida à apreciação da Câmara Especial deste Tribunal.

Em outras palavras, o ponto central da questão posta em debate limita-se em saber qual a Câmara competente para processar e julgar o recurso tirado da exceção de suspeição arguida apenas contra o servidor público.

Extrai-se dos autos que a inicial versa sobre *"... ação de exibição de documentos, promovida por José Antonio de Oliveira, em face do Instituto Nacional do Seguro Social, processo nº 0001001-82.2013.8.26.0028, objetivando que a autarquia apresente os documentos solicitados a fim de acessar processo administrativo, bem como a condenação da requerida em custas e honorários, na qual a agravante figura como advogado da parte requerente"* (fls. 413).

Trata-se, como visto, de ação de natureza estritamente previdenciária.

O artigo 3º, incisos I.1 da Resolução nº 623/2013, que cuida da competência da Seção de Direito Público deste E. Tribunal de Justiça, assim dispõe:

"Art. 3º .....

I – .....

***I.1** – Ações relativas a concursos públicos, servidores públicos em geral, **questões previdenciais** e ações fundadas na Lei Estadual nº 4.819/1958;"*

Incide, portanto, a regra prevista no referido artigo, que atribui à Seção de Direto Público a competência para o conhecimento e julgamento de questões desta natureza.

Neste sentido, é o parecer da D. Procuradoria Geral de Justiça, bem como de precedentes deste Órgão Especial. Confira-se:

> **CONFLITO DE COMPETÊNCIA. Medida Cautelar de exibição de documentos visando futura ação de acidente do trabalho. Ação acidentária. Inteligência da Resolução nº 194/2004 e Provimento nº 63/2004. Competência 17ª Câmara de Direito Público. Dúvida procedente.** (CC 0020984-25.2011.8.26.0000, TJSP – Órgão Especial, Rel. Cauduro Padin, j. 11/05/2011).
>
> **CONFLITO DE COMPETÊNCIA. Leitura atenta da petição inicial revela tratar-se de pedido de reparação de dano consistente em perda auditiva, decorrente de acidente de trabalho, formulado por servidor público estatutário. A competência para conhecer**

Acesso ao Sumário

do recurso é da suscitada Colenda 8ª Câmara de Direito Público, nos termos do artigo 2º, inciso II, alínea "a" da Resolução TJSP nº 194/2004. Competência fixada para a Seção de Direito Público, especificamente a suscitada Colenda 8ª Câmara de Direito Público. (CC 0146486-71.2011.8.26.0000, TJSP – Órgão Especial, Rel. Des. Gonzaga Franceschini, j. 25/07/2012).

Assim, pelo meu voto, julgo procedente o conflito, reconhecendo a competência da Colenda 3ª Câmara da Seção de Direito Público deste E. Tribunal de Justiça, para conhecer, processar e julgar o recurso.

Habeas Corpus

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de *Habeas Corpus* nº 0025278-47.2016.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é impetrante/paciente A.P.F., é impetrado GOVERNADOR DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "NÃO CONHECERAM DO 'HABEAS CORPUS'. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 35.062)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PAULO DIMAS MASCARETTI (Presidente sem voto), RICARDO ANAFE, ALVARO PASSOS, AMORIM CANTUÁRIA, FRANÇA CARVALHO, ARTUR MARQUES, CAMPOS PETRONI, ELCIO TRUJILLO, ADEMIR BENEDITO, PEREIRA CALÇAS, XAVIER DE AQUINO, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, MOACIR PERES, JOÃO CARLOS SALETTI, FRANCISCO CASCONI, RENATO SARTORELLI, CARLOS BUENO, FERRAZ DE ARRUDA, TRISTÃO RIBEIRO, NEVES AMORIM, BORELLI THOMAZ, JOÃO NEGRINI FILHO e SÉRGIO RUI.

São Paulo, 15 de junho de 2016.

SALLES ROSSI, Relator

Ementa: ÓRGÃO ESPECIAL – *HABEAS CORPUS* – Impetração que busca notificação do 'dono de plataforma de internet do Governo do Estado

Acesso ao Sumário

de São Paulo' para identificação dos usuários/ funcionários que, segundo a inicial, vêm ameaçando a impetrante (além da condenação destes nas esferas cível e penal pelos atos praticados) e, por fim, que a suposta autoridade coatora ofereça à impetrante 'condições para mudar de bairro em segurança' – Inadmissibilidade – Via eleita inadequada – Remédio heroico que se destina a evitar possível restrição à liberdade de locomoção da impetrante – Narrativa confusa, da qual não se extraem de forma lógica, os pleitos deduzidos na exordial – Fungibilidade (conversão em ação indenizatória ou de obrigação de fazer) que também não se aplica, eis que nítido o erro grosseiro da parte – *Writ* não conhecido.

VOTO

Cuida-se de *Habeas Corpus* preventivo que busca a notificação do 'dono de plataforma do Estado de São Paulo' a fim de que possa identificar os usuários/funcionários que, segundo a inicial, vêm ameaçando a impetrante, perseguindo-a política e religiosamente.

Segundo a impetrante, em virtude da sobredita plataforma ser de responsabilidade do Governo do Estado e que alguns funcionários/chefes, vêm proferindo ameaças àquela, sendo inclusive alvo de perseguição através da página que mantinha junto ao *Facebook*. Que tais ameaças se estendem aos filhos da impetrante, tudo em virtude de perseguição política e religiosa.

Reitera que vem sofrendo ameaças, inclusive na garagem de sua residência, atribuindo-as a pessoas ligadas ao crime organizado.

Pugna pela identificação do dono da plataforma da internet para que possa, com urgência, localizar os funcionários que estão praticando tais crimes, condenando-se o responsável nas esferas cível e criminal e, ainda, que lhe sejam oferecidas condições para mudança em bairro seguro ('com urgência') e, se necessária, a expedição de mandado de prisão preventiva em face dos investigados.

É o relatório.

O presente *habeas corpus* não comporta ser conhecido.

Através dele e da confusa narrativa da exordial, o que se pode extrair é que busca a impetrante a identificação de usuários de plataforma oficial da internet (que, segundo a mesma, seriam funcionários do Governo do Estado de São Paulo) e que vêm lhe proferindo ameaças, além da condenação destes nas esferas cível e penal pelos atos praticados e, por fim, que a suposta autoridade

Acesso ao Sumário

coatora, ofereça à mesma 'condições para mudar de bairro em segurança'.

No entanto, a impetrante (que também é a paciente) não instruiu a inicial do presente *Habeas Corpus* com um único documento a comprovar, ainda que de forma indiciária, o alegado. Sustenta ameaças proferidas através da página que mantém junto à rede social *Facebook*, sem no entanto, trazer ao menos transcrição de tais mensagens.

Aduz que foi ameaçada, assim como seus filhos, na porta de sua residência e em idas ao supermercado. Sequer um boletim de ocorrência (que não se sabe, tenha sido lavrado) acompanhou a preambular.

Não há como vislumbrar a existência de ameaça ao exercício à liberdade física de deambulação.

A inicial não trata de supressão ou ameaça ao direito de ir e vir, tampouco da prática de coação ou ameaça à liberdade de locomoção com previsão nos artigos 647 e 68 do Código de Processo Penal.

Vale ainda acrescentar que, na esfera civil – embora, ao final, a impetrante postule também a condenação criminal de pessoas não identificadas – o *habeas corpus* não é remédio jurídico que deva ser manejado senão para prevenir ou obstar constrangimento resultado de decisão cível que coloca o paciente na iminência de sofrer privação de sua liberdade, e desde que tal decisão resulte de algum abuso ou excesso de poder por parte do Magistrado. A evidência, não é essa a situação versada, sendo patente a inadequação da via eleita.

Por derradeiro, nem se cogite quanto à fungibilidade (conversão em ação indenizatória ou obrigação de fazer), eis que nítido erro grosseiro da impetrante.

Inadequada, pois, a via eleita, a consequência é o não conhecimento do *writ*.

Isto posto, pelo meu voto, não conheço do presente *writ*.

Acesso ao Sumário

CÂMARA ESPECIAL

Apelações

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação n. 0040309-96.2014.8.26.0576, da Comarca de São José do Rio Preto, em que é apelante Município de São José do Rio Preto, é apelado Promotor de Justiça da Vara da Infância e Juventude de São José do Rio Preto.

ACORDAM, em Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento à apelação e à remessa obrigatória que se tem por interposta. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto n. 38.885)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ADEMIR BENEDITO (VICE-PRESIDENTE) (Presidente) e SALLES ABREU (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO CRIMINAL).

São Paulo, 13 de junho de 2016.

RICARDO DIP, Relator e Presidente da Seção de Direito Público

Ementa: INTERNAÇÃO COMPULSÓRIA DE ADITO AO USO DE DROGAS.

– Os documentos juntados aos autos apontam dependência química e distúrbios psicoativos quanto ao beneficiário do internamento perseguido, prescrevendo-se a necessidade de internação e tratamento ambulatorial, à conta de transtorno de conduta por dependência química.

– A concessão de tratamento adequado àquele que se encontra dominado pela dependência do uso de drogas encontra guarida, sobretudo, nas normas constitucionais – arts. 196 a 200 da Constituição federal de 1988 – que estabelecem o dever do Estado de prestar assistência à saúde e a integridade física e mental dos súditos.

– Não provimento da apelação e da remessa obrigatória que se tem por interposta.

Acesso ao Sumário

VOTO

RELATÓRIO:

1. A Promotoria Pública de São José do Rio Preto ajuizou ação civil pública contra o Município local, visando à internação compulsória do adolescente M.V.M. em virtude de noticiada situação de dependência química e de distúrbios psiquiátricos do beneficiário.

2. A r. sentença, confirmando o *decisum* que concedeu a liminar (fls. 69-70), julgou o feito procedente (fls. 134-8), e, do decidido, apelou a Municipalidade rio-pretense (fls. 143-53).

Argui carência de ação, por ilegitimidade passiva *ad causam*, sustentando a responsabilidade do Estado de São Paulo para a prestação do tratamento pleiteado. Afirma que a internação é medida extrema, devendo ser privilegiada a terapia ambulatorial.

Alega o recorrente, não estar obrigado a fornecer tratamento particular ao menor e acolhimento aos familiares do beneficiado. Acena com ofensa ao princípio da reserva do possível e da separação dos poderes, alegando, ainda, restrições orçamentárias.

3. Juntou-se aos autos documento comprovando a alta médica do menor, após seis meses de internação. Na sequência, o M. Juízo de origem determinou a continuidade do tratamento na esfera ambulatorial (fls. 197-8).

Respondeu-se ao recurso (fls. 174-86).

A Procuradoria Geral de Justiça manifestou-se no sentido da manutenção da sentença (fls. 209-14).

É o relatório em acréscimo ao da sentença.

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. Superou-se, na sessão de 7 de abril de 2010 da egrégia Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, a divergência relativa ao cabimento da remessa obrigatória em casos de sentença ilíquida proferida contra a Fazenda Pública (EREsp 701.306, j. 19-4-2010).

Reputa-se, portanto, interposto o reexame oficial no presente feito.

Acesso ao Sumário

6. Exibiu-se nestes autos **documentação do Conselho Tutelar da Criança e do Adolescente e da Secretaria municipal de Saúde de São José do Rio Preto** que relata dependência química e distúrbios psicoativos do adolescente M.V.M., indicando a necessidade de internação para terapêutica de sua enfermidade (fls. 13-9, 24-5, 49-55).

7. **Da legitimidade passiva *ad causam***

A concessão de tratamento adequado àquele que se encontra dominado pela dependência do uso de drogas encontra guarida, sobretudo, nas normas constitucionais – arts. 196 a 200 da Constituição federal de 1988 – que estabelecem o dever do Estado de prestar assistência à saúde e a integridade física e mental dos súditos.

Assim sendo, a busca pelo tratamento de um adolescente que se torna agressivo em ambiente familiar em virtude de drogadição reclama uma resposta do Estado com objetivo de restaurar a saúde desse menor e resguardá-lo do envolvimento com o tráfico de substâncias entorpecentes.

A normativa constitucional (arg. art. 198 da CF-88), e também a Lei n. 8.080/1990 (de 19-9) – a dispor sobre as condições de promoção, proteção e recuperação da saúde, e, além de outras providências, para a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes – fundam o juízo de **solidariedade competencial** dos distintos níveis do Poder Público da federação brasileira no que respeita ao fornecimento gratuito de medicamentos, postos os requisitos que o imperem.

É reiterado, a esse propósito, o entendimento jurisprudencial que conclui ser da

> "competência solidária entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios a responsabilidade pela prestação do serviço de saúde à população, sendo o Sistema Único de Saúde composto pelos referidos entes, conforme pode se depreender do disposto nos arts. 196 e 198, § 1º, da Constituição Federal" (REsp 656.296).

No mesmo sentido, lê-se na ementa de precedente da 1ª Turma da mesma egrégia Corte de Justiça que

> "O Sistema Único de Saúde é financiado pela União, Estados-membros, Distrito Federal e Municípios, sendo solidária a responsabilidade dos referidos entes no cumprimento dos serviços públicos de saúde prestados à população. Legitimidade passiva do Município configurada" (REsp 439.833).

O egrégio Supremo Tribunal Federal, ao julgar o mérito de recurso extraordinário com repercussão geral sobre o tema, reiterou a jurisprudência da Corte no sentido da responsabilidade solidária dos entes federados na prestação de tratamento médico (RE 855.178, j. 3-5-2015).

Ressalvada que se entenda às entidades públicas a faculdade de estabelecer

a metódica de compensação dos dispêndios correspondentes, não se autoriza, contudo, impor restrições administrativas aos particulares para a persecução de uma garantia prevista na Constituição Federal.

8. **Da necessidade da internação**

Os documentos juntados aos autos apontam que M.V.M. padece de "distúrbios psicoativos, agravado pelo uso de droga", "transtornos mentais e comportamentais" e "transtornos mentais de natureza psicótica, hipóteses diagnósticas segundo CID 10; F19.5; F20.0, sendo portanto, indicado tratamento em regime fechado, em instituição adequada e por tempo indeterminado" (cf. fls. 13-5, 24-5, 40-1 e 82-3 – Conselheiras tutelares Daiane Garcia Faustino, Daniele Cristina Batista de Lima e Ivanilde Ferreira Scames, Médicos psiquiatras Antonio Yacubian Filho, CRM 90.491 e Heliomar de Alcântara Pavão Filho, CRM 143.336), indicando-se a necessidade de internação e terapia ambulatorial para continuidade do tratamento do menor.

Esse diagnóstico médico não foi pontualmente adversado pelo recorrente.

Dessa maneira, há prova bastante, quanto à matéria de fato, ajustando-se a r. sentença ao conjunto probatório.

9. **Da internação em estabelecimento público**

Disciplinando, em parte, a norma do art. 196 do Código Político de 1988, a Lei n. 8.080/1990 (de 19-9) indicou a linha diretriz das prestações públicas de saúde por meio de **serviços públicos** e **serviços privados contratados ou conveniados integrantes do Sistema Único de Saúde**.

Assim, apenas quando inexistente dada prestação médica por esses serviços é que cabe exigir-se o custeio de prestação por médicos e hospitais não contratados, nem conveniados com o SUS.

Na espécie, verifica-se que o pedido formulado na inicial visa à internação compulsória do menor M.V.M. para terapia de dependência química, a ser custeado pelo requerido, **em estabelecimento público ou privado**.

O M. Juízo *a quo* determinou o implemento da terapia para drogadição em local especializado, providenciando o Município de São José do Rio Preto o cumprimento da tutela antecipada por meio de internação em clínica conveniada à Secretaria municipal de Saúde (fls. 40-1).

Afere-se, assim, que a opção pelo tratamento em entidade privada foi feita pela Municipalidade requerida, não se vislumbrando do pleito inaugural ou das decisões prolatadas na origem preferência pelo serviço prestado por particulares.

10. **Da assistência aos familiares do adolescente**

A Constituição federal de 1988, em seu art. 226, confere especial proteção à família.

Acesso ao Sumário

Lê-se no art. 227 da CF-88 que

"É 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."

§ 1º O Estado promoverá programas de assistência integral à saúde da criança, do adolescente e do jovem, admitida a participação de entidades não governamentais, mediante políticas específicas e obedecendo aos seguintes preceitos:

I – aplicação de percentual dos recursos públicos destinados à saúde na assistência materno-infantil;

II – criação de programas de prevenção e atendimento especializado para as pessoas portadoras de deficiência física, sensorial ou mental, bem como de integração social do adolescente e do jovem portador de deficiência, mediante o treinamento para o trabalho e a convivência, e a facilitação do acesso aos bens e serviços coletivos, com a eliminação de obstáculos arquitetônicos e de todas as formas de discriminação.

(...)

§ 3º O direito a proteção especial abrangerá os seguintes aspectos:

(...)

VII – programas de prevenção e atendimento especializado à criança, ao adolescente e ao jovem dependente de entorpecentes e drogas afins."

Desse modo, cabe ao Estado prestar assistência à família do adolescente, de modo a facilitar o convívio do menor com seus familiares.

11. **Da ofensa ao princípio da separação dos poderes, da reserva do possível e das restrições orçamentárias**

A separação de poderes ou funções da soberania política não afasta do Judiciário a competência para a apreciação de possível lesão de direito individual, objeto da espécie. Não há maltrato, neste âmbito, do princípio da conformidade funcional com a incidência normativa em pauta.

Não é de admitir que, no aventável confronto entre o bem jurídico **vida** e os interesses político-administrativos, prevaleçam estes àquele: não há discricionariedade admissível da Administração Pública que se compagine com possível abdicação do dever de suprir o necessário para preservar a **vida humana**, bem jurídico fundamental.

A discricionariedade dos governos é a escolha dos meios propícios à salvaguarda do bem comum: *"al governo,* diz muito bem Danilo CASTELLANO (*La verità della politica*. Milão: Scientifiche Italiane, 2002, p. 58), *non è data la scelta del fine ma solamente quella dei mezzi"*, sobretudo quando se trate

Acesso ao Sumário

de bens da personalidade, porque não há bem comum possível com o maltrato daqueles bens, *maxime* o da vida.

Recruta-se, a propósito, de ementa de julgado do egrégio Supremo Tribunal Federal:

> "O art. 196 da Constituição Federal estabelece como dever do Estado a prestação de assistência à saúde e garante o acesso universal e igualitário do cidadão aos serviços e ações para sua promoção, proteção e recuperação. O direito à saúde, como está assegurado na Carta, não deve sofrer embaraços impostos por autoridades administrativas, no sentido de reduzi-lo ou de dificultar o acesso a ele" (RE 226.835, j. 14-11-1999).

Por mais razoáveis se mostrem as diretrizes administrativas e a invocação de óbices orçamentários, não podem eles, à conta de reserva do possível, impor restrições à larga **fundamentalização** do bem da saúde pela Constituição Federal brasileira de 1988.

Não é de admitir, com efeito, que a cláusula de "reserva do possível", exatamente por sua principalidade econômica, importe na negativa dos direitos fundamentais de primeira geração ou primeira dimensão, restringindo-se, pois, ao âmbito dos direitos de segunda geração (ou dimensão: cf. INGO WOLFGANG STALET. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 8. ed. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2007, p. 301 *et sqq.*), só se reconhecendo, quanto aos direitos de primeira geração, a possibilidade de cláusulas restritivas diretamente autorizadas pela Constituição (v. QUEIROZ. Cristina. *Direitos fundamentais*. Coimbra: 2002, p. 203 *et sqq.*).

O tema, pois, entre nós, é juspositivo-constitucional, o que define, por óbvio, a atuação do Poder Executivo e limita a do Poder Judiciário, ainda que não se deva, de *iure condendo*, afastar a **prudência** de um juízo realista como o exprimido por Manfred LÜTZ com as vistas postas no ordenamento jurídico alemão:

> "Por isso – com base evidentemente em um instinto sadio – a ninguém veio ainda à mente a idéia, **catastrófica** do ponto de vista do financiamento, de conferir à saúde o grau de bem tutelado na Constituição" (cito pela tradução italiana, *Il piacere della vita*. Milão: San Paolo, 2008, p. 15; o destaque não é do original).

Sequer, de resto, cabe admitir a restrição do direito à saúde dentro nos lindes – frequentemente invocados – da Lei complementar n. 101, de 4 de maio de 2000, porque, como se asseverou alhures (Ag 668.496 deste Tribunal de Justiça – Rel. Dip, j. 11-6-2007), se se permitisse essa restrição, todo julgamento, no Direito Público, que condenasse entes estatais a determinadas ações, ficaria adstrito à sua conformidade com o anteriormente planejado pela Administração Pública. Em outras palavras, admitida a tese sustentada pelo recorrente, essa

Acesso ao Sumário

Lei de Responsabilidade Fiscal só concederia ao Judiciário a possibilidade de decidir contra o Poder Público se, no orçamento desse Poder, já houvesse previsão do desate condenatório.

12. Averbe-se que o caso dos autos versa **pretensão determinativa** ou **dispositiva**, ou seja, pretensão que concerne a relações ou situações continuativas e que atraem, de modo fundamental, as circunstâncias **contemporâneas** do juízo.

Encontram-se nesse gênero de decisão os predicados de um maior exercício de discricionariedade e de sua mais clara subordinação à cláusula *rebus sic stantibus* (cf. LIEBMAN, Enrico Tullio. *Efficacia ed autorità della sentenza*. Milão: Dott. Giuffrè, 1962, p. 17-9). Daí sua comum suscetibilidade à **revogação** ou *modificação* ante a **superveniência de novas circunstâncias** (CHIOVENDA, Giuseppe. *Principii di diritto processuale civile*. Nápoles: Eugenio Jovene, 1980, p. 1.253).

O direito brasileiro posto alista diferentes hipóteses de jurisdição dispositiva, determinativa (KISCH, CHIOVENDA) – ou de **equidade**, na dicção de Piero CALAMANDREI –, cuja característica nuclear é a possibilidade de modificação da sentença em virtude de fatos a ela posteriores. Assim, no juízo cível, as pretensões alimentares, a de guarda de menores, as de indexação e de desindexação; no juízo penal, as relativas ao *sursis*, à progressão e regressão no regime prisional, às conversões, ao livramento condicional e à reabilitação.

Dessa maneira, certo que a sentença determinativa diz respeito a relações com desenvolvimento continuado (RASELLI), a mudanças na situação factual corresponderão possíveis alterações na decisão (cf. ZAFRA VALVERDE, José. *Sentencia constitutiva y sentencia dispositiva*. Madri: Rialp, 1962, p. 350 *et sqq.*, *maxime* p. 382 e 383), mas isso não importa em dispensa da eventual via judiciária póstera para discutir, em forma, as alterações que se anelem.

Desse modo, nada impede que se proceda à complementação do tratamento do beneficiado na esfera ambulatorial.

13. Ressalta-se, por fim, em ordem ao prequestionamento indispensável ao recurso especial e ao recurso extraordinário, que todos os preceitos referidos nos autos se encontram, *quodammodo*, albergados nas questões decididas.

POSTO ISSO, pelo meu voto, nego provimento à remessa obrigatória, que se tem por interposta, e à apelação do Município de São José do Rio Preto, mantendo a r. sentença prolatada nos autos de origem n. 0040309-96.2014 da Vara da Infância e Juventude da Comarca rio-pretense.

É como voto.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0001554-53.2015.8.26.0063, da Comarca de Barra Bonita, em que é apelante L.S.R.S. (MENOR), é apelado PROMOTOR DE JUSTIÇA DA VARA DA INFÂNCIA E JUVENTUDE DE BARRA BONITA.

ACORDAM, em Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "NEGARAM PROVIMENTO ao recurso interposto por L.S.R.S., mantendo-se, na íntegra, a r. sentença recorrida. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 38.602)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ADEMIR BENEDITO (VICE-PRESIDENTE) (Presidente) e XAVIER DE AQUINO (DECANO).

São Paulo, 27 de junho de 2016.

SALLES ABREU, Relator e Presidente da Seção de Direito Criminal

Ementa: APELAÇÃO – Infância e Juventude – Ato Infracional – Furto qualificado – Recurso da defesa – Absolvição – Improcedência – Materialidade e autoria demonstradas – Firmes e coerentes depoimentos dos policiais militares dando conta do envolvimento da adolescente na infração em comento – Validade – Responsabilização de rigor – Medida socioeducativa – Manutenção – Prestação de serviços à comunidade adequada ao caso e às condições pessoais da adolescente – Sentença inalterada – Recurso não provido.

VOTO

Trata-se de apelação interposta contra a r. sentença de fls. 179/181, que julgou procedente a representação ofertada contra **L.S.R.S.** e a submeteu à medida socioeducativa de prestação de serviços à comunidade, pelo prazo de 6 meses, por ter praticado ato infracional equiparado ao crime previsto no art. 155, § 4º, II e IV, do Código Penal. Inconformada, recorreu a defesa buscando a absolvição da adolescente por insuficiência de provas (fls. 194/197).

Em contrarrazões, o Ministério Público pugnou pela manutenção da r. sentença (fls. 200/203).

A r. decisão foi mantida e os autos foram remetidos a este Egrégio Tribunal de Justiça (fls. 198).

Acesso ao Sumário

Por fim, a Procuradoria de Justiça opinou pelo desprovimento do apelo (fls. 217/219).

É o relatório.

O recurso interposto não comporta provimento.

Consta dos autos que no dia (...), aproximadamente às (...), na Rua (...), nº (...), na cidade de (...), L.S.R.S., agindo em concurso e em identidade de propósitos com I.L.B.S., M.H.O.S., W.O.M. e S.S.S., subtraíram para eles, mediante escalada, 01 maleta com equipamentos para tatuagem, 01 home theater, 01 TV e 01 câmera fotográfica, tudo pertencente a A.E.G.

Conforme o apurado, a adolescente e seus comparsas dirigiram-se ao estabelecimento comercial situado no local acima mencionado e, após pularem o muro do barracão da "(...).", conseguiram ingressar no estúdio de tatuagem.

Ato contínuo, enquanto a adolescente e S. permaneciam vigiando do lado de fora, os outros agentes se apoderaram dos bens anteriormente mencionados e se evadiram do local.

Ocorre que a polícia militar foi acionada por vizinhos que presenciaram a ação delitiva e, em diligências, os agentes foram identificados e os bens foram recuperados.

A materialidade do ato infracional ficou demonstrada pelas circunstâncias descritas no boletim de ocorrência (fls. 2/6), pelo auto de exibição e apreensão (fls. 23/24) e pelo auto de entrega (fls. 25/26).

A autoria é inconteste.

Ouvida em juízo, **L.S.R.S.** negou ter praticado a infração que lhe foi imputada. Em suma, disse que, após sair da casa de sua mãe, foi abordada pelos policiais e acusada de ter praticado um furto do qual não participou. Aduziu, por fim, que S. pediu para que mentisse na Delegacia (fl. 127-mídia).

O ofendido **A.E.G.** confirmou o furto ocorrido em seu estabelecimento comercial. Afirmou que alguns objetos subtraídos foram encontrados na casa de W. e de S. O restante foi deixado em uma caçamba próxima ao local (fl. 178-mídia).

O policial militar **C.V.B.** narrou que a vítima lhe disse que uma testemunha viu a ação criminosa e lhe contou onde os agentes moravam. Dirigiu-se até a residência de S. e localizou a TV subtraída. Indagada, ela confirmou a participação da adolescente no ato infracional em comento (fl. 178-mídia).

No mesmo sentido foi o depoimento do outro policial militar **S.A.** (fl. 178-mídia).

A testemunha **J.C.F.C.** declarou que presenciou três homens e duas meninas subtraindo alguns objetos do estabelecimento comercial do ofendido. Conseguiu identificar uma das autoras, pois a viu entrar em uma residência (fl.

178-mídia).

Com efeito, a tese absolutória não encontra amparo na prova produzida durante a instrução processual.

A despeito da negativa apresentada pela adolescente, sua versão não convence, notadamente porque é claro que está tentando se furtar da responsabilidade por seus atos, uma vez que seus relatos são completamente dissonantes daquilo que ela própria havia narrado perante a autoridade policial (fl. 07).

Por outro lado, os policiais militares apresentaram depoimentos firmes e coerentes acerca dos fatos, bem como apontaram a adolescente como uma das autoras do furto ora apurado.

Ressalte-se que os policiais não estão legalmente impedidos de depor em processos nos quais tenham participado da fase investigativa, revestindo-se suas palavras de relevante valor probatório, mormente quando prestadas em juízo, sob o crivo do contraditório.[1]

Cumpre dizer, ainda, que a defesa não trouxe aos autos nenhum elemento capaz de infirmar os relatos dos policiais, sendo certo, também, que eles não teriam razão alguma para acusar falsamente pessoa que sabem ser inocente.

Destarte, diante do robusto conjunto probatório dando conta do envolvimento de L.S.R.S. no furto em questão, sua responsabilização, como decretada em primeiro grau, era mesmo medida de rigor.

Em relação à medida socioeducativa, que sequer foi impugnada pela defesa, a prestação de serviços à comunidade mostrou-se adequada às peculiaridades da infração e às condições pessoais da adolescente e deve ser mantida.

Frise-se que as medidas socioeducativas não têm somente o caráter punitivo, mas visam, também, a reeducação e a proteção do adolescente, a fim de que ele receba auxílio e orientação em seu desenvolvimento pessoal para aprender a respeitar as regras de convívio social e, no futuro, não siga pelo caminho voltado à prática de delitos.

Desse modo, uma medida mais branda, como a simples advertência, por exemplo, não surtiria os efeitos ressocializadores almejados, porquanto a adolescente precisa compreender a inadequação e as consequências de sua conduta, a fim de que nunca mais volte a delinquir e se afaste, definitivamente, do meio criminoso.

Isto posto, pelo meu voto, **NEGO PROVIMENTO** ao recurso interposto por **L.S.R.S.**, mantendo-se, na íntegra, a r. sentença recorrida.

1 (STJ, HC 262582/SP, 6ª Turma, Min. Nefi Cordeiro, jg. 10/03/2016, DJe 17/03/2016).

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0000320-80.2015.8.26.0598, da Comarca de Barra Bonita, em que é apelante V.D. (MENOR), é apelado PROMOTOR DE JUSTIÇA DA VARA DA INFÂNCIA E JUVENTUDE DE BARRA BONITA.

ACORDAM, em Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 38.833)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ADEMIR BENEDITO (VICE-PRESIDENTE) (Presidente) e SALLES ABREU (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO CRIMINAL).

São Paulo, 27 de junho de 2016.

RICARDO DIP, Relator e Presidente da Seção de Direito Público

Ementa: APELAÇÃO. ATO INFRACIONAL.

– Conduta tipificada no *caput* do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 (de 23-8) – Sentença que julgou procedente a representação e aplicou ao adolescente o internamento.

– Pleito voltado à absolvição ou substituição por medida menos gravosa.

– Provas suficientes da autoria e materialidade – Condição pessoal do jovem a demonstrar a necessidade de acompanhamento técnico em internamento – Ineficácia de anterior imposição de medida em meio aberto – Admissibilidade e pertinência casual do procedimento reeducativo adotado.

Recurso a que se nega provimento.

Acesso ao Sumário

VOTO

RELATÓRIO:

1. V.D. apelou contra a sentença (e-págs. 113-6) que julgou procedente a representação contra ele oferecida pela prática de ato infracional equiparado ao delito tipificado no *caput* do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 (de 23-8), impondo medida socioeducativa de internação por prazo indeterminado.

2. Requer, o ora recorrente, a absolvição por apontada insuficiência provativa. De forma secundária, requer a substituição da medida por outra mais branda, sugerindo liberdade assistida (e-págs. 142-3).

3. O apelo foi recebido e, mantido o *decisum* (e-págs. 133), contrarrazoado na origem a págs. 152-6.

A Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo não provimento do recurso (e-págs. 166-70).

É o relatório do necessário.

VOTO:

4. Passaram-se os fatos sob exame no dia (...), às (...)h , no cruzamento das Ruas (...) e (...), Jardim (...), Comarca de (...), ocasião em que o apelante, trazia consigo e mantinha em depósito, para fins de tráfico, 03 pinos de cocaína, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, substância causadora de dependência física e psíquica.

5. A materialidade decorre do auto de constatação de substância entorpecente (e-págs. 17-8), auto de exibição e apreensão (e-págs. 19-20), e do exame químico-toxicológico (e-págs. 99-102).

6. No que atina à autoria, é certo que o recorrente negou a prática do ato infracional. Revelou que estava próximo de um forró quando foi abordado pelos policiais, que encontraram entorpecentes próximo ao local e lhe atribuíram gratuitamente a propriedade das drogas, acusando-o, ainda, de ter efetuado a venda de uma porção de cocaína para um rapaz desconhecido.

Nada obstante, deve observar-se que as testemunhas alistadas pela acusação pública adversaram em uníssono a versão defensiva (mídia audiovisual).

O policial E.C.D., que participou da apreensão do jovem, asseverou que naquela data receberam denúncia informando que um indivíduo, com a camisa do clube de futebol Barcelona, estaria comercializando entorpecentes no "forró do pássaro preto".

Em diligências pelo local, realizaram breve campana e observaram que o apelante conversou com um indivíduo, deslocou-se até uma árvore, retornou e lhe entregou algo, em típica movimentação de tráfico. Logo em seguida abordaram o menor e localizaram em seu poder a quantia de R$ 56,00 em dinheiro. No lugar onde ele havia se deslocado para buscar o objeto encontraram dois pinos de cocaína. O usuário de nome P. também foi abordado e apresentou um pino de cocaína que tinha comprado do jovem pela importância de R$ 20,00.

A testemunha M.A.V., policial que também participou da abordagem, ostentou versão idêntica e esclareceu que no local é frequente o tráfico de drogas (mídia audiovisual).

P.S.R.S. (mídia audiovisual), ouvido na qualidade de testemunha de acusação, confirmou o depoimento prestado na Delegacia de Polícia. Disse que no dia dos fatos comprou um pino de cocaína do apelante pelo valor de R$ 20,00, o que ratifica a versão policial.

Acesso ao Sumário

As provas colhidas, bem sopesadas na sentença, sem dúvida alguma remetem à prática do ato infracional tipificado no *caput* do art. 33 da Lei de Tóxicos.

7. No que tange à medida socioeducativa eleita, a internação revela-se a mais apropriada à hipótese em debate, mesmo considerando-se sua excepcionalidade, ante a gravidade e circunstâncias do ato perpetrado, bem como as condições pessoais do menor (§ 1º do art. 112 do Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA Lei n. 8.069, de 13-7-1990).

A norma do art. 122 da mencionada lei, prevê que a internação pode ser imposta a quem comete ato infracional com grave ameaça ou violência (inc. I), com reiteração no cometimento de outras infrações penais (inc. II) e por descumprimento reiterado e injustificável da medida sancionadora anteriormente imposta (inc. III).

O tráfico de entorpecentes é equiparado a crime hediondo, não se podendo afastar a ideia de que se torna o jovem perigoso ao praticá-lo, pois tem 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 própria Câmara Especial deste Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo tem seguidamente adotado o critério ora em exame.

Não bastara o já expendido, o apelante registra antecedentes na Vara da Infância e Juventude (e-págs. 70-85), havia deixado a Fundação CASA há dois meses e fora apreendido oito dias antes da prática do ato infracional em apreço, também por conduta equiparada ao delito de tráfico de drogas, liberado por ausência de vaga na instituição (e-pág. 37), mas voltou a traficar, o que revela a identificação do jovem com a vida delitiva.

Nessa esteira, acertada a aplicação de procedimento reeducativo em tempo integral, capaz de promover o desenvolvimento e amadurecimento psicossocial do apelante, possibilitando, dessa forma, seu retorno ao convívio da sociedade.

DO EXPOSTO, pelo meu voto, nego provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0000483-08.2015.8.26.0583, da Comarca de Presidente Prudente, em que é apelante W.V.T.S. (MENOR) e apelado PROMOTOR DE JUSTIÇA DA VARA DA INFÂNCIA E JUVENTUDE DE PRESIDENTE PRUDENTE.

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: Deram parcial provimento ao recurso, por V.U. Por maioria, aplicaram a medida de tratamento ambulatorial. Vencido, neste ponto, o 2º Juiz que mantinha a medida socioeducativa de internação e declarará voto. Com declaração de voto vencedor do 3º Juiz.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 36361)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ADEMIR BENEDITO (VICE-PRESIDENTE) (Presidente), RICARDO DIP (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO), SALLES ABREU (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO CRIMINAL) e XAVIER DE AQUINO (DECANO).

São Paulo, 20 de junho de 2016.

LUIZ ANTONIO DE GODOY, Relator e Presidente da Seção de Direito Privado

Ementa: RECURSO – Apelação – Tempestividade verificada – Recurso conhecido.

NULIDADE PROCESSUAL – Alegação de inobservância do art. 5º, LXIII, da Constituição Federal, do art. 106, parágrafo único, do Estatuto da Criança e do Adolescente, e do art. 186 do Código de Processo Penal – Inocorrência – Ausência de demonstração de prejuízo ao exercício do direito de defesa – Inocorrência, ademais, de nulidade por ter sido ouvido o adolescente antes das testemunhas – Normas protetivas do ECA que prevalecem às regras gerais do CPP – Ausência de participação do membro do Ministério Público na audiência – Ausência de demonstração de prejuízo sofrido pelo adolescente, já que compareceu na audiência devidamente representado por defensor – Nulidades afastadas.

INFÂNCIA E JUVENTUDE – Ato infracional equiparado ao crime de tráfico ilícito de entorpecentes – Insuficiência do conjunto probatório quanto à efetiva prática da mercancia ilícita – Desclassificação do ato infracional de tráfico para porte para uso próprio – Medida socioeducativa de liberdade assistida que se mostra adequada ao acompanhamento e orientação do adolescente, cumulada com medida protetiva de tratamento para drogadição – Recurso provido em parte.

Acesso ao Sumário

VOTO

Vistos,

Trata-se de apelação da sentença de fls. 110/113, que julgou procedente a representação oferecida pelo Ministério Público do Estado de São Paulo em face de W.V.T.S., aplicando ao adolescente a medida socioeducativa de internação cumulada com medida protetiva de tratamento para drogadição, relativamente ao ato infracional equiparado ao crime descrito no art. 33, "caput", da Lei nº 11.343/06.

Inconformado, apela o adolescente a fls. 145/190, alegando ser nulo o processo, porque não observados os dispostos no art. 5º, LXIII, da Constituição Federal, no art. 106, parágrafo único, do Estatuto da Criança e do Adolescente, e no art. 186 do Código de Processo Penal. Aduz que seu depoimento foi colhido antes da oitiva da testemunha, contrariando o previsto no art. 400 do Código de Processo Penal. Afirma, ainda, que a audiência de fls. 57/58 foi realizada sem a participação de membro do Ministério Público. Sustenta, também, serem insuficientes as provas acostadas aos autos para respaldar a sentença de procedência da representação. Argumenta, outrossim, que a droga apreendida destinava-se a seu próprio consumo, razão pela qual não configurado o ato infracional equiparado a tráfico de entorpecentes. Sustenta ser indevida a imposição de medida socioeducativa de internação, já que ausentes os requisitos previstos no art. 122, do Estatuto da Criança e do Adolescente. Alega, ainda, que a medida de internação tem caráter excepcional, não devendo ser aplicada caso exista outra mais adequada. Pleiteia, assim, o reconhecimento da nulidade do feito ou a improcedência da representação ou, ainda, subsidiariamente, a imposição de medida socioeducativa em meio aberto.

Recebido o recurso no efeito devolutivo (fls. 192), foram oferecidas contrarrazões (fls. 195/203).

Remetidos os autos a esta Corte, a d. Procuradoria de Justiça manifestou-se pelo desprovimento do recurso (fls. 214/223).

É o relatório.

De proêmio, consigno que proferida a sentença em audiência realizada em 11 de dezembro de 2015 (sexta-feira), iniciou-se a contagem do prazo recursal no dia 14 seguinte (segunda-feira) e, considerada a suspensão dos prazos processuais do dia 20 de dezembro de 2015 a 6 de janeiro de 2016 (Provimento nº 1.948/12, art. 1º, § 1º, do Conselho Superior da Magistratura) e de 7 a 17 de janeiro de 2016 (Provimentos nº 2.297/15, art. 1º, do Conselho Superior da Magistratura), o prazo recursal encerrou-se em 1º de fevereiro de 2016.

Destarte, protocolada a presente apelação em 21 de janeiro de 2016, reconhece-se sua tempestividade.

Acesso ao Sumário

Conhece-se, assim, da apelação.

Posto isto, não se vislumbra a nulidade processual alegada pelo apelante, em razão da inobservância dos dispostos no art. 5º, LXIII, da Constituição Federal, no art. 106, parágrafo único, do Estatuto da Criança e do Adolescente, e no art. 186 do Código de Processo Penal, bem como do art. 400 do Código de Processo Penal e da ausência de participação do membro do Ministério Público na audiência realizada em 3 de novembro de 2015.

Além de não ter havido afronta a quaisquer dos dispositivos constitucionais e legais mencionados, também não houve demonstração de prejuízo causado à parte, pressuposto para a decretação da nulidade.

No que tange à alegada inobservância do art. 400 do Código de Processo Penal, esta Câmara Especial já adotou o entendimento de que: *"o procedimento disciplinado nas normas protetivas do ECA se sobrepõem às regras gerais estampadas no CPP, com o que se evidencia sua aplicação meramente subsidiária"* (Apelação nº 0005408-93.2014.8.26.0482 – Presidente Prudente, Câmara Especial do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Rel. Des. Artur Marques, em 22/9/14).

O C. Superior Tribunal de Justiça, igualmente, já se pronunciou no sentido da *"inexistência de nulidade quando a oitiva do menor em audiência ocorre antes do depoimento das testemunhas, pois o disposto no art. 184 do Estatuto Menorista, norma especial, prevalece sobre a ordem de inquirição definida no art. 400 do CPP"* (HC 320.876/SP, 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, Rel. Min. Gurgel de Faria, DJe 01/09/15).

Ademais, não há nulidade alguma na oitiva do adolescente sem a presença do representante do Ministério Público na audiência de apresentação, sobretudo porque ele estava acompanhado de sua responsável legal e de Defensor Público, oportunidade em que lhe foi assegurado o direito o constitucional de permanecer calado se assim desejasse (fls. 57).

Afastam-se, pois, as preliminares arguidas.

No mérito, entretanto, o recurso provimento em parte.

Consta dos autos que o adolescente W.V.T.S., no dia (...), por volta das (...), na Rua (...), nº (...), na cidade de (...), trazia consigo quatro porções de maconha, pesando ao todo aproximadamente seis gramas, para fins de venda a terceiros.

A materialidade do ato infracional está comprovada pelo auto de exibição e apreensão de fls. 12/13, pelo laudo de constatação preliminar de substância entorpecente de fls. 22/23 e pelo laudo definitivo de substância entorpecente de fls. 100/102.

No que pertine à autoria, em todas as oportunidades em que foi ouvido o adolescente negou a prática do ato infracional, asseverando que as drogas

Acesso ao Sumário

apreendidas destinavam-se ao seu consumo próprio (fls. 10, 26 e 57).

O policial militar ouvido em Juízo, que efetuou a apreensão do representado, narrou que em patrulhamento pelo local dos fatos para averiguar denúncia de tráfico de drogas realizado por rapaz de nome W., deparou-se com o adolescente, momento em que este retirou um pacotinho da cintura e começou a correr, dispensando diversos invólucros pelo caminho, até que foi alcançado e apreendido, sem droga alguma, apenas com R$ 30,00 e um celular. Contou, ainda, ter vistoriado juntamente com o outro policial militar, o percurso realizado pelo adolescente durante a fuga, e encontrando quatro trouxinhas de maconha, nada mais encontrando porque o local estava escuro e chovendo, além de haver usuários que poderiam ter pego o restante.

Muito embora não se olvide da força probatória do depoimento de agentes públicos, no caso em tela o depoimento do policial não se mostra suficiente para o reconhecimento do ato infracional equiparado a tráfico de drogas atribuído ao adolescente.

Isso porque ele não foi surpreendido praticando ato de mercancia e a pequena quantidade de droga apreendida é perfeitamente compatível com o uso próprio reiteradamente afirmado pelo apelante.

O fato de o adolescente já ter respondido por tráfico de drogas e estar cumprindo liberdade assistida por esse ato infracional, não serve de fundamento para se reconhecer, neste caso, a configuração do mesmo ato infracional.

A fragilidade das provas produzidas nos autos autorizam, portanto, a desclassificação do ato infracional equiparado ao crime de tráfico de drogas para o de porte para uso próprio.

E, não se cogitando de tráfico de drogas, não se justifica a imposição da medida de internação, por força de sua excepcionalidade, nos termos do artigo 122 do Estatuto da Criança e do Adolescente, de modo que também a medida deve ser alterada.

Em face da doutrina da proteção integral preconizada pelo artigo 1º, do ECA, as medidas socioeducativas visam primordialmente à ressocialização do adolescente infrator, a fim de despertar nele a consciência do desvalor de sua conduta, bem como afastá-lo do meio social, convidando-o a uma profunda reflexão e à reavaliação de seu comportamento, de forma a prepará-lo para a reinserção na sociedade, evitando que no futuro trilhe o doloroso caminho da criminalidade.

Acesso ao Sumário

Assim, considerando as condições pessoais do adolescente, notadamente o fato de que é usuário de drogas, apresenta envolvimento em prática de outros atos infracionais (fls. 36/42) e conta com frágil respaldo familiar, a medida de liberdade assistida mostra-se necessária para despertar no adolescente suas aptidões e fazer com que reflita acerca de sua conduta reprovável e antissocial,

revelando-se adequada ao seu acompanhamento e orientação com vistas ao cumprimento de metas.

Ademais, atentando-se para o relatório técnico de fls. 88/90, justifica-se, também, a aplicação da medida protetiva de tratamento para drogadição.

Reforma-se, pois, a sentença para o fim de julgar procedente em parte a representação, desclassificado o ato infracional equiparado ao crime de tráfico para o de porte para uso próprio, aplicando ao adolescente a medida de liberdade assistida, pelo prazo mínimo de um ano, cumulada com a medida protetiva de tratamento para drogadição.

Oficie-se com urgência à origem para liberação do adolescente.

Isto posto, pelo meu voto, conhece-se do recurso e dá-se-lhe provimento em parte, nos termos da fundamentação supra.

DECLARAÇÃO DE VOTO VENCIDO

(Voto nº 39.901)

1. Adoto o resumo do processo tal como lançado aos autos no voto do eminente Relator sorteado.

2. De partida, anoto minha plena aderência aos judiciosos argumentos e conclusão do ilustre Relator sorteado, no tangente à alvitrada desclassificação do ato infracional.

Com efeito, as provas recolhidas não permitem conclusão segura sobre a prática da mercancia ilícita, de modo que se revela certeira a desclassificação do ato infracional para que venha a corresponder ao equiparado ao delito de porte de drogas para próprio consumo.

3. Cifra-se a divergência estritamente à proposta de modificação da medida sancionadora imposta na origem, por avistada incongruência do internamento à infração por posse de drogas para uso próprio.

Isso porque a internação, na espécie, ainda que considerada sua frequentemente referida excepcionalidade, impôs-se de modo apropriado, ante a gravidade concreta e circunstâncias do ato perpetrado, incluídas as concernentes às condições pessoais do menor (§ 1º do art. 112 da Lei n. 8.069, de 13-7-1990).

A normativa de regência estatui que a medida de internação possa impor-se a quem comete ato infracional com grave ameaça ou violência (inc. I do art. 122 da Lei n. 8.069, de 1990), com reiteração no cometimento de outras infrações penais (inc. II) e por descumprimento reiterado e injustificável da medida anteriormente imposta (inc. III).

In casu, o ora apelante é **reincidente específico** e já se submeteu a medida de liberdade assistida, sem que de sua execução se apurassem, como notório,

efeitos benignos, e isto autoriza a aplicação da medida extrema do internamento com arrimo no que dispõe o aludido inciso II do dispositivo mencionado.

E apesar da comprovada reiteração, vale ainda frisar que não há exigência legal da prática mínima de três atos infracionais graves para ensejar a internação na forma estabelecida no inciso II do artigo 122 da Lei n. 8.069, de 1990.

À indeclinável análise do caso concreto deve concorrer o exame das condições peculiares do infrator, conforme vem decidindo o egrégio Superior Tribunal de Justiça, esposando entendimento símile colenda Corte suprema federal:

> "1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, buscando a racionalidade do ordenamento jurídico e a funcionalidade do sistema recursal, vinha se firmando, mais recentemente, no sentido de ser imperiosa a restrição do cabimento do remédio constitucional às hipóteses previstas na Constituição Federal e no Código de Processo Penal. Nessa linha de evolução hermenêutica, o Supremo Tribunal Federal passou a não mais admitir habeas corpus que tenha por objetivo substituir o recurso ordinariamente cabível para a espécie. Precedentes. Contudo, devem ser analisadas as questões suscitadas na inicial no intuito de verificar a existência de constrangimento ilegal evidente – a ser sanado mediante a concessão de *habeas corpus* de ofício –, evitando-se prejuízos à ampla defesa e ao devido processo legal. 2. De acordo com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, não existe fundamento legal para o argumento de que é necessário o número mínimo de três atos infracionais graves para a incidência do inciso II do art. 122 do Estatuto da Criança e do Adolescente. Para a Corte Suprema, o aplicador da lei deve analisar e levar em consideração as peculiaridades de cada caso concreto para uma melhor aplicação do direito. Pondera que o magistrado deve apreciar as condições específicas do adolescente – meio social onde vive, grau de escolaridade, família – dentre outros elementos que permitam uma maior análise subjetiva do menor. 3. No caso, a medida de internação foi aplicada de acordo com o Estatuto da Criança e do Adolescente, bem assim em atenção às particularidades do caso, notadamente ante a comprovada reiteração na prática de atos infracionais e a ineficiência das medidas anteriormente impostas, que não desencorajaram o paciente de persistir na contramão da lei. Outrossim, não há se falar que o ato anteriormente praticado pelo paciente não é grave, afinal, trata-se de infração análoga ao delito de tráfico de entorpecentes, o qual é equiparado a hediondo pelo ordenamento jurídico vigente. 4. *Habeas corpus* não conhecido" (STJ – HC 190.107).

Acesso ao Sumário

O ilícito em pauta é de **perigo abstrato** e sua persecução visa a proteger a sociedade como um todo, uma vez que o consumo de entorpecentes, além dos comprovados malefícios causados aos usuários e, mais ainda, aos adictos, lesiona a incolumidade pública e fomenta o narcotráfico e o crime organizado.

Tratando-se de adolescente, tal o caso, verificada a prática do ato infracional, as medidas socioeducativas cominadas no art. 112 do Estatuto da Criança e do Adolescente **não** possuem caráter de pena, mas contemplam, isto sim, objetivos pedagógicos, ressocializadores e especialmente protetivos do próprio infrator.

Logo, o fato em si de o adolescente ter praticado conduta equivalente a crime ou contravenção penal já autorizaria a aplicação de uma das medidas estatuídas em lei, em consonância com as condições peculiares próprias da pessoa em desenvolvimento.

Não bastara isto, quadra notar que **o apelante apresenta envolvimento em prática de outros atos infracionais** e conta com frágil respaldo familiar, sendo-lhe aplicada, anteriormente, **inexitosa medida de liberdade assistida**, de sorte que a internação é medida pedagógica forrada de razoabilidade a uma contingente ressocialização do infrator.

Não me convenço, *da veniam*, de que medidas ressocializadoras sejam penas, de modo que nenhum efeito retiro, para o caso, do cotejo com o quadro penalístico referente a maiores.

DO EXPOSTO, meu voto dava parcial provimento ao recurso somente em ordem a desclassificar o ato infracional para que venha a corresponder à conduta tipificada no art. 28 da Lei n. 11.343/2006, preservada a medida socioeducativa de internamento aplicada em primeiro grau de jurisdição.

RICARDO DIP, Desembargador Presidente da Seção de Direito Público, Segundo Juiz

DECLARAÇÃO DE VOTO VENCEDOR

(Voto nº 38.811)

Diante do contexto fático apresentado nos autos, a desclassificação da conduta imputada ao adolescente para o ato infracional equiparado ao delito previsto no art. 28, *caput*, da Lei 11.343/06 é medida que se impõe.

Embora o policial militar tenha confirmado que avistou o adolescente em local conhecido como ponto de venda de entorpecentes, importante consignar que W.V.T.S. não foi flagrado em atividade de mercancia.

Outrossim, considerando-se a pequena quantidade e a natureza de droga encontrada no pacote que ele dispensou, 4 trouxinhas de maconha, é plenamente aceitável que seriam destinadas a seu próprio consumo, como o próprio adolescente afirmou em todas as vezes que foi ouvido.

Assim, o fato de o adolescente ter envolvimento pregresso em infração de mesma espécie, por si só, não nos permite concluir com a segurança necessária

Acesso ao Sumário

que, no caso em apreço, ele estava praticando a traficância.

No tocante à medida socioeducativa, não se vislumbra gravidade acentuada na conduta praticada pelo menor a ensejar a manutenção de sua internação.

Frise-se que a medida extrema tem caráter excepcional, reservando-se aos casos graves em que demonstrada sua necessidade ao processo de ressocialização e reeducação do adolescente.

Desse modo, tendo em vista que, além de ser usuário de entorpecentes, o adolescente não é primário e não conta com respaldo familiar, necessário, nesse momento, sua submissão à medida socioeducativa de liberdade assistida, pelo mínimo de 01 ano, cumulada com a medida protetiva de tratamento para drogadição.

Isto posto, pelo meu voto, **DOU PARCIAL PROVIMENTO** ao recurso apelação interposto por **W.V.T.S.** para desclassificar a conduta por ele praticada para a infração análoga ao delito previsto no art. 28, *caput*, da Lei 11.343/06 e, consequentemente, substituir a medida socioeducativa de internação, por liberdade assistida, pelo prazo mínimo de 1 ano, cumulada com a medida protetiva de tratamento para drogadição. Comunique-se a Vara de Origem para as providências necessárias.

SALLES ABREU, Desembargador Presidente da Seção de Direito Criminal, Terceiro Juiz

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0001601-37.2015.8.26.0286, da Comarca de Itu, em que é apelante MUNICÍPIO DE ITU, é apelado K.S.S. (MENOR).

ACORDAM, em Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "NEGARAM PROVIMENTO ao recurso do Município e à remessa necessária. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 38.725)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ADEMIR BENEDITO (VICE-PRESIDENTE) (Presidente) e ANTONIO CARLOS MALHEIROS (DECANO).

São Paulo, 25 de julho de 2016.

SALLES ABREU, Relator e Presidente da Seção de Direito Criminal

Acesso ao Sumário

Ementa: APELAÇÃO CÍVEL E REMESSA NECESSÁRIA, CONSIDERADA INTERPOSTA –

ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE – OBRIGAÇÃO DE FAZER – FORNECIMENTO DE VAGA EM CRECHE A CRIANÇA ATÉ CINCO ANOS, EM PERÍODO INTEGRAL – DIREITO À EDUCAÇÃO – DIREITO PÚBLICO SUBJETIVO DE NATUREZA CONSTITUCIONAL – EXIGIBILIDADE INDEPENDENTE DE REGULAMENTAÇÃO – NORMAS DE EFICÁCIA PLENA – DETERMINAÇÃO JUDICIAL PARA CUMPRIMENTO DE DIREITOS PÚBLICOS SUBJETIVOS – INEXISTÊNCIA DE OFENSA À AUTONOMIA DOS PODERES OU DETERMINAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS – SÚMULA 65 DO TJSP – CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO PELO FORNECIMENTO DE VAGA EM CONDIÇÕES DE SER USUFRUÍDA – DISTÂNCIA MÁXIMA DE DOIS QUILÔMETROS OU FORNECIMENTO DE TRANSPORTE – PRECEDENTES – LIMITAÇÃO À ORDEM CRONOLÓGICA DE ATENDIMENTO – IMPOSSIBILIDADE – PLANEJAMENTO GERAL DO FORNECIMENTO DE EDUCAÇÃO PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NÃO IMPEDE A EFETIVAÇÃO DE DIREITO PÚBLICO SUBJETIVO INDIVIDUAL POR ENTIDADE PÚBLICA – RESERVA DO POSSÍVEL AFASTADA – MULTA COMINATÓRIA – POSSIBILIDADE – RECURSO DO MUNICÍPIO E REMESSA NECESSÁRIA NÃO PROVIDOS.

VOTO

Trata-se de apelação interposta em face da sentença de fls. 45/47, que julgou procedente o pedido em ação movida por **K.S.S.** (criança), representado por sua genitora, A.S.S., para condenar o **MUNICÍPIO DE ITU** a matricular a criança, por período integral, em creche próxima de sua residência ou em outra creche particular, impondo ao Município a obrigação de transporte para o deslocamento da criança, sob pena de multa diária de R$ 100,00.

A Municipalidade sustenta que, não obstante os seus esforços, não há como suprir a falta de vagas em creches municipais devido a limitações físicas e orçamentárias; que para a inclusão de criança em creche se faz necessário um estudo socioeconômico, previsão orçamentária e obediência à legislação; que

Acesso ao Sumário

o Poder Judiciário não pode se imiscuir na discricionariedade administrativa, sob pena de violação aos princípios da separação e independência dos poderes (fls.50/53).

Houve resposta às fls.58/60.

A Procuradoria Geral de Justiça manifestou-se pelo não provimento do recurso (fls. 70/74).

É o relatório.

Conheço do recurso voluntário e da remessa necessária, nos termos do art. 496, inciso I, do Código de Processo Civil.

Cuida-se de ação de obrigação de fazer pela qual se garantiu o acesso de criança à educação infantil em creche próxima de sua residência, por período integral, sob pena de multa diária de R$ 100,00.

Comprovado nos autos que a criança necessita do fornecimento de vaga em creche, tendo em vista a necessidade de sua mãe trabalhar para prover o sustento familiar.

O direito à educação se caracteriza como norma constitucional de eficácia plena. Tem o cidadão direito público subjetivo de exigir do Estado a realização de medidas para a concretização do direito ao acesso à educação gratuita e de qualidade.

O art. 208, IV, CF determinou ao administrador público o cumprimento de um dever (ordem) direto para com a população: fornecer meios para a educação infantil:

> "Art. 208. O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de:
>
> (...)
>
> IV – educação infantil, em creche e pré-escola, às crianças até 5 (cinco) anos de idade;"

Da mesma forma, previu o art. 54, IV, do ECA:

> "Art. 54. É dever do Estado assegurar à criança e ao adolescente:
>
> (...)
>
> IV – atendimento em creche e pré-escola às crianças de zero a seis anos de idade;
>
> (...)"

A Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional fixa a educação infantil como direito do cidadão e dever do Estado:

> "Art. 4º O dever do Estado com educação escolar pública será efetivado mediante a garantia de:
>
> (...)
>
> II – educação infantil gratuita às crianças de até 5 (cinco) anos de idade;

Acesso ao Sumário

(...)."

Assim, seja pela ótica constitucional, seja pela ótica legal, observa-se a obrigação direta do Município providenciar, às suas expensas, o atendimento **integral** e **universal** das crianças de até cinco anos em suas creches e pré-escolas.

Se o fornecimento de tal modalidade de atendimento educacional, por meio de creches, é uma garantia dada pelo Estado ao cidadão, não pode o Município, através de afirmações do caráter programático da norma ou de ausência de recursos alocados, subverter a ordem constitucional. Até porque o próprio texto constitucional fixou o direito de acesso ao ensino obrigatório como um direito público subjetivo (art. 208, parágrafo único, CF).

O cumprimento da ordem constitucional coube, por determinação legal, exclusivamente aos Municípios, que se incumbirão de *"oferecer educação infantil em creches e pré-escolas, e, com prioridade, o ensino fundamental, permitida a atuação em outros níveis de ensino somente quando estiverem atendidas plenamente as necessidades de sua área de competência e com recursos acima dos percentuais mínimos vinculados pela Constituição Federal à manutenção e desenvolvimento do ensino."* (art. 11, V, Lei nº 9.394/1996).

Nem se diga pelo caráter programático das normas, eis que "**a educação infantil**, por qualificar-se *como direito fundamental* **de toda** criança, **não se expõe**, em seu processo de concretização, **a avaliações meramente discricionárias** da Administração Pública **nem se subordina** a razões de puro pragmatismo governamental" (STF – AgRg no ARE 639.337 – SP – rel. Min. Celso de Mello – j. 23.08.2011).

São normas de eficácia plena, não só pela previsão constitucional, mas também pela concretização suficiente junto ao Estatuto da Criança e do Adolescente. Assim, "descabida a tese da discricionariedade, a única dúvida que se poderia suscitar resvalaria na natureza da norma ora sob enfoque, se programática ou definidora de direitos. Muito embora a matéria seja, somente nesse particular, constitucional, sem importância se mostra essa categorização. Tendo em vista a explicitude do ECA, é inequívoca a normatividade suficiente à promessa constitucional, a ensejar a acionalibilidade do direito à educação" (STJ – AgRg no RE 1.545.039/DF – 2ª T. – rel. Min. Herman Benjamin – j. 05.11.2015).

E por conta do impedimento do uso da discricionariedade administrativa é que se há de fixar o **atendimento pelo período integral** na creche, sob pena de se esvaziar o fim social da norma, que é a um só tempo permitir o atendimento da criança em sua educação inicial e o exercício do direito constitucional dos pais ao trabalho.

Da mesma forma, submeter a criança à espera em uma fila, quando já

Acesso ao Sumário

buscado o atendimento do direito de índole constitucional na esfera extrajudicial, significa retirar-lhe o exercício do direito à educação até que a administração se adeque para tal atendimento, o que não se admite. O dever do Estado é prover a todos que necessitem do acesso à educação e não somente a aqueles que estejam em determinada posição em uma lista que só existe pelo descumprimento reiterado da Administração Pública do comando constitucional de acesso pleno ao direito à educação.

E em se tratando de direito subjetivo previsto em norma de eficácia garantida pela legislação infraconstitucional, não há que se falar em ilegal intervenção do Poder Judiciário nas decisões que cabem ao Poder Executivo. É que ao direito subjetivo lesado cabe, por normativa constitucional, o direito de ação a ser exercido perante o Poder Judiciário (art. 5º, XXXV, CF). Assim, "ressoa evidente que toda imposição jurisdicional à Fazenda Pública implica em dispêndio e atuar, sem que isso infrinja a harmonia dos poderes, porquanto no regime democrático e no estado de direito o Estado soberano submete-se à própria justiça que instituiu. Afastada, assim, a ingerência entre os poderes, o judiciário, alegado o malferimento da lei, nada mais fez do que cumpri-la ao determinar a realização prática da promessa constitucional." (STJ – REsp 575.280-SP – 1ª T. – rel. p/ Acórdão Min. Luiz Fux – j. 2.9.2004).

Bem por isto, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo consolidou a possibilidade de condenação do poder público à obrigação de fazer necessária à concretização de direitos fundamentais, como à saúde e à educação, sem que isto configure ofensa à autonomia dos Poderes, conforme entendimento sumulado:

> **Súmula 65, TJSP:** Não violam os princípios constitucionais da separação dos poderes, da isonomia, da discricionariedade administrativa e da anualidade orçamentária as decisões judiciais que determinam às pessoas jurídicas da administração direta a disponibilização de vagas em unidades educacionais ou o fornecimento de medicamentos, insumos, suplementos e transporte a crianças ou adolescentes.

Embora se admita que o princípio da competência orçamentária atribua ao legislador as decisões finais da destinação dos recursos públicos, especialmente em políticas de atendimento universalizado da população no âmbito da educação, não se pode admitir que o tal princípio ganhe ares absolutos, retirando do administrador a responsabilidade de atender as necessidades individuais de crianças e adolescentes. É que *"a força do princípio da competência orçamentária do legislador não é ilimitada. Ele não é um princípio absoluto.* ***Direitos individuais podem ter peso maior que razões político-financeiras.****"* (ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 512-513).

Neste ponto, não há como se afastar a responsabilidade do administrador pelas escolhas feitas na formulação e execução do orçamento público. Se

as escolhas tornaram insuficientes os recursos para o atendimento da ordem constitucional, há de se adequar a destinação de valores para o atendimento primordial do comando constitucional em favor de crianças e adolescentes, não sendo aqui suficiente a teoria da "reserva do possível" como excludente do descumprimento da constituição. No dizer do Min. Celso de Mello:

> "**A CONTROVÉRSIA PERTINENTE** À '*RESERVA DO POSSÍVEL*' **E A INTANGIBILIDADE** DO MÍNIMO EXISTENCIAL: **A QUESTÃO** DAS 'ESCOLHAS TRÁGICAS'.
>
> – **A destinação** de recursos públicos, sempre tão dramaticamente escassos, **faz instaurar** situações de conflito, **quer** com a execução de políticas públicas **definidas** no texto constitucional, **quer**, também, com a própria implementação de direitos sociais assegurados pela Constituição da República, **daí resultando** contextos de antagonismo **que impõem**, ao Estado, **o encargo** de superá-los **mediante** opções por determinados valores, **em detrimento** de outros igualmente relevantes, **compelindo**, o Poder Público, **em face** dessa relação dilemática, **causada** pela insuficiência de disponibilidade financeira e orçamentária, **a proceder** a verdadeiras 'escolhas trágicas', **em decisão governamental** cujo parâmetro, **fundado** na dignidade da pessoa humana, **deverá** ter em perspectiva a intangibilidade do mínimo existencial, **em ordem a conferir** real efetividade às normas programáticas **positivadas** na própria Lei Fundamental. **Magistério da doutrina**.
>
> – **A cláusula** da reserva do possível – **que não pode** ser invocada, pelo Poder Público, **com o propósito** de fraudar, de frustrar e de inviabilizar **a implementação** de políticas públicas **definidas** na própria Constituição – **encontra** insuperável limitação na garantia constitucional do mínimo existencial, **que representa**, no contexto de nosso ordenamento positivo, **emanação direta** do postulado da essencial dignidade da pessoa humana. **Doutrina. Precedentes.**"
>
> (STF – AgR no ARE 639.337-SP – 2ª T. – rel. Min. Celso de Mello – j. 23.08.2011)

Há de se impedir a aplicação da teoria da "reserva do possível" no caso de pedido de disponibilização de vaga em creche, ante a existência de uma situação social e econômica diretamente resultante de escolhas do administrador no direcionamento das verbas públicas. Conforme já decidido pelo Superior Tribunal de Justiça, "esse estado de escassez, muitas vezes, é resultado de um processo de escolha, de uma decisão. **Quando não há recursos suficientes para prover todas as necessidades, a decisão do administrador de investir em determinada área implica escassez de recursos para outra que não foi contemplada. A título de exemplo, o gasto com festividades ou propagandas governamentais pode ser traduzido na ausência de dinheiro para a prestação de uma educação de qualidade**." (STJ – AgRg no AREsp 790.767-MG – 2ª T. – rel. Min. Humberto Martins – j. 3.12.2015).

Acesso ao Sumário

Reconhece-se, assim, a legitimidade da intervenção judicial para a concretização do direito individual de fundamento constitucional, mantendo-se a determinação de primeiro grau para a concessão da vaga em creche ou pré-escola, a uma distância de até dois quilômetros da residência da família ou local de trabalho dos genitores.

Por fim, a imposição de multa processual à Fazenda Pública como ferramenta de coerção para o cumprimento de obrigação de fazer já foi declarada legal pelo Superior Tribunal de Justiça, sendo o entendimento consolidado: STJ – REsp 7.707.753/RS – 1ª T. – rel. Min. Luiz Fux – DJe. 27.2.2007; AgRg no REsp 796.255/RS – 1ª T. – rel. Min. Luiz Fux – DJe. 13.11.2006; REsp 831.784/RS – 1ª T. – rel.ª Min.ª Denise Arruda – DJe. 07.11.2006; AgRg no REsp 853.990/RS – 1ª T. – rel. Min. José Delgado – DJe 16.10.2006; REsp 851.760/RS – 1ª T. – rel. Min. Teori Albino Zavascki – DJe 11.09.2006.

Por tais fundamentos, **NEGO PROVIMENTO** ao recurso do Município e à remessa necessária.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0020107-30.2015.8.26.0361, da Comarca de Mogi das Cruzes, em que é apelante C.E.T.T. (MENOR), é apelado PROMOTOR DE JUSTIÇA DA VARA DA INFÂNCIA E JUVENTUDE DE MOGI DAS CRUZES.

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 39.807)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ADEMIR BENEDITO (VICE-PRESIDENTE) (Presidente) e SALLES ABREU (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO CRIMINAL).

São Paulo, 1º de agosto de 2016.

RICARDO DIP, Relator e Presidente da Seção de Direito Público

Acesso ao Sumário

Ementa: APELAÇÃO. ATO INFRACIONAL.

– Conduta equiparada ao crime de roubo majorado.

– Sentença que julgou procedente a representação e aplicou ao adolescente a medida socioeducativa de internamento.

– Imposição de internamento segundo o § 1º do art. 112 e do inc. I do art. 122 da Lei nº 8.069/1990 (de

13-7).

Desprovimento do recurso.

VOTO

RELATÓRIO:

1. A r. sentença recorrida acolheu a representação ofertada pelo Ministério Público para, reconhecida a prática de ato infracional equiparado ao delito de roubo majorado, impor ao adolescente C.E.T.T. a medida socioeducativa de internamento.

2. Apela o adolescente, buscando, em síntese, a improcedência da representação diante da fragilidade probatória, ou ao menos a substituição da medida extrema por outra em meio aberto (fls. 121-5).

Apresentadas as contrarrazões (fls. 129-32), e mantida a decisão recorrida (fls. 139), opinou a Procuradoria Geral de Justiça pelo desprovimento do recurso (fls.143-6).

É a síntese do necessário.

VOTO:

3. Extrai-se dos autos que, em (...), por volta das (...), defronte a residência situada na (...), número (...), (...), na Comarca de (...), o adolescente C.E.T.T., agindo em concurso e previamente ajustado com os menores A.P.N. e A.R.M., mediante grave ameaça, exercida com emprego de arma de fogo, contra as vítimas R.S.G., N.S.G. e "M.", de três anos de idade, subtraíram, para proveito comum, um veículo (...), placa (...), pertencente à ofendida R.

4. A materialidade restou comprovada pelos boletins de ocorrência (fls. 2-9), pelos autos de exibição, apreensão e entrega (fl. 10), bem como pela prova oral colhida.

5. A autoria é certa.

A negativa do menor não merece prevalecer.

As vítimas R. e N., na fase administrativa e em juízo, confirmaram que os fatos se deram tal como descritos na representação e reconheceram o adolescente de forma segura (fls. 86-7).

No mesmo sentido o depoimento do policial militar R.R.M., responsável pela apreensão do adolescente em poder do veículo roubado (fls. 88).

Desse modo, nenhum reparo comporta a sentença no que tange ao reconhecimento da materialidade e autoria do ato infracional.

6. O envolvimento do adolescente, na prática de ato infracional correspondente ao crime de roubo, em concurso de agentes e com utilização de arma de fogo, justifica a aplicação da medida socioeducativa mais gravosa, com fundamento legal no inciso I do art. 122 do Estatuto da Criança e do Adolescente,

Acesso ao Sumário

ainda que considerada alguma excepcionalidade na medida.

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." (HC 88755/SP – STF – Min. Rel. CEZAR PELUSO, j. 29-8-2006).

Além da gravidade abstrata do ato infracional, as condições pessoais do adolescente são desfavoráveis.

O jovem, não estuda e conta com registros anteriores pela Vara da Infância e Juventude (fls. 31 e 45).

Há evidente necessidade de orientação e direcionamento. Resta, pois, patente o grave desvio comportamental, e a medida socioeducativa de internação é a mais adequada ao caso concreto e dará ao adolescente a necessária orientação pedagógica, visando, ainda, a sua proteção integral.

Em conformidade com o princípio da proteção integral, a medida de internação visa a proporcionar um acompanhamento paideico ao menor, que poderá contar com suporte psicológico e profissionalizante.

DO EXPOSTO, nego provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0007554-02.2015.8.26.0635, da Comarca de São Paulo, em que são apelantes J.G.A.S.A. (MENOR) e B.M.S. (MENOR), é apelado PROMOTOR DE JUSTIÇA DA 3ª VARA ESPECIAL DA INFÂNCIA E JUVENTUDE DA CAPITAL.

ACORDAM, em Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento aos recursos. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 29.640)**

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, 1º de agosto de 2016.

XAVIER DE AQUINO, Decano e Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: Ato Infracional. Representação julgada procedente, aplicando a medida de internação pela prática de ato infracional equiparado ao delito de roubo duplamente majorado. Apelação pleiteando a improcedência em relação a um dos jovens envolvidos e de abrandamento da medida socioeducativa com relação ao outro. Autoria e materialidade suficientemente comprovadas. Medida imposta com acerto. Hipótese em que, além de ser proporcional à gravidade do fato e ao desvio social dos menores, a medida insere-se no taxativo rol do artigo 122 da Lei nº 8.069/90, mais especificamente, no inciso I. Decisão mantida. Recursos não providos.

VOTO

Trata-se de apelação interposta pelos adolescentes J.G.A.S.A. e B.B.S. contra a sentença (fls. 90/94) que os submeteu à medida socioeducativa de internação pela prática do ato infracional equiparado ao delito de roubo duplamente majorado (art. 157, § 2º, incs I e II, do CP). A defesa técnica pleiteia a improcedência da demanda por falta de provas da autoria em relação ao adolescente J.G.A.S.A. e a substituição da medida de internação por outra mais branda, em meio aberto, em relação a ambos os adolescentes. Pugnaram pelo recebimento do apelo em ambos os efeitos (fls. 104/118).

O recurso recebido (fl. 119), contra-arrazoado (fls. 147/154), a decisão foi mantida (fl. 155) e, nesta instância, a Douta Procuradoria Geral de Justiça manifestou-se pelo improvimento da irresignação (fls. 172/178).

É o relatório.

Prejudicado o pleito de concessão do efeito suspensivo, em vista do julgamento do presente recurso.

De qualquer modo, convém deixar assentado que com a revogação do inciso VI do artigo 198 do Estatuto da Criança e do Adolescente pela Lei nº 12.010/09, tem-se entendido que a concessão obrigatória do duplo efeito alcança apenas os recursos relativos à adoção. Sobre o tema, aliás, o Fórum Permanente de Estudos dos Juízes da Infância e da Juventude do Estado de São Paulo – FOPEJISP – publicou o Enunciado nº 6: *"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*

Acesso ao Sumário

medida socioeducativa para efeito de expedição da guia de execução, fundando a decisão nos princípios da imediatidade e da celeridade".

Ao mérito.

A r. sentença deve ser mantida por seus próprios e jurídicos fundamentos, eis que bem analisou o quadro probatório destes autos, dando aos fatos perfeita adequação jurídica e, na aplicação da medida socioeducativa, observou a gravidade do evento e o grau do desvio social dos infratores.

Consta da representação que, no dia (...), por volta das (...), na Rua (...), nº (...), na Cidade de (...), os adolescentes, ora apelantes, previamente ajustados e mediante grave ameaça exercida com emprego de arma de fogo, juntamente com os maiores A.M.S. e H.P.L., subtraíram, em proveito de todos, um aparelho celular da marca Samsung da vítima P.C.S., um aparelho celular da marca Samsung da vítima M.L.G.A.S., um aparelho celular da marca Samsung da vítima D.L.M.S., um aparelho celular da marca Samsung, um monitor de computador da marca AOC e a quantia de R$10,00 em dinheiro, da vítima C.N.M.F.S.

Consta, ainda, que, na mesma data, por volta das (...), na Rua (...), (...), (...), também em (...), os mesmos adolescentes, ora apelantes, previamente ajustados mediante grave ameaça exercida com emprego de arma de fogo, juntamente com os maiores A.M.S. e H.P.L., subtraíram, em proveito de todos, um aparelho celular da marca LG, uma CPU, cerca de 300 peças de roupas diversas, produtos de perfumaria, uma bolsa de couro e a quantia de R$ 250,00 em dinheiro, da vítima E.F.S.

A materialidade dos fatos está devidamente estampada no boletim de ocorrência, nos autos de apreensão dos adolescentes, nos autos de reconhecimento de pessoa (fls. 34/38), nos autos de exibição e apreensão (fls. 39/41), bem como na prova de oral colhida.

As autorias são igualmente incontestáveis, não podendo se falar em fragilidade de provas.

Em oitiva informal, como bem descreve o representante do Ministério Público (fl. 3), apelantes confessaram suas participações nos fatos. Esclareceu J.G.A.S.A. ter permanecido no interior do veículo utilizado para a prática do roubo, enquanto os três comparsas ingressaram no estabelecimento comercial para assaltá-lo. Frisou ter ciência da prática delitiva dos demais e ter prestado auxílio e aquiescência na prática dos fatos. B.M.S., por sua vez, confessou que ingressou nos salões de cabeleireiro juntamente com seu irmão A. e H. (ambos maiores de idade), o primeiro estava armado com um revólver (fls. 03).

Aos técnicos da Fundação Casa (fls. 47, 123 e 128), os adolescentes, ora apelantes, também admitiram suas participações nos fatos, J.G.A.S.A., na ocasião, afirmou que permanecera no interior do veículo para dar fuga

aos demais roubadores. Em Juízo, no entanto, J.G.A.S.A., diferentemente do apelante B.M.S. negou a prática da infração, informando apenas ter pego uma carona no carro em que foi detido junto com os demais, não sabendo informar quem dirigia (mídia digital).

Ora, a confissão extrajudicial, ainda que retratada em juízo, desde que corroborada por outros elementos de prova colhidos sobre o crivo do contraditório, serve de indício de autoria, possibilitando a imposição de medida socioeducativa, desde que não refutada por outras provas ou contra-indícios, cujo ônus de produção incumbe à defesa. Depois, consabido é que o fato da confissão ter sido feita na fase administrativa é irrelevante, de vez que, tal prova vale não em função do local em que venha a ser lançada, mas do grau de credibilidade que naturalmente lhe seja inerente.

E, para reforçar as confissões extrajudiciais, as vítimas narraram os fatos nos termos descritos na representação e reconheceram os adolescentes e os demais imputáveis como os autores do roubo.

De fato, da análise da prova oral colhida em audiência, depreende-se que as vítimas E. e C. tiveram seus respectivos estabelecimentos comerciais roubados. Forneceram detalhes essenciais do ato infracional. Esclareceram como se deu o ingresso de três assaltantes, um deles armado, enquanto que o quarto comparsa permaneceu no veículo. Ambas de forma coerente disseram que a polícia localizou quatro suspeitos num veículo, pouco tempo depois do cometimento dos roubos que foram simultâneos, tendo as ofendidas reconhecido os dois adolescentes suspeitos detidos, sendo que adolescente J.G.A.S.A era o quarto assaltante que permaneceu no veículo (mídia digital).

Não bastasse isso, o policial militar F., ouvido sob o crivo do contraditório, narrou que foi acionado para atender a duas ocorrências de roubo a estabelecimentos comerciais e sua versão é coerente com as demais provas. Como bem observa a Douta Procuradoria Geral de Justiça nesse aspecto, o mencionado miliciano foi informado que "os crimes eram praticados por quatro indivíduos, que ocupavam um veículo Gol, sendo que três ingressavam no comércio e outro permanecia no automóvel. Em diligências, localizaram o veículo com o apelante J. sentado ao volante. Recuperaram parte da *res furtiva*. Os adolescentes admitiram os fatos na ocasião. O miliciano reconheceu os adolescentes em audiência" (fls. 176/177).

A prova é clara, pois, no sentido da responsabilidade dos menores apelantes, e autoriza concluir que a procedência da representação era mesmo de rigor, não podendo ser afastada, considerando, também, que grande parte da *res furtiva* foi apreendida em poder dos menores, circunstância que inverte o ônus da prova e constitui importante elemento de convicção acerca da autoria do ato infracional.

Acesso ao Sumário

A aplicação da medida socioeducativa de internação, por sua vez, foi devidamente justificada e é proporcional à gravidade dos fatos e ao desvio social do infrator, que, embora primário, revelou ousadia e determinação na ação infracional.

Além disso, a infração equiparada ao delito de roubo está inserido no taxativo rol do artigo 122, do Estatuto da Criança e do Adolescente, mais precisamente em seu inciso I, o qual impõe medida de internação quando se tratar de ato infracional cometido mediante violência e grave ameaça.

Neste sentido já decidiu o Egrégio Superior Tribunal de Justiça: *"HABEAS CORPUS. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. ATO INFRACIONAL ANÁLOGO AO CRIME DE ROUBO CIRCUNSTANCIADO. ATO COMETIDO COM VIOLÊNCIA OU GRAVE AMEAÇA À PESSOA. ART. 122, INCISO I, DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. MEDIDA SÓCIO-EDUCATIVA DE INTERNAÇÃO POR PRAZO INDETERMINADO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CONFIGURADO. ORDEM DENEGADA. 1. Configurada uma das hipóteses elencadas no rol taxativo do art. 122 da Lei nº 8.069/90 é possível a aplicação da medida sócio-educativa de internação. 2. O ato infracional equiparado ao delito de roubo é praticado com violência ou grave ameaça, o que autoriza a aplicação da medida extrema. 3. Ordem denegada"* (HC 95352/SP, 6ª Turma, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, DJe 08/06/2009).

Cabe destacar ainda que o relatório da Fundação Casa (fls. 126/130) observa que *"o núcleo familiar necessita de se fortalecer e de assegurar ao jovem J. as condições básicas para o seu desenvolvimento, para tanto precisam ser assistidos por programa governamental de auxílio à família, bem como o adolescente ser igualmente atendido por profissionais especializados que favoreçam o seu desenvolvimento e oportunizem direcionamentos diversos, contemplados na licitude"* (fl. 126, área psicológica). O adolescente B., do mesmo modo, ainda não apresenta adequado respaldo familiar, conforme consta do relatório (fls. 123/124, área social).

Depois, como bem ponderado em contrarrazões (fls. 151/152) *"o relatório polidiagnóstico levado a efeito pela equipe técnica da Fundação Casa (fls. 123/125) aponta que o adolescente B. está fora dos bancos escolares, não possui senso crítico e maturidade. Além disso, o jovem vem apresentando comportamento avesso à disciplina no âmbito familiar. J., por seu turno, apesar de primário, necessita, segundo informações da equipe multidisciplinar responsável por seu atendimento, de acompanhamento sistemático para que os acompanhamentos iniciados no âmbito da internação provisória tenham continuidade (fls. 126/30)"*.

Assim, *"Demonstrado pelo Juízo singular a necessidade concreta*

da medida socioeducativa de internação e tendo o paciente praticado ato infracional equiparado ao delito de roubo circunstanciado, não se configura constrangimento ilegal a aplicação de tal medida, nos termos do art. 122, I, do Estatuto da Criança e do Adolescente" (STJ, HC 152110/ES, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, 5ª Turma, DJe 29/03/2010).

Ajustada, pois, a medida socioeducativa excepcional (internação), que não é abusiva e que se mostra, no momento, como a mais adequada para impor freios e responsabilidades. Dessa forma, à luz das considerações tecidas, de rigor a manutenção da internação dos adolescentes.

Por fim, a confissão não traduz justificativa para amenizar a medida socioeducativa em questão, uma vez que a circunstância atenuante do art. 65, III, "d", do CP não se aplica aos procedimentos relativos a ato infracional porque o conteúdo da medida socioeducativa é eminentemente educativo e protetivo, não se confundindo com pena, no entanto, a confissão espontânea do apelante B.M.S., apesar de não interferir na escolha da ação sociopedagógica, influiu na comprovação da autoria e sinalizou virtude de arrependimento, o que poderá ser considerado durante a fase de execução da medida.

Ademais, os apelantes serão periodicamente avaliados, podendo, destarte, suas medidas serem revertidas, isso se vierem a demonstrar inequívoca aptidão para retornar ao convívio social.

Pelo exposto, **nega-se provimento** aos apelos, restando mantida, integralmente, a sentença impugnada.

Apelações/Reexames Necessários

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação/Reexame Necessário nº 3004404-66.2013.8.26.0526, da Comarca de Salto, em que é apelante/apelado E.R.F.S. (MENOR), apelantes M.S. e J.E.O.

ACORDAM, em Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento aos recursos tão somente com relação ao destino da multa diária recolhida. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 36919)**.

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ADEMIR

Acesso ao Sumário

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, 1º de agosto de 2016.

LUIZ ANTONIO DE GODOY, Relator e Presidente da Seção de Direito Privado

Ementa: 1. CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. Estatuto da Criança e do Adolescente. Apelação Cível em ação de rito ordinário. Pretensão à obtenção de vaga em unidade educacional infantil mantida pela Municipalidade, próxima à residência da parte.

2. Direito constitucional auto-aplicável, previsto na norma do art. 208, IV, Constituição Federal, conforme posição pacífica da Suprema Corte (MC na ADPF n. 45/DF, Rel. Min. Celso de Mello, j. 29.04.04) e Colendo STJ (AgRg no REsp 1546487/DF, Rel. Min. Herman Benjamin, j. 27.10.15). Competência da Municipalidade.

3. Astreintes. Possibilidade de fixação de multa diária como meio coercitivo ao cumprimento da obrigação pela Fazenda Pública.

4. Honorários advocatícios fixados com moderação.

5. Recursos providos em parte tão somente para a alteração da destinação da multa diária.

VOTO

Trata-se de apelação e reexame necessário, nos autos de ação de rito ordinário ajuizada por menor contra a Municipalidade de Salto. A r. sentença de fls. 96/99, cujo relatório se adota, julgou o pedido procedente para condenar a Administração a garantir a matrícula e permanência da criança em unidade de ensino infantil próxima de sua residência, preferencialmente na que se efetivou a matrícula, sob pena de multa diária, além de honorários advocatícios.

A parte autora requer a majoração da verba honorária para R$ 1.000,00 (fls. 104/105).

A Municipalidade de Salto aduz que firmou Termo de Ajustamento de Conduta junto ao Ministério Público. Por isso, argumenta que a obrigação só pode ser exigida após o prazo final do termo. Ademais, no mérito, requer a

Acesso ao Sumário

redução do valor da multa diária e dos honorários; necessidade de verificação de disponibilidade de vagas na escola eleita e nas demais existentes, bem como o atendimento à ordem de inscrição dos interessados. Invoca a teoria da reserva do possível e discricionariedade na política pública de educação pela Administração Pública (fls. 112/126).

Foram apresentadas contrarrazões. Remetidos os autos a este Tribunal, a D. Procuradoria Geral de Justiça manifestou-se pelo improvimento dos recursos (fls. 155/160).

É o relatório.

Há reexame necessário conforme Súmula n. 490, Colendo STJ (editada na vigência do Código de Processo Civil de 1973), em conformidade também ao art. 496, § 2º, Código de Processo Civil de 2015.

As preliminares alegadas não convencem, pois a Administração Pública não comprova que tenha disponibilizado vaga para a parte antes do ajuizamento da ação.

Não há falta de interesse de agir.

É irrelevante a existência de Termo de Ajustamento de Conduta firmado pela Municipalidade de Salto com o Ministério Público, vez que, consoante já decidido por esta Colenda Câmara Especial em hipótese assemelhada, *"Termo de Ajustamento de Conduta firmado com o Ministério Público* [...] *não obsta o direito da criança à imediata matrícula na creche"* (Apelação/Reexame Necessário nº 1005710-59.2014.8.26.0077, Birigui, Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, v. un., Rel. Des. Ricardo Anafe, em 29/6/15).

Ademais, não há óbice à propositura de ação pelos titulares de direitos individuais, porquanto nem mesmo o ajuizamento de ação coletiva tem esse condão (art. 104, do Código de Defesa do Consumidor). Como observado pela Promotora de Justiça da Comarca de Salto, *"(...) o compromisso de ajustamento de conduta gera um título executivo em favor de uma coletividade e, caso verse direitos individuais homogêneos, nada impede que haja ações individuais pleiteando-se direito pessoais e que vai além do quanto ajustado entre o órgão público e o compromitente"* (fl. 77).

Tenha-se em mente que *"O compromisso de ajustamento de conduta é garantia mínima, não limite máximo de responsabilidade"* (Hugo de Nigro Mazzilli, A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses, São Paulo, Saraiva, 2007, pág. 394).

Outrossim, evidenciada a falta de vaga em creche para a autora, reconhece-se o seu pleno interesse em obtê-la, independentemente de recusa expressa por parte do Município.

Dessa forma, as preliminares alegadas não convencem, pois a

Acesso ao Sumário

Administração Pública não comprova que tenha disponibilizado vaga para a parte antes do ajuizamento da ação.

No mérito, a Suprema Corte é firme em reconhecer que há direito constitucional auto-aplicável à vaga em creche e acesso à pré-escola, conforme norma do art. 208, IV, Constituição Federal. Traz-se à colação excerto do precedente:

> "ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. A QUESTÃO DA LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DO CONTROLE E DA INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO EM TEMA DE IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS, QUANDO CONFIGURADA HIPÓTESE DE ABUSIVIDADE GOVERNAMENTAL. DIMENSÃO POLÍTICA DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL ATRIBUÍDA AO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. INOPONIBILIDADE DO ARBÍTRIO ESTATAL À EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS, ECONÔMICOS E CULTURAIS. CARÁTER RELATIVO DA LIBERDADE DE CONFORMAÇÃO DO LEGISLADOR. CONSIDERAÇÕES EM TORNO DA CLÁUSULA DA 'RESERVA DO POSSÍVEL'. NECESSIDADE DE PRESERVAÇÃO, EM FAVOR DOS INDIVÍDUOS, DA INTEGRIDADE E DA INTANGIBILIDADE DO NÚCLEO CONSUBSTANCIADOR DO 'MÍNIMO EXISTENCIAL'. VIABILIDADE INSTRUMENTAL DA ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO NO PROCESSO DE CONCRETIZAÇÃO DAS LIBERDADES POSITIVAS (DIREITOS CONSTITUCIONAIS DE SEGUNDA GERAÇÃO).
>
> (...)
>
> Essa eminente atribuição conferida ao Supremo Tribunal Federal põe em evidência, de modo particularmente expressivo, a dimensão política da jurisdição constitucional conferida a esta Corte, que não pode demitir-se do gravíssimo encargo de tornar efetivos os direitos econômicos, sociais e culturais – que se identificam, enquanto direitos de segunda geração, com as liberdades positivas, reais ou concretas (RTJ 164/158-161, Rel. Min. CELSO DE MELLO) –, sob pena de o Poder Público, por violação positiva ou negativa da Constituição, comprometer, de modo inaceitável, a integridade da própria ordem constitucional: 'DESRESPEITO À CONSTITUIÇÃO – MODALIDADES DE COMPORTAMENTOS INCONSTITUCIONAIS DO PODER PÚBLICO. – O desrespeito à Constituição tanto pode ocorrer mediante ação estatal quanto mediante inércia governamental. A situação de inconstitucionalidade pode derivar de um comportamento ativo do Poder Público, que age ou edita normas em desacordo com o que dispõe a Constituição, ofendendo-lhe, assim, os preceitos e os princípios que nela se acham consignados. Essa conduta estatal, que importa em um facere (atuação positiva), gera a inconstitucionalidade por ação. – Se o Estado deixar de adotar as medidas necessárias à realização concreta dos preceitos da Constituição, em ordem a torná-los efetivos, operantes e exeqüíveis, abstendo-se, em

Acesso ao Sumário

conseqüência, de cumprir o dever de prestação que a Constituição lhe impôs, incidirá em violação negativa do texto constitucional. Desse non facere ou non praestare, resultará a inconstitucionalidade por omissão, que pode ser total, quando é nenhuma a providência adotada, ou parcial, quando é insuficiente a medida efetivada pelo Poder Público. ... . – A omissão do Estado – que deixa de cumprir, em maior ou em menor extensão, a imposição ditada pelo texto constitucional – qualifica-se como comportamento revestido da maior gravidade político-jurídica, eis que, mediante inércia, o Poder Público também desrespeita a Constituição, também ofende direitos que nela se fundam e também impede, por ausência de medidas concretizadoras, a própria aplicabilidade dos postulados e princípios da Lei Fundamental.' (RTJ 185/794-796, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Pleno) É certo que não se inclui, ordinariamente, no âmbito das funções institucionais do Poder Judiciário – e nas desta Suprema Corte, em especial – a atribuição de formular e de implementar políticas públicas (JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, 'Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976', p. 207, item n. 05, 1987, Almedina, Coimbra), pois, nesse domínio, o encargo reside, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo. Tal incumbência, no entanto, embora em bases excepcionais, poderá atribuir-se ao Poder Judiciário, se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional, ainda que derivados de cláusulas revestidas de conteúdo programático. Cabe assinalar, presente esse contexto – consoante já proclamou esta Suprema Corte – que o caráter programático das regras inscritas no texto da Carta Política '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' (RTJ 175/1212-1213, Rel. Min. CELSO DE MELLO).

(...)

Cumpre advertir, desse modo, que a cláusula da 'reserva do possível' – ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível – não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade.

(...)

Não obstante a formulação e a execução de políticas públicas dependam de opções políticas a cargo daqueles que, por delegação popular,

Acesso ao Sumário

receberam investidura em mandato eletivo, cumpre reconhecer que não se revela absoluta, nesse domínio, a liberdade de conformação do legislador, nem a de atuação do Poder Executivo. É que, se tais Poderes do Estado agirem de modo irrazoável ou procederem com a clara intenção de neutralizar, comprometendo-a, a eficácia dos direitos sociais, econômicos e culturais, afetando, como decorrência causal de uma injustificável inércia estatal ou de um abusivo comportamento governamental, aquele núcleo intangível consubstanciador de um conjunto irredutível de condições mínimas necessárias a uma existência digna e essenciais à própria sobrevivência do indivíduo, aí, então, justificar-se-á, como precedentemente já enfatizado – e até mesmo por razões fundadas em um imperativo ético-jurídico –, a possibilidade de intervenção do Poder Judiciário, em ordem a viabilizar, a todos, o acesso aos bens cuja fruição lhes haja sido injustamente recusada pelo Estado". (ADPF 45 MC/DF, Rel. Min. Celso de Mello, j. 29.04.04)

O direito à educação, na medida em que deixa de ser cumprido pela Administração Pública de forma consistente à política pública, cujas linhas mestras estão na Constituição Federal, é passível de correção pelo Judiciário. E o mínimo existencial, presente no "núcleo-duro" do direito fundamental à educação, prepondera sobre a reserva do possível, que, aliás, não foi demonstrada a contento pela Administração. Não há, portanto, violação ao princípio da separação dos Poderes.

Aliás, é atribuição primordial dos Municípios a atuação prioritária na educação infantil, conforme art. 211, § 2º, Constituição Federal, por meio da oferta de vaga em creches e pré-escolas (art. 11, V, Lei 9.394/1996).

Esta E. Câmara Especial é forte nesse sentido, conforme precedentes com premissas fáticas análogas às do caso concreto:

"Recurso Oficial. Ação de Obrigação de fazer. Dever do Poder Público de fornecer educação básica, obrigatória e gratuita a criança, em unidade próxima de sua residência. Pedido procedente. Garantia fundamental à educação consagrada em norma de eficácia plena e aplicabilidade imediata. Ausência de violação aos princípios da separação dos poderes, da discricionariedade administrativa e da igualdade. Manutenção da obrigação alternativa de custeio em entidade privada, em face de descumprimento. Responsabilização do Município pelo transporte da criança em caso de matrícula em unidade distante de sua residência. Necessidade. Desdobramento do direito à educação. Recurso oficial desprovido" (Reexame necessário nº 0008950-25.2015.8.26.0114 – Campinas, Câmara Especial do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Rel. Des. Salles Abreu, j. em 14.12.15).

"Apelação – Vaga em creche – Obrigação de fazer – Ensino infantil – Procedência – Pretensão de reforma – Impossibilidade – Direito fundamental – Ausência de violação aos princípios constitucionais da

separação e independência dos poderes – Acesso da criança à educação – Ausência de intromissão indevida do Judiciário em questões de outro poder – Inteligência dos artigos 205, 208, I, e 211, § 2º, da CF, 53, V, 54, IV, e 208, I, do ECA – Apelação do município e reexame necessário não providos. Apelação – Alteração da verba de honorários advocatícios – Majoração necessária para remuneração justa do trabalho – Inteligência ao art. 20 §§ 3º e 4º do CPC – Apelação do autor parcialmente provida" (Apelação Cível nº 0006982-60.2014.8.26.0286 – Itu, Câmara Especial do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Rel. Des. Ademir Benedito, j. em 14.12.15).

As Súmulas ns. 63 e 65, desta E. Corte são no seguinte sentido:

"Súmula 63: É indeclinável a obrigação do Município de providenciar imediata vaga em unidade educacional a criança ou adolescente que resida em seu território".

"Súmula 65: Não violam os princípios constitucionais da separação e independência dos poderes, da isonomia, da discricionariedade administrativa e da anualidade orçamentária as decisões judiciais que determinam às pessoas jurídicas da administração direta a disponibilização de vagas em unidades educacionais ou o fornecimento de medicamentos, insumos, suplementos e transporte a crianças ou adolescentes".

Limites orçamentários e necessidade de análise prévia dos pedidos de vaga em estabelecimentos de ensino infantil da rede municipal não foram comprovados por prova idônea nestes autos. Ainda que o fossem, não podem ser sobrepostos ao direito constitucionalmente garantido à educação.

A escolha da unidade educacional deve ser interpretada no sentido de que a instituição de ensino próxima seja localizada até dois quilômetros da residência da criança, salvo se constatada alguma necessidade especial. É inviável, de outro lado, a escolha específica pela impetrante (Reexame Necessário nº 1010272-35.2015.8.26.0576, Rel. Issa Ahmed, j. 14.12.15).

Assim, compete à Administração Pública a escolha da escola em que providenciará a vaga à criança interessada, de acordo com sua margem de discricionariedade, mas desde já ficando responsabilizada pelo transporte gratuito das crianças, caso a unidade escolhida fique a mais de dois quilômetros da residência.

Por fim, a multa diária é plenamente aplicável à Administração Pública, conforme precedente do Colendo STJ (AgRg no REsp 1299694/RS, Rel. Min. Sérgio Kukina, DJe 29.10.15). O valor arbitrado é adequado e atende aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Do mesmo modo, os honorários advocatícios foram fixados com moderação e são, por isso, confirmados.

Contudo, a multa diária deverá ser destinada a fundo gerido pelo Conselho

Acesso ao Sumário

dos Direitos da Criança e do Adolescente do Município e não em favor da criança.

Isto posto, pelo meu voto, dá-se provimento aos recursos tão somente com relação ao destino da multa diária recolhida.

Conflitos de Competência

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência nº 0022829-19.2016.8.26.0000, da Comarca de Suzano, em que é suscitante MM. JUIZ DE DIREITO DA 4ª VARA CÍVEL DE SUZANO, é suscitado MM. JUIZ DE DIREITO DA 3ª VARA CÍVEL DO FORO REGIONAL DO JABAQUARA.

ACORDAM, em Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Julgaram procedente o conflito para declarar a competência do juízo suscitado (3ª Vara Cível do Foro Regional do Jabaquara) para apreciar a ação declaratória de inexistência de relação jurídica em apreço. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 36267)**

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, 27 de junho de 2016.

LUIZ ANTONIO DE GODOY, Relator e Presidente da Seção de Direito Privado

Acesso ao Sumário

Ementa: CONFLITO DE COMPETÊNCIA – Ação indenizatória por danos morais. Distribuição no foro da sede do Banco-réu. Remessa de ofício ao foro do domicílio da autora. Impossibilidade. Relação de Consumo. Competência concorrente a ser fixada por opção da consumidora. Inteligência da Súmula 77 deste Tribunal. Conflito procedente. Competência do Juízo suscitado.

VOTO

Vistos.

Cuida-se de conflito negativo de competência instaurado entre as autoridades supracitadas, no qual o **Juízo de Direito da 4ª Vara Cível da Comarca de Suzano** sustenta que a competência para apreciar a demanda seria do **Juízo da 3ª Vara Cível do Foro Regional III – Jabaquara/Capital**, perante o qual a ação foi originariamente proposta. Argumenta que a lide versa sobre relação de consumo e que, valendo-se de sua faculdade, a autora optou por ajuizá-la no foro da sede do Banco-réu. Nada obstante, o juízo suscitado declinou de sua competência e ordenou a redistribuição dos autos à Comarca de Suzano, aduzindo que a requerente deveria ter promovido a ação no local de seu domicílio.

Nomeado o Juízo suscitado (Juízo de Direito da 3ª Vara Cível do Foro Regional III – Jabaquara) para apreciar e decidir questões urgentes, o MP declinou de intervir no feito.

É o relatório.

Inicialmente, anoto que está configurado o conflito negativo de competência, nos termos do artigo 115, inciso II, do Código de Processo Civil de 1973 (atual art. 66, II), haja vista que dois magistrados se reputaram incompetentes para apreciar a mesma causa.

Em segundo plano, tem-se que o conflito foi instaurado em ação indenizatória por danos morais, ajuizada pela consumidora no foro da sede do Banco-réu (3ª Vara Cível do Foro Regional III – Jabaquara). No entanto, a magistrada suscitada ordenou a redistribuição dos autos ao foro **do domicílio da autora**, argumentando que ela detém foro privilegiado e deve demandar perante o mesmo.

Assiste razão ao juízo suscitante.

A ação que versa sobre relação de consumo pode ser ajuizada no foro da sede da ré, de acordo com o artigo 100, IV, "a", do Código de Processo Civil, ou no foro do domicílio da autora, consoante artigo 101, I, do Código de Defesa do Consumidor.

Nesse sentido, dispõe a Súmula 77 deste Tribunal:

"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".

A propósito, esta Câmara Especial proferiu as seguintes decisões:

"Conflito de Competência – ação revisional de cláusulas de contrato de financiamento c.c. pedido de tutela antecipada e repetição de indébito – distribuição no domicílio do réu – relação de consumo – remessa de

Acesso ao Sumário

ofício ao foro do domicílio da autora – impossibilidade – competência concorrente que é fixada por opção do consumidor e não pode ser declinada de ofício – inteligência da Súmula 77 deste Tribunal – conflito procedente – competência do Juízo suscitado" (Relator: Ademir Benedito; Comarca: São Roque; Órgão julgador: Câmara Especial; Data do julgamento: 02/05/2016; Data de registro: 04/05/2016).

E:

Conflito negativo de competência – Ação revisional de contrato bancário, proposta por consumidor no foro da sede do banco-réu, conforme endereço informado na inicial. Faculdade do autor de ajuizamento da demanda no foro do seu domicílio ou do réu. Exegese da Súmula n° 77, da Câmara Especial, e dos arts. 94 e 100, IV, "b", do CPC. Impossibilidade de reconhecimento de incompetência de ofício, nos termos da Súmula 33, do STJ. Conflito procedente – Competência do Juízo Suscitado. (Relator: Salles Abreu; Comarca: São Paulo; Órgão julgador: Câmara Especial; Data do julgamento: 02/05/2016; Data de registro: 03/05/2016)

Neste contexto, tem razão a magistrada suscitante ao argumentar que o juízo suscitado não poderia ter declinado de sua competência, eis que esta se rege pela opção da consumidora, que pode ajuizar as demandas calcadas no Código de Defesa do Consumidor em seu domicílio ou no do fornecedor.

Ante o exposto, **JULGO PROCEDENTE** o conflito para declarar a competência do juízo suscitado (**3ª Vara Cível do Foro Regional do Jabaquara**) para apreciar a ação declaratória de inexistência de relação jurídica em apreço.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência nº 0013079-90.2016.8.26.0000, da Comarca de Santana de Parnaíba, em que é suscitante MMª. JUÍZA DE DIREITO DA VARA ÚNICA DE SANTANA DE PARNAÍBA, é suscitada MMª. JUÍZA DE DIREITO DA VARA DA FAZENDA PÚBLICA DE BARUERI.

ACORDAM, em Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Julgaram procedente o conflito e declararam a competência do Juízo Suscitado. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 39539)**

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, 27 de junho de 2016.

Acesso ao Sumário

ADEMIR BENEDITO, Relator e Vice-Presidente

Ementa: Conflito de Competência – ação de anulação de ato de concessão de pensão por morte ajuizada por São Paulo Previdência (SPPREV) – competência da Vara da Fazenda Pública, prevista no artigo 35, I, do Código Judiciário do Estado de São Paulo – nova remessa dos autos à recém-criada Vara Única da Comarca de Santana de Parnaíba – impossibilidade – competência territorial, de natureza relativa, que não admite declinação de ofício – inteligência do artigo 64 do novo Código de Processo Civil e Súmula nº 33 do STJ – conflito procedente – competência do juízo suscitado.

VOTO

Trata-se de conflito negativo de competência suscitado pela MMª. Juíza da Vara Única da Comarca de Santana de Parnaíba, em face da MMª. Juíza da Vara da Fazenda Pública da Comarca de Barueri, nos autos da ação de anulação de ato de concessão de pensão por morte ajuizada por São Paulo Previdência – SPPREV contra Angela Maria de Oliveira.

Afirma a magistrada suscitante que, na hipótese, o critério para a fixação da competência é territorial, de natureza relativa e, portanto, indeclinável de ofício (fls. 110/113).

É o relatório.

O conflito negativo de competência está configurado, pois ambos os juízos se declararam incompetentes para processar e julgar o feito (artigo 115, II, do Código de Processo Civil).

Segundo consta, São Paulo Previdência – SPPREV ajuizou ação de anulação de ato de concessão de pensão por morte contra Angela Maria de Oliveira (fls. 01/11).

A demanda foi originariamente distribuída à 4ª Vara Cível da Comarca de Barueri que, por entender que a competência é da Vara da Fazenda Pública, determinou a remessa dos autos ao Juízo especializado local (fls. 105).

Este, por sua vez, sob o fundamento de que a recém-criada Comarca de Santana de Parnaíba, por abranger o domicílio da ré, detém a competência para o processamento do feito, promoveu nova redistribuição dos autos (fls. 107).

Sem razão, contudo.

Em primeiro lugar, é incontroverso o fato de que compete à Vara da

Acesso ao Sumário

Fazenda Pública o processamento das demandas em que figure como parte pessoa jurídica de Direito Público, a teor do que dispõe o artigo 35, I, do Código Judiciário do Estado de São Paulo.

Feita a ressalva, cumpre analisar a pertinência da declinação de competência da magistrada suscitada no momento em que recebeu os autos do Juízo comum.

Isso porque, ainda que se considere o argumento de que, com a instalação da Vara Única da Comarca de Santana de Parnaíba, pelas regras vigentes seria este o Juízo competente para o processamento da demanda, a fixação da competência nesse caso, baseada pelo critério territorial, por ser relativa, não admite declinação sem provocação das partes.

Este entendimento encontra-se sumulado pelo Superior Tribunal de Justiça:

"A incompetência relativa não pode ser declarada de ofício" (Súmula 33).

Do exposto, julga-se procedente o conflito e declara-se competente o Juízo suscitado, Vara da Fazenda Pública da Comarca de Barueri.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência nº 0029172-31.2016.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é suscitante MM. JUIZ DE DIREITO DA 1ª VARA DE REGISTROS PÚBLICOS DA CAPITAL, é suscitado MM. JUIZ DE DIREITO DA 1ª VARA CÍVEL DO FORO REGIONAL DE SANTO AMARO.

ACORDAM, em Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Declararam a competência do M. Juízo suscitado, qual seja, o da digna 1ª Vara Cível do Foro Regional de Santo Amaro. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 39.876)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ADEMIR BENEDITO (VICE-PRESIDENTE) (Presidente) e SALLES ABREU (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO CRIMINAL).

São Paulo, 25 de julho de 2016.

RICARDO DIP, Relator e Presidente da Seção de Direito Público

Acesso ao Sumário

Ementa: CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA.

Ação de demarcação de terra – Remessa dos autos

à Vara de Registros Públicos – Impossibilidade – Matéria que não se insere dentro das atribuições da vara especializada – Competência determinada pelo foro da situação do imóvel – Inteligência do art. 95 do então vigente Cód.Pr.Civ. (atual art. 46 da nova Lei Adjetiva).

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 1ª Vara de Registros Públicos da Capital em face do M. Juízo da 1ª Vara Cível do Foro Regional de Santo Amaro, nos autos de ação de demarcação de terra ajuizada por Lenox Indústria e Comércio Ltda., Cheung Wai Lee e Marie Louise Yang Lee contra Itaipava Industrial de Papéis Ltda.

Desfiou-se o conflito sob o argumento de que a matéria discutida nos autos é estranha à competência funcional da vara especializada, que está restrita às hipóteses do art. 38 do Decreto-Lei Complementar n. 3-1969 (de 27-8).

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 M. Juízo da 1ª Vara Cível do Foro Regional de Santo Amaro, que remeteu os autos ao M. Juízo suscitado, por entender que a matéria é de competência da vara especializada.

4. Tratando-se de competência entre foros regionais da Capital, a regra é funcional. A possibilidade de declinação, *ex officio*, pelo magistrado, é inequívoca.

5. A demarcação de terra, entretanto, não se insere nas atribuições de competência da Vara de Registros Públicos, pois sua função é definida pela matéria, como determina o art. 38 do Decreto-Lei Complementar n. 3/1969 (de 27-8).

A demanda, *in casu*, é fundada em direito real sobre imóveis, de natureza absoluta, cuja competência é do foro do local da situação da coisa (art. 95 do então vigente Cód.Pr.Civ., atual art. 47 da nova Lei Adjetiva), de sorte que a competência é do foro de Santo Amaro (fl. 40).

Em caso símile, esta Câmara Especial já decidiu neste sentido: CC 0279321-23.2011 – Rel. Des. MARTINS PINTO, j. 19-3-2012.

Acesso ao Sumário

DO EXPOSTO, assina-se a competência do M. Juízo suscitado, qual seja, o da digna 1ª Vara Cível do Foro Regional de Santo Amaro.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência nº 0015486-69.2016.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é suscitante MM. JUÍZA DE DIREITO DA 14ª VARA CÍVEL DA CAPITAL, é suscitado MM. JUIZ DE DIREITO DA 2ª VARA CÍVEL DO FORO REGIONAL DE PENHA DE FRANÇA.

ACORDAM, em Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Julgaram procedente o presente conflito e declararam competente para conhecer e julgar a ação o Juízo suscitado, da 2ª Vara Cível do Foro Regional de Penha de França. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 38.707)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ADEMIR BENEDITO (VICE-PRESIDENTE) (Presidente) e ANTONIO CARLOS MALHEIROS (DECANO).

São Paulo, 25 de julho de 2016.

SALLES ABREU, Relator e Presidente da Seção de Direito Criminal

Ementa: CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. Ação de busca e apreensão. Foro de eleição. Comarca da Capital. Competência relativa. Declinação de ofício. Impossibilidade. Artigo 64 e parágrafo primeiro do Novo CPC. Súmula 33 do Superior Tribunal de Justiça ainda em vigor. Conflito julgado procedente. Competência do Juízo suscitado.

Acesso ao Sumário

VOTO

Cuida-se de **conflito negativo de competência** suscitado pela Meritíssima Juíza da 14ª Vara Cível da Capital em face de decisão proferida pelo Meritíssimo Juiz da 2ª Vara Cível do Foro Regional de Penha de França, que determinou a redistribuição dos autos da ação de busca e apreensão e depósito, com pedido de liminar, movida por Incalfer Máquinas Especiais Ltda. EPP contra Alimentos Nonato Ltda. ME.

Afirma a MM. Juíza suscitante que as regras de competência entre os foros central e regionais da capital têm natureza funcional, inexistindo a alegada

competência residual do foro central (folhas 72/74).

Foi designado o MM. Juízo suscitado para apreciar as medidas urgentes (folhas 77).

A douta Procuradoria Geral de Justiça manifestou-se pelo acolhimento do conflito, declarando-se competente o Juízo suscitante (folhas 81/82).

É o relatório.

Razão assiste ao Juízo suscitante.

A ação de busca e apreensão foi distribuída à 2ª Vara Cível do Foro Regional de Penha de França, tendo o Juízo suscitado determinado a sua redistribuição, invocando a tese de que o Foro Central tem competência residual à dos Regionais.

O cerne da controvérsia, porém, diz respeito à competência territorial, cuja regra ostenta natureza relativa, e, por isso, não pode ser declarada de ofício, mas sim por provocação da parte contrária, como preliminar de contestação, nos termos do disposto pelo artigo 64 e seu parágrafo primeiro ("a contrario sensu") do Novo Código de Processo Civil.

Sobre o tema, permanece em vigor a Súmula 33 do STJ, que estabelece:

"A incompetência relativa não pode ser declarada de ofício".

Esta C. Câmara Especial adota o mesmo entendimento:

"CONFLITO DE COMPETÊNCIA. Cláusula de eleição. Declinação *ex officio*. Impossibilidade. Necessidade de exceção promovida por quem tenha interesse. Verbete 33 do STJ. Existência de norma legal, ademais, que regula a competência pelo domicílio do credor, o que restou feito inicialmente. Incidência do art. 39 da Lei 4.886/65. Cobrança de comissões supostamente pendentes. Parte contrária que, se quiser, haverá de tirar exceção. Conflito procedente. Competente o MM. Juiz suscitado" (CONFLITO DE COMPETÊNCIA N. 0257015-75.2011.8.26.0000, j. 12/03/2012, Rel. Roberto Solimene).

Ante o exposto, **julga-se procedente** o presente conflito, declarando-se competente para conhecer e julgar a ação o Juízo suscitado, da 2ª Vara Cível do Foro Regional de Penha de França.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência nº 0030080-88.2016.8.26.0000, da Comarca de Dracena, em que é suscitante MM. JUIZ DE DIREITO DA 3ª VARA JUDICIAL DE DRACENA, é suscitado MMª. JUÍZA DE DIREITO DA 1ª VARA CÍVEL DE POÁ.

Acesso ao Sumário

ACORDAM, em Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Julgaram procedente o conflito e declararam competente o Juízo Suscitado. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 39.836)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ADEMIR BENEDITO (VICE-PRESIDENTE) (Presidente), LUIZ ANTONIO DE GODOY (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PRIVADO) e ANTONIO CARLOS MALHEIROS (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO).

São Paulo, 8 de agosto de 2016.

ADEMIR BENEDITO, Relator e Vice-Presidente

Ementa: Conflito de Competência – ação ordinária de revisão e nulidade de cláusulas contratuais, com consignação incidental c.c. pedido de antecipação de tutela – distribuição no domicílio do réu – relação de consumo – remessa de ofício ao foro do domicílio do autor – impossibilidade – competência concorrente que é fixada por opção do consumidor e não pode ser declinada de ofício – inteligência da Súmula 77 deste Tribunal – conflito procedente – competência do Juízo suscitado.

VOTO

Trata-se de conflito negativo de competência suscitado pelo MM. Juiz da 3ª Vara Judicial da Comarca de Dracena, em face da MMª. Juíza da 1ª Vara Cível da Comarca de Poá, nos autos da ação ordinária de revisão e nulidade de cláusulas contratuais, com consignação incidental c.c. pedido de antecipação de tutela, ajuizada por Robson Cláudio Bruschiere contra Banco Itaucard S/A.

Alega o Juízo suscitante que, no caso dos autos, o autor possui a faculdade de optar pelo foro para o ajuizamento da ação. Frisa, ainda, que a competência para o processamento da demanda é de natureza relativa, portanto, indeclinável de ofício, nos moldes da Súmula 33, editada pelo Tribunal de Justiça de São Paulo (fls. 26vº e 29/30).

É o relatório.

O conflito negativo de competência está configurado, pois ambos os juízos se declararam incompetentes para processar e julgar o feito (art. 66, II, do Novo Código de Processo Civil).

Segundo consta, Robson Cláudio Bruschiere ajuizou ação ordinária de revisão e nulidade de cláusulas contratuais, com consignação incidental c.c.

Acesso ao Sumário

pedido de antecipação de tutela contra Banco Itaucard S/A (fls. 03/13).

O Juízo para o qual a ação foi originalmente distribuída, por entender que o critério para a fixação de competência nas ações derivadas das relações de consumo é de ordem pública, possibilitando ao magistrado garantir a efetividade dos direitos do consumidor, além de ressaltar prejuízo à celeridade na tramitação dos feitos ali distribuídos, determinou a remessa dos autos à Comarca de Dracena, foro do domicílio do consumidor (fls. 24/25).

Por sua vez, o Juiz da 3ª Vara Judicial da Comarca de Dracena, ao receber o processo, suscitou o presente conflito.

Assiste razão ao Juízo suscitante.

A ação que versa sobre relação de consumo pode ser ajuizada no foro da sede da ré, de acordo com o artigo 100, IV, "a", do Código de Processo Civil de 1973 (art. 53, III, "a", do Novo CPC), ou no foro do domicílio do autor, consoante artigo 101, I, do Código de Defesa do Consumidor.

Logo, o autor possui a faculdade de exercer ou não o direito de demandar no foro de seu domicílio, sendo possível a propositura no juízo de domicílio do réu, no caso, foro da Comarca de Poá, uma vez que deve apenas optar por uma das alternativas viabilizadas pelo ordenamento jurídico.

Nesse sentido, dispõe a Súmula 77 deste Tribunal:

> ***"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".***

Desse modo, nem o suscitante e nem o suscitado são incompetentes para o julgamento do feito. O que define a questão sobre a competência concorrente é o fato de o autor ter preferido demandar no Juízo suscitado, que, diante da escolha, fica impedido de remeter a ação para outro Juízo.

Veja-se a respeito o conflito de competência nº 0023942-42.2015.8.26.0000, do relator Desembargador Ricardo Anafe, Presidente da Seção de Direito Público, julgado em 6.07.2015:

> ***"Conflito Negativo de Competência. Ação declaratória cumulada com indenização, fundada em contrato de adesão – Relação de consumo – Propositura da ação no foro da sede da empresa ré – Opção do consumidor – Competência territorial indeclinável de ofício – Súmula 33 do Superior Tribunal de Justiça e Súmula 77 do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Conflito procedente – Competência do Juízo Suscitado".***

Do exposto, julga-se procedente o conflito e declara-se competente o Juízo suscitado, 1ª Vara Cível da Comarca de Poá.

Acesso ao Sumário

Habeas Corpus

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de *Habeas Corpus* nº 2051418-84.2016.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é impetrante Defensoria Pública do Estado de São Paulo e paciente S.D.S.G. (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 29.594)**

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, 13 de junho de 2016.

XAVIER DE AQUINO, Decano e Relator

Ementa: *Habeas Corpus* – Descumprimento de medida socioeducativa de liberdade assistida – Insurgência contra r. decisão que determinou a expedição de mandado de busca e apreensão – Alegação de violação à ampla defesa e ao contraditório, bem como afronta à Súmula nº 265 do Superior Tribunal de Justiça e à Resolução nº 165 do Conselho Nacional de Justiça – Inocorrência – A providência ora hostilizada, na verdade, preserva os superiores interesses do menor – Ordem denegada.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de *habeas corpus*, com liminar, impetrado pela Dra. Letícia Marques Avelar, Defensora Pública, em favor do adolescente S.D.S.G., contra alegado constrangimento ilegal que lhe teria sido imposto pelo MM. Juízo de Direito do Departamento de Execuções da Vara da Infância e Juventude da Capital que determinou sua busca e apreensão para a devida oitiva, em face do descumprimento de medida socioeducativa de liberdade assistida. Sustenta, em apertada síntese, ofensa à ampla defesa e contraditório, bem como descumprimento da Súmula nº 265 do Superior Tribunal de Justiça e Resolução nº 165 do Conselho Nacional de Justiça (fls. 1/13).

Indeferida a liminar (fls. 209/211), opinou a Douta Procuradoria Geral de Justiça pela denegação da ordem (fls. 221/224).

É o relatório.

Inexiste constrangimento ilegal.

De se observar, inicialmente, que a Constituição Federal, no artigo 5º, incisos LIV e LV, garante a todos o direito ao devido processo legal, ao contraditório e à ampla defesa, com os recursos e meios a eles inerentes.

Por sua vez, o legislador ordinário estabeleceu como garantia processual ao adolescente infrator, referente aos procedimentos afetos à jurisdição especial, o direito de ser ouvido pessoalmente pela autoridade competente (artigo 111, inciso IV, do ECA).

No presente caso, noticiado o descumprimento da medida imposta ao paciente, não havia alternativa ao Juízo senão determinar a expedição de mandado de busca e apreensão para que fosse ouvido, com a finalidade de justificar seu comportamento. Ressalte-se, por oportuno, que em nenhum momento consta que foi decretada a internação sanção do menor.

Não há, destarte, na hipótese, ofensa a nenhum dos dispositivos mencionados pela impetrante na inicial.

Já se pronunciou o Colendo SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, por ocasião do julgamento do *Habeas Corpus* nº 74.837/RJ, relator Ministro Arnaldo Esteves Lima: *'A mera expedição de mandado de busca e apreensão não caracteriza constrangimento ilegal, uma vez que, cumprido o referido mandado, o menor deverá ser apresentado ao Juízo singular que, após a sua prévia oitiva, decidirá acerca da possibilidade de reavaliação da medida socioeducativa imposta.'*.

Conforme é notório, é remansosa a jurisprudência desta Câmara Especial no sentido de que a segregação do adolescente pelo descumprimento de medida só pode ser decretada após sua oitiva em audiência de justificação, nos exatos termos da Súmula nº 265 do Colendo Superior Tribunal de Justiça. E, conforme destacado, cabe ao magistrado decidir sobre sua necessidade na própria audiência, logo após a realização da oitiva, pois, no caso da aceitação dos motivos apresentados pelo adolescente e consequente liberação, a segregação só será autorizada havendo uma nova audiência de justificação.

Assim, inegável a necessidade de o juiz utilizar-se do mandado de busca e apreensão para que o adolescente compareça em Juízo a fim de justificar o descumprimento da medida anteriormente imposta.

Trata-se, na hipótese, de adolescente em grave situação de risco, como bem ressaltou o MM. Juízo de Primeira Instância: *'Foi determinada a expedição de ofício ao CAPS-AD da região de moradia para que providencie busca ativa do caso, inclusive realizando visita domiciliar e avaliação psiquiátrica' ...*

Acesso ao Sumário

'Costuma ficar de dois a três dias fora de casa. Consta, ainda, que os técnicos continuarão realizando busca ativa a fim de sensibilizar o educando e sua genitora para o tratamento.' (fls. 216/218).

Dessa forma, a decisão hostilizada não evidencia nenhuma ilegalidade, pois proferida com observância ao contraditório e ampla defesa, sem se apartar dos princípios protetivos e socializadores, fundamentos da legislação de amparo ao menor.

Por fim, não se pode ter como regra que toda a busca e apreensão redundará automaticamente na privação de liberdade do jovem pois, de praxe, deverá ele ser imediatamente apresentado perante a autoridade judiciária.

Do exposto, **denega-se** a ordem.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de *Habeas Corpus* nº 2103405-62.2016.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é impetrante Defensoria Pública do Estado de São Paulo e paciente H.M.S.

ACORDAM, em Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Denegaram a ordem. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 36522)**

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, 20 de junho de 2016.

LUIZ ANTONIO DE GODOY, Relator e Presidente da Seção de Direito Privado

Acesso ao Sumário

Ementa: *HABEAS CORPUS* – Infância e juventude – Ato infracional equiparado a roubo qualificado – Impetração contra decisão, devidamente fundamentada, que indeferiu pedido de conversão da medida de internação para meio aberto – Julgamento *extra petita* – Inocorrência – Comando judicial que não está adstrito à vontade das partes – Violação ao sistema acusatório e ao princípio da inércia da jurisdição – Descabimento – Juízo que não está vinculado à conclusão de laudos periciais e, com maior razão,

aos laudos técnicos expedidos pela Fundação CASA – Ausência de violação aos princípios da atualidade e contemporaneidade – Inexistência de afronta ao art. 42, § 2º da Lei nº 12.594/12 – Progressão prematura que pode causar prejuízos ao processo de reeducação do adolescente – Internação mantida – Decisão devidamente fundamentada – Impetração conhecida, ordem denegada.

Vistos

Cuida-se de *habeas corpus* impetrado pela Defensoria Pública do Estado de São Paulo em favor do adolescente H.M.S., sob a alegação de estar ele sofrendo constrangimento ilegal por ato do MM. Juiz de Direito do Departamento de Execuções da Vara Especial da Infância e Juventude da Capital.

Sustenta a impetrante, preliminarmente, que a coação ilegal decorre de decisão *extra petita*, por contrariar o requerido por ambas as partes do processo, violando os princípios da inércia da jurisdição, da ampla defesa e do devido processo legal. Alega, ademais, que o paciente, jovem de 18 anos, cumpre medida socioeducativa de internação desde 03.12.2014, e embora haja relatório técnico conclusivo sugerindo sua inserção em liberdade assistida, foi determinada a realização de avaliação pela equipe técnica do juízo, já agendada para 08.06.2016, o que ocasiona constrangimento ilegal. Enfatiza a desnecessidade da manutenção da internação, uma vez já alcançada a finalidade da medida socioeducativa. Sustenta, ainda, que a decisão viola os princípios da brevidade e excepcionalidade da medida, bem como afronta a disposição literal do art. 42, § 2º da Lei nº 12.594/12. Requer, assim, o deferimento de liminar para que possa o paciente aguardar o julgamento do mérito em liberdade, bem como a concessão da ordem para que seja anulado o ato judicial impugnado e determinada a liberação do jovem.

Processado sem liminar (fls. 124/125), a D. Procuradoria Geral de Justiça manifestou-se pelo não conhecimento do *habeas corpus* (fls. 129/131).

É o relatório.

De início, não se revela *extra petita* a decisão que determinou o prosseguimento da execução.

A ausência de requerimento, eleição (ou a manutenção) de medida diversa da alvitrada pelas partes – tanto no processo de conhecimento, quanto no de execução – não enseja afronta ao sistema acusatório ou ao princípio da inércia da jurisdição.

Tal como sucede no campo criminal, em que se estabeleceu a *"jurisdicionalização da execução penal"*, a intervenção do juiz na execução

Acesso ao Sumário

socioeducativa estatal, além de preservar as garantias individual e coletiva, é decorrência lógica do princípio constitucional do devido processo legal.

Aliás, o artigo 36, da Lei nº 12.594/2012 pontifica expressamente que *"a competência para jurisdicionar a execução das medidas socioeducativas segue o determinado pelo artigo 146, da Lei nº 8.069/90 [A autoridade a que se refere esta Lei é o Juiz da Infância e da Juventude, ou o juiz que exerce essa função, na forma da lei de organização judiciária local]"*.

É o quanto basta para se concluir que o juiz, ao receber as manifestações ministerial e defensiva, não é mero chancelador ou homologador de situações atestadas ou certificadas por terceiros, podendo recusá-las, inteira ou parcialmente, desde que, como é o caso, o convencimento esteja devidamente motivado.

Logo, não há o invocado julgamento *extra petita*.

Rechaçada a prejudicial, passa-se ao exame do mérito.

A denegação da ordem é de rigor.

Com efeito, o adolescente está custodiado em decorrência de ato infracional equiparado ao crime de roubo qualificado.

A decisão atacada, de seu turno, está devidamente fundamentada, amparada no fato de que o adolescente voltou a realizar nova conduta antissocial logo após sua inserção em medida socioeducativa mais branda, o que evidencia equívoco na análise do caso pela Fundação, mas também na insuficiência das intervenções estatais efetuadas antes com o propósito de propiciar a reflexão sobre as consequências da conduta ilícita, o desenvolvimento de consciência crítica a respeito, além da melhoria e do aperfeiçoamento da personalidade do infrator, a fim de que pudesse adotar valores aceitos pela sociedade.

Desta feita, ponderou a M.M. Juíza prolatora da r. decisão que o caso exige redobradas cautelas e maior profundidade no exame da real aptidão do jovem para retomar o contato com o meio social.

E, analisando detidamente o caso, assiste-lhe razão.

Acesso ao Sumário

É consabido que o processo socioeducativo envolve várias etapas, de sorte que a progressão prematura é um dos grandes motivos da reincidência, por força do completo despreparo dos egressos para o convívio social honesto e saudável. Em suma, o retorno do reeducando à sociedade depende da constatação efetiva e segura de que está ele plenamente readaptado, com a demonstração de que assimilou a medida a que foi submetido e que incorporou valores éticos e morais, tudo o que parece não ter ocorrido ainda.

Pondere-se, ademais, que a interrupção do acompanhamento técnico até então realizado pode causar prejuízos ao processo de reeducação do adolescente, o que não se coaduna com os princípios da proteção integral e condição peculiar

de pessoa em desenvolvimento, preconizados pelo Estatuto da Criança e do Adolescente.

Bem por isso que o Magistrado não está adstrito aos laudos elaborados por técnicos da Fundação Casa, porquanto aludidos relatórios consubstanciam apenas um dos elementos de convicção, sem caráter vinculante, consoante já se posicionou o Egrégio Superior Tribunal de Justiça:

> *"Criminal. HC. ECA. Ato Infracional equiparado a latrocínio. Internação. Parecer técnico. Sugestão de progressão da medida. Manifestação que não vincula o magistrado. Princípio do livre convencimento. Internação mantida. Falta de fundamentação. Inocorrência. Determinada nova avaliação psiquiátrica do adolescente. Constrangimento ilegal não evidenciado. Ordem Denegada"* (*Habeas Corpus* nº 48.801-SP, 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, Rel. Min. Gilson Dipp, julgado em 21/3/06, DJ de 10/4/06).

No mesmo sentido é a Súmula 84 desta Corte de Justiça, *in verbis*: *"O juiz, ao proferir decisão na execução da medida socioeducativa, não está vinculado aos laudos da equipe técnica."*

Por outro lado, não vinga a tese de violação ao princípio da atualidade ou contemporaneidade, uma vez que a execução ainda se mostra útil e necessária não só para a garantia da sociedade, mas também para a proteção do próprio paciente.

Igualmente, não se vislumbra afronta ao art. 42, § 2º da Lei nº 12.594/12, uma vez que a r. decisão combatida não se fundou apenas na gravidade do ato infracional, nos antecedentes e no tempo de duração da medida, conforme acima ressaltado.

Nessa senda, impõe-se a continuidade da medida de internação, em ordem a propiciar efetivo acompanhamento e orientação do adolescente e de sua família, a fim de se alcançar a desejada ressocialização com segurança.

A decisão guerreada merece subsistir, portanto, por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Isto posto, pelo meu voto, denega-se a ordem.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de *Habeas Corpus* nº 2072211-44.2016.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é impetrante DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO e paciente L.T.A.D.

ACORDAM, em Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Denegaram a ordem. V.U.", de conformidade com

Acesso ao Sumário

o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 29.635)**

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, 27 de junho de 2016.

XAVIER DE AQUINO, Decano e Relator

Ementa: *Habeas Corpus* – Descumprimento de medida socioeducativa de liberdade assistida – Insurgência contra r. decisão que determinou a expedição de mandado de busca e apreensão – Alegação de violação à ampla defesa e ao contraditório, bem como afronta à Súmula nº 265 do Superior Tribunal de Justiça e à Resolução nº 165 do Conselho Nacional de Justiça – Inocorrência – A providência ora hostilizada, na verdade, preserva os superiores interesses do menor – Ordem denegada.

VOTO

Trata-se de *habeas corpus*, com liminar, impetrado pela Dra. Gabriela Galetti Pimenta, Defensora Pública, em favor do adolescente L.T.A.D., contra alegado constrangimento ilegal que lhe teria sido imposto pelo MM. Juízo de Direito do Departamento de Execuções da Vara da Infância e Juventude da Capital que determinou sua busca e apreensão para a devida oitiva, em face do descumprimento de medida socioeducativa de liberdade assistida. Sustenta, em apertada síntese, ofensa à ampla defesa e contraditório, ao princípio da legalidade bem como descumprimento da Súmula nº 265 do Superior Tribunal de Justiça e Resolução nº 165 do Conselho Nacional de Justiça (fls. 1/7).

Indeferida a liminar (fls. 172/177), foram oferecidas as necessárias informações (fls. 182/183), tendo a Douta Procuradoria Geral de Justiça opinado pela denegação da ordem (fls. 197/199).

É o relatório.

Inexiste constrangimento ilegal.

De se observar, inicialmente, que a Constituição Federal, no artigo 5º, incisos LIV e LV, garante a todos o direito ao devido processo legal, ao contraditório e à ampla defesa, com os recursos e meios a eles inerentes.

Por sua vez, o legislador ordinário estabeleceu como garantia processual ao adolescente infrator, referente aos procedimentos afetos à jurisdição especial,

Acesso ao Sumário

o direito de ser ouvido pessoalmente pela autoridade competente (artigo 111, inciso IV, do ECA).

No presente caso, noticiado o descumprimento da medida imposta ao paciente, não havia alternativa ao Juízo senão determinar a expedição de mandado de busca e apreensão para que fosse ouvido, com a finalidade de justificar seu comportamento. Ressalte-se, por oportuno, que em nenhum momento consta que foi decretada a internação sanção do menor ou, tampouco, sua regressão.

Não há, destarte, na hipótese, ofensa a nenhum dos dispositivos mencionados pela impetrante na inicial.

Já se pronunciou o Colendo SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, por ocasião do julgamento do *Habeas Corpus* nº 74.837/RJ, relator Ministro Arnaldo Esteves Lima: *'A mera expedição de mandado de busca e apreensão não caracteriza constrangimento ilegal, uma vez que, cumprido o referido mandado, o menor deverá ser apresentado ao Juízo singular que, após a sua prévia oitiva, decidirá acerca da possibilidade de reavaliação da medida socioeducativa imposta.'*.

Conforme é notório, é remansosa a jurisprudência desta Câmara Especial no sentido de que a segregação do adolescente pelo descumprimento de medida só pode ser decretada após sua oitiva em audiência de justificação, nos exatos termos da Súmula nº 265 do Colendo Superior Tribunal de Justiça. E, conforme destacado, cabe ao magistrado decidir sobre sua necessidade na própria audiência, logo após a realização da oitiva, pois, no caso da aceitação dos motivos apresentados pelo adolescente e consequente liberação, a segregação só será autorizada havendo uma nova audiência de justificação.

Assim, inegável a necessidade de o juiz utilizar-se do mandado de busca e apreensão para que o adolescente compareça em Juízo a fim de justificar o descumprimento da medida anteriormente imposta.

Dessa forma, a decisão hostilizada não evidencia nenhuma ilegalidade, pois proferida com observância ao contraditório e ampla defesa, sem se apartar dos princípios protetivos e socializadores, fundamentos da legislação de amparo ao menor.

Por fim, não se pode ter como regra que toda a busca e apreensão redundará automaticamente na privação de liberdade do jovem pois, de praxe, deverá ele ser imediatamente apresentado perante a autoridade judiciária.

Do exposto, **denega-se** a ordem.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de *Habeas Corpus* nº 2107538-50.2016.8.26.0000, da Comarca de Guarulhos, em que é impetrante E.T., pacientes C.L.O. (MENOR) e G.O.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 36737)**

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, 25 de julho de 2016.

LUIZ ANTONIO DE GODOY, Relator e Presidente da Seção de Direito Privado

Ementa: *HABEAS CORPUS* – Infância e juventude – Medida socioeducativa de internação – Prática de ato infracional equiparado ao crime de tráfico ilícito de entorpecentes – Ato grave com repercussão social – Necessidade de garantir a segurança pessoal dos adolescentes, considerando-se a condição peculiar deles como pessoas em desenvolvimento – Ausência de ilegalidade ou abuso de poder – Ordem denegada.

VOTO

Vistos.

Cuida-se de *habeas corpus* impetrado pela Defensoria Pública do Estado de São Paulo, em favor dos adolescentes G.O.S. e C.L.O., com a finalidade de cessar suposto constrangimento ilegal por parte da MMª. Juíza da Vara da Infância e Juventude da Comarca de Guarulhos.

Sustenta a impetrante, em suma, que os adolescentes foram representados pela prática de ato infracional análogo ao crime de tráfico ilícito de entorpecentes e que, julgada procedente a representação, foi-lhes imposta medida socioeducativa de internação, incabível na espécie, pois não se cuida de ato infracional praticado com violência ou grave ameaça a pessoa. Invoca a súmula nº 492 do Superior Tribunal de Justiça e argumenta que os pacientes ostentam uma única condenação com trânsito em julgado, circunstância que afasta a hipótese do artigo 122, II, do Estatuto da Criança e do Adolescente. Requer a concessão de

Acesso ao Sumário

liminar para que os pacientes sejam colocados imediatamente em liberdade e, ao final, da ordem para que a medida de internação seja substituída por outra em meio aberto.

A liminar é indeferida e são dispensadas informações (fls. 156/157).

Por fim, a Procuradoria Geral de Justiça opina pelo não conhecimento do *writ* ou, então, pela denegação da ordem (fls. 161/164).

É o relatório.

Inicialmente, há que se reconhecer que o *habeas corpus*, no caso, não é a medida cabível para questionamento da sentença que determinou a aplicação de medida socioeducativa de internação sem prazo determinado, sujeita a recursos previstos na legislação.

Com efeito, essa ação constitucional é reservada às hipóteses em que houver cerceamento ou ameaça à liberdade de locomoção, em razão de constrangimento ilegal.

Nesse sentido, confira-se o entendimento do Superior Tribunal de Justiça: *"I. Conquanto o uso do habeas corpus em substituição aos recursos cabíveis – ou incidentalmente como salvaguarda de possíveis liberdades em perigo – crescentemente fora de sua inspiração originária tenha sido muito alargado pelos Tribunais, há certos limites a serem respeitados, em homenagem à própria Constituição, devendo a impetração ser compreendida dentro dos limites da racionalidade recursal preexistente e coexistente para que não se perca a razão lógica e sistemática dos recursos ordinários, e mesmo dos excepcionais, por uma irrefletida banalização e vulgarização do habeas corpus. II. Precedentes do Supremo Tribunal Federal (Medida Cautelar no Mandado de Segurança n.º 28.524/DF (decisão de 22/12/2009, DJE n.º 19, divulgado em 01/02/2010, Rel. Ministro Gilmar Mendes e HC n.º 104.767/BA, DJ 17/08/2011, Rel. Min. Luiz Fux), nos quais se firmou o entendimento da 'inadequação da via do habeas corpus para revolvimento de matéria de fato já decidida por sentença e acórdão de mérito e para servir como sucedâneo recursal'."* (STJ, HC 222217/SC, Ministro Relator Gilson Dipp, T5, 12/06/12).

Entretanto, diante da possibilidade de prejuízo aos adolescentes, excepcionalmente se conhece o *habeas corpus*.

A ordem, porém, deve ser denegada.

A sentença de fls. 142/149, que aplicou aos pacientes a medida socioeducativa de internação, está devidamente fundamentada, não havendo nela teratologia ou flagrante ilegalidade.

Ademais, sem embargo do respeito a entendimentos jurisprudenciais em sentido contrário, a gravidade da conduta equiparada ao crime de tráfico de entorpecentes requer resposta estatal mais severa, justamente para que os infratores não reconheçam um incentivo à prática de novas infrações, como

Acesso ao Sumário

determina o artigo 122 do Estatuto da Criança e do Adolescente, em atenção aos princípios da proteção integral e da prioridade de atendimento.

Não bastasse isso, a medida socioeducativa imposta aos pacientes revela-se de rigor para garantir a sua segurança pessoal, considerada a condição peculiar deles como pessoas em desenvolvimento, na medida em que a prática de atos infracionais dessa natureza expõe os adolescentes à violência física e psicológica do meio delitivo, justamente no período de formação de sua personalidade, quando deveriam assimilar valores socialmente positivos.

Por fim, cumpre ressaltar que cabe ao magistrado analisar cada caso concreto e as condições específicas do adolescente, nos termos da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça: *"A Quinta Turma desta Corte, na esteira da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, firmou o entendimento no sentido de que o Estatuto da Criança e do Adolescente não estipulou um número mínimo de atos infracionais graves para justificar a internação do menor infrator com fulcro no art. 122, inciso II, do ECA (reiteração no cometimento de outras infrações graves), cabendo ao Magistrado analisar as peculiaridades de cada caso e as condições específicas do adolescente a fim de melhor aplicar o direito. 4. No caso, a medida constritiva foi imposta em razão das peculiaridades do caso concreto – reiteração de atos infracionais da mesma natureza, o fato de ser usuário de drogas e não possuir respaldo familiar –, aptas a permitir a aplicação da medida extrema. 5. Habeas corpus não conhecido"* (HC nº 332.440/SP, 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, em 24/11/15, DJe 1º/12/15).

Em suma, ausente qualquer ilegalidade ou abuso de poder por parte da autoridade coatora ao decretar a internação dos adolescentes.

Ante o exposto, pelo meu voto, denega-se a ordem.

ACÓRDÃO

Acesso ao Sumário

Vistos, relatados e discutidos estes autos de *Habeas Corpus* nº 2112194-50.2016.8.26.0000, da Comarca de Ribeirão Preto, em que é impetrante DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO e paciente I.R.B.A. (MENOR).

ACORDAM, em Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Concederam em parte a ordem de *habeas corpus*, consolidada a decisão de fls. 20/21, V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 37052)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ADEMIR

BENEDITO (VICE-PRESIDENTE) (Presidente sem voto), ANTONIO CARLOS MALHEIROS (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO) e SALLES ABREU (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO CRIMINAL).

São Paulo, 8 de agosto de 2016.

LUIZ ANTONIO DE GODOY, Relator e Presidente da Seção de Direito Privado

Ementa: *HABEAS CORPUS* – Estatuto da Criança e do Adolescente – Execução de medida socioeducativa – Descumprimento de medida socioeducativa – Internação-sanção do adolescente, sem a sua oitiva prévia – Constrangimento ilegal – Precedentes do STJ – Súmula 265 do STJ – Manutenção da expedição de mandado de busca e apreensão para viabilizar a prévia oitiva do paciente – Ordem concedida em parte.

VOTO

Vistos,

Cuida-se de *habeas corpus* impetrado pela Defensoria Pública do Estado de São Paulo em favor do adolescente I.R.B.A., sob alegação de estar ele sofrendo constrangimento ilegal por ato do MM. Juiz de Direito da Vara da Infância e da Juventude da Comarca de Ribeirão Preto, que decretou a sua internação-sanção pelo prazo de 90 dias.

Sustenta a impetrante, em suma, que a autoridade coatora decretou a internação sanção do adolescente sem a sua prévia oitiva, o que ofende o devido processo legal, à vista do que reza o artigo 122, III, parágrafo 1º, do ECA. Argumenta que a expressão "descumprimento reiterado" da medida anteriormente imposta significa descumprimento por pelo menos três vezes. Aduz ofensa ao disposto no artigo 43, parágrafo 4º, da Lei 12.594/12 (SINASE), pois não foi designada audiência de justificação para oitiva do adolescente. Defende que houve ofensa aos princípios da motivação das decisões e da proporcionalidade, diante da decretação da internação-sanção por 90 dias, prazo máximo fixado em lei. Pugna pela concessão de liminar e roga pela final concessão da ordem, a fim de que o adolescente seja colocado em liberdade.

Processado com liminar, nos termos da decisão de fls. 20/21, sobreveio parecer da d. Procuradoria de Justiça pela denegação da ordem (fls. 26/29).

É o relatório.

A concessão parcial da ordem é de rigor.

Acesso ao Sumário

É dos autos que o paciente descumpriu a medida de liberdade assistida que lhe foi imposta pelo prazo mínimo de seis meses (fls. 12/16), ensejando a decisão que determinou a expedição de mandado de busca e apreensão do adolescente para internação, na modalidade internação-sanção, pelo prazo de noventa dias (fls. 18).

Bem se vê, pois, que não foi dada oportunidade para o adolescente eventualmente justificar o descumprimento da medida socioeducativa aplicada. A necessidade de se garantir oportunidade de defesa ao menor decorre da disposição prevista no inciso III do art. 122 do ECA, que impõe como elemento autorizador da aplicação de internação-sanção e, consequentemente, da posterior regressão da medida, que o descumprimento da medida anteriormente imposta tenha se dado de forma injustificada.

Em suma, a decretação da internação-sanção, sem a prévia oitiva do paciente, afronta o entendimento consolidado na Súmula 265/STJ, *verbis*:

"É necessária a oitiva do menor infrator antes de decretar-se a regressão da medida sócio-educativa".

Nesse cenário, a concessão parcial da ordem é de rigor, mantida a ordem de busca e apreensão, de caráter nitidamente instrumental, a fazer as vezes de autêntica condução coercitiva, viabilizando, assim, a instauração do contraditório, enquanto medida imprescindível à observância do devido processo legal.

Isto posto, pelo meu voto, concede-se em parte a ordem de *habeas corpus*, consolidada a decisão de fls. 20/21.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de *Habeas Corpus* nº 2125874-05.2016.8.26.0000, da Comarca de Osasco, em que é impetrante I.N.C. e paciente C.D.S.B.

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 37054)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ADEMIR BENEDITO (VICE-PRESIDENTE) (Presidente sem voto), ANTONIO CARLOS MALHEIROS (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO) e SALLES ABREU (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO CRIMINAL).

São Paulo, 8 de agosto de 2016.

LUIZ ANTONIO DE GODOY, Relator e Presidente da Seção de Direito

Acesso ao Sumário

Privado

Ementa: *HABEAS CORPUS* – Infância e juventude – Ato infracional equiparado a roubo majorado – Internação provisória – Existência de indícios suficientes de materialidade e autoria – Gravidade do ato infracional – Requisitos do artigo 108 do ECA – Ilegalidade inocorrente – Ordem denegada.

VOTO

Vistos.

Cuida-se de *habeas corpus* impetrado em favor do adolescente C.D.S.B., sob a alegação de que está sofrendo constrangimento ilegal em razão de ato do MM. Juiz de Direito da Vara da Infância e da Juventude da Comarca de Osasco. Sustenta o impetrante, em suma, que não se justifica a sua internação provisória, porque o adolescente é primário, e a decisão não foi devidamente fundamentada. Ademais, alega que a guardiã do paciente é policial militar, fato que pode colocar sua integridade em risco, na Fundação Casa. Pugna pelo deferimento da liminar e final concessão da ordem.

Processado sem liminar, nos termos da decisão de fls. 163/164, sobreveio parecer da d. Procuradoria-Geral da Justiça pela denegação da ordem a fls. 169/172.

É o relatório.

A denegação da ordem é de rigor.

O paciente foi representado pelo Ministério Público pela prática de ato infracional equiparado ao crime de roubo majorado, previsto no art. 157, § 2º, II, do Código Penal, e foi internado provisoriamente, tendo o MM. Juiz de Direito, por meio da decisão hostilizada, indeferido o pedido de revogação da custódia provisória do paciente (fls. 103/105).

A custódia cautelar apresenta-se como medida adequada na hipótese prevista no artigo 108 do Estatuto da Criança e do Adolescente:

> ***Art. 108** – A internação, antes da sentença, pode ser determinada pelo prazo máximo de quarenta e cinco dias.*
>
> ***Parágrafo único.** A decisão deverá ser fundamentada e basear-se em indícios suficientes de autoria e materialidade, demonstrada a necessidade imperiosa da medida.*

Trata-se de hipótese delineada no caso em epígrafe, pois, em sede de cognição sumária, há suficientes indícios do envolvimento do adolescente na prática do ato infracional que lhe é imputado.

Acesso ao Sumário

Deveras, o adolescente, juntamente com seus comparsas, foi surpreendido por policiais na posse de simulacros de arma de fogo empregados na prática do ato infracional e de bens pertencentes às vítimas, tendo sido por estas reconhecido como um dos autores do roubo. Há, assim, indícios suficientes da autoria e provas da materialidade.

Além disso, como já observado a fls. 163/164, há notícia nos autos de que a situação de guarda do paciente não está regularizada, tendo em vista o falecimento de sua avó, que, até então, detinha a sua guarda (fl. 104).

Não bastasse isso, o processo está tramitando regularmente e a r. decisão foi bem fundamentada, baseada nos elementos fáticos existentes, destacando-se que, nessa fase sumária de conhecimento, não se exige a análise detalhada das provas, as quais serão oportunamente verificadas com a instrução do feito.

Em suma, em que pesem os argumentos da parte impetrante, não há qualquer ilegalidade na r. decisão, pois suficientes os indícios de autoria e materialidade a justificar a internação provisória do adolescente, representado pela suposta prática de ato infracional equiparado ao crime de roubo majorado.

Isto posto, pelo meu voto, denega-se a ordem.

Acesso ao Sumário

CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0000200-93.2015.8.26.0547, da Comarca de Santa Rita do Passa Quatro, em que são partes é apelante COMPANHIA DE GÁS DE SÃO PAULO – COMGÁS, é apelado OFICIAL DE REGISTRO DE IMÓVEIS E ANEXOS DA COMARCA DE SANTA RITA DO PASSA QUATRO.

ACORDAM, em Conselho Superior de Magistratura do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Por maioria de votos, deram provimento ao recurso. Vencido o Desembargador Ricardo Dip, que declarará voto.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este Acórdão. **(Voto nº 29.509)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PAULO DIMAS MASCARETTI (Presidente), ADEMIR BENEDITO, XAVIER DE AQUINO, LUIZ ANTONIO DE GODOY, RICARDO DIP e SALLES ABREU.

São Paulo, 4 de agosto de 2016.

PEREIRA CALÇAS, Corregedor Geral da Justiça e Relator

Ementa: REGISTRO DE IMÓVEIS – Dúvida registral – Ausência de manifestação do Ministério Público em primeiro grau – Intervenção obrigatória com ou sem impugnação da dúvida – Sentença nula – Recurso provido.

VOTO

Irresignada com o julgamento procedente da dúvida registral[1], a **Companhia de Gás de São Paulo – COMGÁS** interpôs apelação, em peça onde levantou a nulidade da sentença, diante da falta de intervenção do Ministério Público em primeira instância, alegou a ocorrência de cerceamento de defesa e, no mérito, argumentou que não há óbice ao registro do título, ponderando que, no caso, a envolver inscrição de **servidão administrativa**, impõe dar preponderância aos princípios da publicidade e da segurança jurídica, de modo a excluir a exigência de prévia retificação da descrição tabular[2].

Acesso ao Sumário

1 Fls. 111-114.

2 Fls. 116-125.

Uma vez recebido o recurso no duplo efeito[3], houve nova manifestação do Oficial do RI de Santa Rita do Passa Quatro[4] e, ato contínuo, com o encaminhamento dos autos a este **C. CSM**, abriu-se vista à Procuradoria Geral da Justiça, que propôs o desprovimento da apelação[5].

É o relatório.

O dissenso versa sobre a registrabilidade de carta de sentença expedida pelo Juízo da 1.ª Vara da Comarca de Santa Rita do Passa Quatro/SP, extraída então dos autos do processo n.º 0102341-11.2006.8.26.0547[6].

A interessada não se conforma com as exigências opostas como condição para o registro da servidão administrativa na mat. n.º 676 do RI de Santa Rita do Passa Quatro[7] e, por isso, provocado[8], o Oficial suscitou dúvida[9].

Notificada a apresentante do título[10], não houve, no prazo legal, impugnação por iniciativa da interessada e, diante disso, sem abertura de oportunidade para manifestação pelo Ministério Público, julgou-se a dúvida, por sentença, procedente[11].

Contudo, **a intervenção do Ministério Público**, no processo de dúvida, **é**, em primeira instância, com ou sem impugnação, e antes da prolação da sentença, **obrigatória**. Sua participação, na posição de fiscal da lei, prevista no art. 200 da Lei n.º 6.015/1973, é necessária, especialmente se considerada a transformação qualitativa do princípio do contraditório, robustecido por sua perspectiva cooperativa[12].

Não se pode, por conseguinte, **ainda que ausente impugnação**, dispensar a intervenção do Ministério Público, a quem se deve, obrigatoriamente, abrir vista, antes da sentença, para manifestação, em dez dias, a respeito do dissídio sobre a potência registral do título recusado pelo Oficial.

Esse, a propósito, o entendimento de João Pedro Lamana Paiva[13] e

Acesso ao Sumário

3 Fls. 144.

4 Fls. 149-150.

5 Fls. 157-161.

6 Fls. 32-97.

7 Fls. 39-53 e 102-110.

8 Fls. 26-29.

9 Fls. 2-11.

10 Fls. 99-101.

11 Fls. 111-114.

12 *Amicus curiae no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático*. 3.ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 86-90.

13 *Procedimento de dúvida no registro de imóveis*, 3.ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 68.

Eduardo Pacheco Ribeiro de Souza[14].

Destarte, **a sentença questionada é nula**, impondo, antes de nova decisão, ouvir o Ministério Público. Entretanto, após o parecer do *Parquet*, não se justifica franquear nova oportunidade para manifestação da interessada, que, aliás, deixou de oferecer impugnação.

Isto posto, **dou provimento ao recurso de apelação para anular a sentença impugnada**.

DECLARAÇÃO DE VOTO VENCIDO

(Voto n. 40.910)

Permito-me divergir da solução que se deu ao caso.

O Ofício judicial de origem realmente não observou a determinação de remessa dos autos ao Ministério Público de primeiro grau para manifestação sobre a dúvida.

A falta de intervenção da Promotoria, ainda que configure mácula processual (art. 200 da Lei nº 6.015, de 31-12-1973), **não** induz à nulidade, por míngua de indicação alguma de prejuízo em concreto suportado pela parte apelante. É que, mesmo tendo sido julgada **procedente** a dúvida, o *decisum* atacado não fez mais que enfileirar-se com o entendimento tradicional e dominante neste Conselho da Magistratura – é dizer, o de que, não sendo possível matricular-se o imóvel, por falta de especialidade objetiva, tampouco é viável proceder à inscrição de uma servidão predial, o que levava – como levou – à denegação do registro que se rogara (*brevitatis studio*: Apel. Cív. 9000002-37.2015.8.26.0082, j. 9.11.2015; Apel. Cív. 0001243-53.2013.8.26.0315, j. 18.3.2014; Apel. Cív. 60-6/5, j. 31.10.2003; Apel. Cív. 68.468-0/2, j. 11.10.2000; Apel. Cív. 68.719-0/9, j. 1.8.2000; Apel. Cív. 30.727-0/2, j. 8.11.1996).

Nesse quadro, a **economia do processo** – princípio maiúsculo que lhe dirige a trajetória – recomenda que se avive sua **instrumentalidade**, reconhecendo-se o remédio de que não há nulidade sem prejuízo: *pas de nullité sans grief*, suplementado o vício originário com a intervenção do Ministério Público em segundo grau.

Não faltam, no egrégio Superior Tribunal de Justiça, julgados a que ancorar essa orientação. Recruto, a título ilustrativo, dos ementários daquela Corte:

> – "A efetividade do princípio da instrumentalidade das formas afasta a argüição de nulidade por falta (ou irregularidade) de pronunciamento do Ministério Público, no juízo monocrático, quando há, como na espécie, manifestação do *Parquet* sobre o mérito da controvérsia, em segundo

14 *Noções fundamentais de direito registral e notarial*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 102.

Acesso ao Sumário

grau de jurisdição, sem suscitar qualquer prejuízo ou nulidade, apta a suprir qualquer mácula" (REsp 308.662 – Rel. Min. FERNANDO GONÇALVES, j. 18-11-2003)

– "Precedentes da Corte reconhecem que a ausência de intervenção do Ministério Público em 1º grau de jurisdição pode ser suprida com a manifestação no grau de apelação, considerando as circunstâncias concretas de cada caso, descartando a tese do especial sobre a existência de nulidade absoluta, que não pode ser suprida" (REsp 554.623 – Rel. Min. CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO, j. 29-6-2004)

– "A ausência de intimação do Ministério Público Federal em feito que versa sobre desapropriação para fins de reforma agrária, pode ser suprida pela manifestação do *Parquet* em segunda instância, não havendo prejuízo para as partes" (REsp 604.264 – Rel. Min. CASTRO MEIRA, j. 6-12-2005)

– "A ausência de intimação do *Parquet* federal não é causa de nulidade quando suprida por pronunciamento posterior deste órgão e inexiste prejuízo às partes. Precedentes: REsp 271.680/CE, Rel. Min. José Delgado, DJU de 9.4.2001; REsp 549.707/CE, Rel. Min. Franciulli Netto, DJU de 9.5.2005 e REsp 604.264/RN, Rel. Min. Castro Meira, DJU de 1.2.2006" (MC 10.651 – Rel. Min. CASTRO MEIRA, j. 21-3-2006).

TERMOS EM QUE, *cum magna reverentia*, nego provimento à apelação, para manter a r. sentença de origem (autos n. 0000200-93.2015.8.26.0547).

É como voto.

RICARDO DIP, Desembargador Presidente da Seção de Direito Público

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0001157-04.2015.8.26.0189, da Comarca de Fernandópolis, em que são partes é apelante PAULO DE SOUZA, é apelado OFICIAL DE REGISTRO DE IMÓVEIS E ANEXOS DA COMARCA DE FERNANDÓPOLIS.

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 29.496)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PAULO DIMAS MASCARETTI (Presidente), ADEMIR BENEDITO, XAVIER DE AQUINO, LUIZ ANTONIO DE GODOY, RICARDO DIP e SALLES ABREU.

São Paulo, 4 de agosto de 2016.

PEREIRA CALÇAS, Corregedor Geral da Justiça e Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: REGISTRO DE IMÓVEIS – INSTRUMENTO PARTICULAR DE COMPROMISSO DE VENDA E COMPRA – NECESSIDADE DE DESCRIÇÃO DOS IMÓVEIS E INDIVIDUALIZAÇÃO DE SEU PREÇO – ESPECIALIDADE OBJETIVA – INSTRUMENTO PARTICULAR QUE, SALVO QUANTO À FORMA, DEVE CONTER TODOS OS REQUISITOS ESSENCIAIS DO CONTRATO A SER ELABORADO (ART. 462 DO CÓDIGO CIVIL) – HIPOTECA CEDULAR – NECESSIDADE DA ANUÊNCIA DOS CREDORES HIPOTECÁRIOS – ARTIGO 59, DO DECRETO LEI N. 167/67 – REGISTRO DO INSTRUMENTO PARTICULAR QUE DÁ AO COMPROMISSÁRIO COMPRADOR DIREITO REAL DE AQUISIÇÃO – NECESSIDADE DE QUE A ANUÊNCIA CONSTE JÁ DO INSTRUMENTO E NÃO APENAS DA ESCRITURA – RECURSO DESPROVIDO.

VOTO

Trata-se de recurso de apelação interposto contra sentença que julgou procedente dúvida suscitada pelo Oficial do Cartório de Registro de Imóveis de Fernandópolis.

A negativa de registro de Instrumento Particular de Compromisso de Venda e Compra deveu-se a cinco exigências, feitas na nota de devolução: completa descrição dos imóveis mencionados no Instrumento; atribuição de valores individuais aos imóveis, que se referem a três diferentes matrículas; juntada de certidão de casamento do compromissário comprador, a fim de esclarecer o regime de bens; necessidade de constar, do Instrumento, o conhecimento do compromissário comprador acerca dos ônus incidentes sobre o imóvel; necessidade de anuência dos credores hipotecários quanto à alienação.

A exigência da juntada de certidão de casamento foi cumprida, mas postulou-se a suscitação de dúvida no tocante às quatro outras exigências.

A sentença albergou o entendimento do Oficial.

O apelante alega, em síntese, que o Instrumento faz menção às características essenciais dos imóveis, notadamente o número de suas matrículas. Diz que não há óbice em que o Instrumento refira-se a um preço global de venda dos três imóveis, bastando que se divida o valor em três, utilizando-se,

Acesso ao Sumário

como critério, a área de cada um. No que respeita à exigência da ciência do compromissário comprador acerca dos ônus incidentes sobre o imóvel, afirma que, embora ela não conste do Instrumento, sua existência é inegável. Por fim, sobre a anuência dos credores hipotecários quanto à alienação, ressalta que se trata de mero Instrumento Particular e não de Escritura Pública, razão pela qual a transmissão da propriedade não se faz nesse momento.

A Procuradoria de Justiça manifestou-se pelo desprovimento do recurso.

É o relatório.

O recurso não comporta provimento.

A descrição insuficiente dos imóveis compromissados fere o princípio da especialidade objetiva.

Para Afrânio de Carvalho, o princípio da especialidade do imóvel significa a sua descrição como corpo certo, a sua representação escrita como individualidade autônoma, com o seu modo de ser físico, que o torna inconfundível e, portanto, heterogêneo em relação a qualquer outro (Reg de Imóveis: comentários ao sistema de registro em face da Lei 6015/73, 2ª ed., Rio de Janeiro, 1977, p. 219). Por isso, o imóvel deve estar perfeitamente descrito no título objeto de registro de modo a permitir sua exata localização e individualização, não se confundindo com nenhum outro.

Narciso Orlandi Neto, ao citar Jorge de Seabra Magalhães, lembra que "as regras reunidas no princípio da especialidade impedem que sejam registrados títulos cujo objeto não seja exatamente aquele que consta do registro anterior. É preciso que a caracterização do objeto do negócio repita os elementos de descrição constantes do registro" (Narciso Orlandi Neto, Retificação do Registro de Imóveis, Juarez de Oliveira, pág. 68).

Por esta razão, não se permite o registro de escritura pública ou instrumento particular que descreva o imóvel de forma diferente – ou deficitária – da que consta no registro de imóveis.

O art. 176, § 1º, II, 3, da LEI Nº 6.015/73, arrola os elementos de identificação dos imóveis rural e urbano:

a – rural, o código do imóvel, os dados constantes do CCIR, a denominação e suas características, confrontações, localização e área;

b – urbano, suas características e confrontações, localização, área, logradouro, número e sua designação cadastral, se houver.

Na hipótese dos autos – imóveis rurais – não basta a descrição de apenas parte dos elementos característicos. A especialidade objetiva, derivada de expresso texto legal, determina a completa congruência entre os elementos da matrícula e do título.

No mesmo diapasão, exige-se o preço de cada imóvel, dado que cada um

corresponde a uma matrícula. Novamente é a Lei 6.015/73 que o determina, ao rezar, no art. 176, § 1º, III, 5, que deve contar, no Livro 2 (Registro Geral, destinado à matrícula dos imóveis), *"o valor do contrato, da coisa ou da dívida, prazo desta, condições e mais especificações, inclusive os juros, se houver."*

Ora, não cabe ao Oficial presumir o preço de cada um dos três imóveis compromissados, fazendo a divisão conforme a área de cada um, seja porque não há lei que o permita, seja porque os valores dos imóveis podem sofrer influência de uma série de variáveis que não somente a área de cada um.

Não fosse apenas isso, o valor de cada imóvel tem influência direta no cálculo dos emolumentos devidos pelos registros.

A exigência da ciência acerca da existência de ônus reais sobre os imóveis também decorre de norma. Cuida-se do Decreto n. 93.240/86, que, ao tratar dos requisitos para a lavratura de escrituras públicas, diz, no art. 1º, § 3º:

§ 3º A apresentação das certidões previstas no inciso IV, deste artigo, não eximirá o outorgante da obrigação de declarar na escritura pública, sob pena de responsabilidade civil e penal, a existência de outras ações reais e pessoais reipersecutórias, relativas ao imóvel, ***e de outros ônus reais incidentes sobre o mesmo***.

A regra vale para as escrituras e, via de consequência, para os instrumentos particulares de venda e compra, a teor do art. 462, do Código Civil, que reza: *"O contrato preliminar, exceto quanto à forma, deve conter todos os requisitos essenciais ao contrato a ser celebrado."*

Isso porque, à escritura pública, se bem vistas as coisas, remanesce apenas a função de, uma vez registrada, transmitir a propriedade. Mas todos os elementos do negócio estão, na verdade, já na promessa de venda e compra.

Quanto à última exigência – anuência dos credores hipotecários –, vale ressaltar que prestigiada doutrina, destacando-se Orlando Gomes e José Osório de Azevedo Junior como seus defensores, vislumbra no compromisso de compra e venda, sem cláusula de arrependimento, um contrato preliminar impróprio. Diz José Osório, a respeito do compromisso de compra e venda:

"Neste, as partes não se obrigam a uma nova manifestação de vontade e sim a reiterar, a reproduzir, a manifestação anterior, pois foi neste momento anterior que o consentimento foi dado de forma cabal e irreversível – motivo por que deste momento anterior devem ser considerados produzidos todos os efeitos concretos do ato.

...

Assim é que a 'escritura' não se constitui em outro negócio jurídico, caracterizando-se – isto, sim – como um 'ato devido' que expressa o cumprimento da obrigação assumida no primeiro contrato" (*Compromisso de compra e venda*, 6ª ed., São Paulo: Malheiros, 2013, p. 22/23).

Logo, dada a vital importância do compromisso de venda e compra, não faz sentido afirmar que a anuência dos credores hipotecários – necessidade derivada do art. 59, do Decreto Lei n. 167/67 – poderá ser dada somente quando da lavratura da escritura.

Aliás, uma vez registrada a promessa, adquiriria o promissário comprador direito real de aquisição, a teor dos artigos 1.417 e 1.418 do Código Civil, com possibilidade de execução forçada, esvaziando-se a exigência de anuência dos credores hipotecários.

A circunstância já foi bem apreendida por este Conselho Superior da Magistratura, no julgamento da apelação n. 544-6/4:

"O artigo 59 do Decreto-lei nº 167/67 estabelece que os bens objeto de penhor ou de hipoteca constituídos por cédula de crédito rural não podem ser vendidos sem prévia anuência do credor, por escrito.

E, por disposição contida no artigo 1.420 do Código Civil de 2002, as pessoas que não podem alienar também não podem empenhar, hipotecar ou dar em anticrese, assim como não podem ser dados em penhor, anticrese e hipoteca os bens que não podem ser alienados.

Ao assim dispor criou o legislador garantia exclusiva em favor dos órgãos financiadores da economia rural, o que fez por meio de norma cogente, contida em lei especial que não foi revogada pelo Código Civil de 2002.

Esta espécie de indisponibilidade relativa, também instituída por outras leis em favor dos detentores de hipotecas vinculadas à cédula de crédito à exportação (artigo 3º da Lei nº 6.313/75), cédula de crédito comercial (artigo 5º da Lei nº 6.840/80) e cédula de crédito industrial (artigo 51 do Decreto-lei nº 413/69), não conflita com as normas gerais estatuídas para a hipoteca no Código Civil de 2002, assim como não conflitava com as normas da mesma natureza contidas no Código Civil de 1916.

Certo é que, no presente caso, houve tão só a promessa de venda e compra, mas esta, em sendo irrevogável e irretratável, uma vez registrada e quitada, conferirá direito real de aquisição a possibilitar posterior adjudicação compulsória, com fulcro nos artigos 1.417 e 1.418 do Código Civil, 'verbis':

Artigo 1.417 – Mediante promessa de compra e venda, em que se não pactuou arrependimento, celebrada por instrumento público ou particular, e registrada no Cartório de Registro de Imóveis, adquire o promitente comprador direito real à aquisição do imóvel.

Artigo 1.418 – O promitente comprador, titular de direito real, pode exigir do promitente vendedor, ou de terceiros, a quem os direitos deste forem cedidos, a outorga da escritura definitiva de compra e venda, conforme o disposto no instrumento preliminar; e, se houver recusa, requerer ao juiz a adjudicação do imóvel.

Acesso ao Sumário

O mesmo se depreende da leitura dos artigos 5º e 22 do Decreto-lei nº 58/37, bem como do artigo 25 da Lei nº 6.766/79.

Atente-se para o decidido pelo E. Conselho Superior da Magistratura nos autos da Apelação Cível nº 71.416.0/3-00:

REGISTRO DE COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA. Imóvel gravado com cédula de crédito comercial hipotecária. Necessidade da anuência prévia e expressa do credor. Aplicação do decreto-lei nº 413/69. Recurso a que se nega provimento.

(...)

O art. 51 do dec.-lei 413/69 regulamenta que 'a venda dos bens vinculados à cédula de crédito industrial depende de prévia anuência do credor, por escrito'.

O ato de registro do compromisso de compra e venda encontra previsão no art. 167, I, 9 da lei nº 6.015/73, por constituir ele um direito real, que se formaliza no fólio real para garantia do comprador.

O instrumento particular de compromisso de venda e compra (...), ao contrário do que afirma a apelante, não é apenas uma cessão, ele transfere direitos sobre o imóvel, em consonância com sua cláusula nona, onde textualmente a apelante e os vendedores pactuaram que o compromisso é celebrado com 'cláusula de irrevogabilidade e irretratabilidade, não admitindo arrependimento unilateral'.

O compromisso de venda não é verdadeiramente um contrato preliminar. Não é por diversas razões que completam a originalidade do seu escopo, principalmente a natureza do direito que confere ao compromissário.

Tem ele, realmente, o singular direito de se tornar proprietário do bem que lhe foi prometido irretratavelmente à venda, sem que seja inevitável nova declaração de vontade do compromitente ('Direitos Reais', Orlando Gomes, Forense, 6ª ed., 1978, pág. 329).

Portanto, diante do registro da cédula de crédito comercial hipotecária, o imóvel a ela ficou vinculado, permanecendo subordinado à prévia anuência do credor no caso de sua alienação."

Do exposto, tem-se que as exigências feitas pelo Oficial do Registro de Imóveis de Fernandópolis são todas pertinentes e decorrem de lei.

Nesses termos, pelo meu voto, nego provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos da Apelação nº 0001926-

Acesso ao Sumário

65.2015.8.26.0236, da Comarca de (...), em que são partes é apelante MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, é apelado (...) CONDOMÍNIOS RESIDENCIAIS LTDA.

ACORDAM, em Conselho Superior de Magistratura do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Julgaram procedente a dúvida e deram provimento ao recurso, v.u.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este Acórdão. **(Voto nº 29.489)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PAULO DIMAS MASCARETTI (Presidente), ADEMIR BENEDITO, XAVIER DE AQUINO, LUIZ ANTONIO DE GODOY, RICARDO DIP e SALLES ABREU.

São Paulo, 4 de agosto de 2016.

PEREIRA CALÇAS, Corregedor Geral da Justiça e Relator

Ementa: REGISTRO DE IMÓVEIS – Dúvida registral – Loteamento – Processo penal em curso contra ex-proprietários e ex-sócios recentes da loteadora, acusados de prática de inúmeros crimes contra a Administração Pública (art. 333 c/c o art. 69 do CP) – Acusados que cederam as quotas sociais às suas mulheres – Incidência do art. 18, § 2.º, da Lei nº 6.766/1979 – Inviabilidade do registro – Insuficiência da presunção constitucional de não culpabilidade para, neste procedimento, excluir o obstáculo levantado à inscrição – Descabimento da invocação da Lei nº 13.097/2015 para fins do registro requerido – Dúvida julgada procedente – Recurso provido.

VOTO

O apelante, uma vez irresignado com o julgamento improcedente da dúvida (fls. 471/476), interpôs apelação, quando alegou o acerto do juízo negativo de qualificação registral, à vista dos processos pelos quais respondem (...) e (...), ex-sócios da loteadora e ex-proprietários do bem imóvel objeto do loteamento idealizado. Realça, em particular, que são acusados de crimes contra Administração Pública e, além disso, sustenta a inaplicabilidade da Lei nº 13.097/2015. Enfim, pretende a reforma da r. sentença, para obstar o registro do loteamento (fls. 482/492).

Após o recebimento do recurso no duplo efeito (fls. 494), a apelada, com sua resposta recursal, ao reiterar sua impugnação anterior, aguarda confirmação da decisão questionada, porque ausente o risco de prejuízo aos futuros adquirentes dos lotes: invocou a Lei nº 13.097/2015, com a qual o art. 18 da

Acesso ao Sumário

Lei nº 6.766/1979 deve harmonizar-se, a teoria do diálogo das fontes, o novo princípio da concentração da matrícula e o patrimônio declarado por (...) e (...) (fls. 497/517).

Encaminhados os autos à E. CGJ, a Procuradoria Geral de Justiça propôs o desprovimento do recurso (fls. 525/528). Ato contínuo, considerando que a inscrição do loteamento envolve discussão sobre registro em sentido estrito, os autos foram enviados ao C. CSM (fls. 534).

É o relatório.

Ao recusar o registro do loteamento intencionado pela apelada (...) Condomínios Residenciais Ltda., o Oficial se escorou, precipuamente, no art. 18, III, *c*, e § 2º, da Lei nº 6.766/1979, em atenção à notícia de processos penais contra (...) e (...) (fls. 329).

Ambos foram coproprietários do bem imóvel objeto do loteamento idealizado, descrito na mat. nº (...) do RI de (...), até meados de 2012, quando, em conjunto com suas esposas, com (...) e (...), alienaram-no à loteadora, apelada (fls. 6/9 e 22/23), de cujo quadro social já participaram, cedendo, depois, suas quotas, conforme admitiram (fls. 338), às suas mulheres, (...) e (...), que, atualmente, são as sócias, ao lado de (...) (fls. 10/20).

As ações penais promovidas contra (...) e (...) versam sobre corrupção ativa, praticada em dez oportunidades, em concurso material, vale dizer, eles são acusados de cometimento de inúmeros crimes contra a Administração Pública (fls. 455/456). E isso, envolvendo recentes ex-proprietários do imóvel a ser loteado (cf. art. 18, IV, *d*, e § 1º, da Lei nº 6.766/1979[1]) – que, no caso, para agravar, também são ex-sócios da loteadora, em cujo quadro social deixaram suas esposas –, basta para o juízo negativo de qualificação registral.

A regra do § 2º do art. 18 da Lei nº 6.766/1979[2] deixa clara a impossibilidade de registro do projeto de loteamento ou de desmembramento, caso existentes processos que contemplem acusações por crimes contra o patrimônio e/ou contra a Administração Pública imputados a quem, nos dez anos que antecederam o pedido de registro de loteamento, foi titular de direitos

1 **Art. 18.** Aprovado o projeto de loteamento ou de desmembramento, o loteador deverá submetê-lo ao registro imobiliário dentro de 180 (cento e oitenta) dias, sob pena de caducidade da aprovação, acompanhado dos seguintes documentos:
IV – certidões:
d) de ações penais contra o loteador, pelo período de 10 (dez) anos.
§ 1º – Os períodos referidos nos incisos III, alínea b e IV, alíneas a, e d, tomarão por base a data do pedido de registro do loteamento, devendo todas elas serem extraídas em nome daqueles que, nos mencionados períodos, tenham sido titulares de direitos reais sobre o imóvel.

2 **Art. 18.** (...)
§ 2º – A existência de protestos, de ações pessoais ou de ações penais, **exceto as referentes a crime contra o patrimônio e contra a administração**, não impedirá o registro do loteamento se o requerente comprovar que esses protestos ou ações não poderão prejudicar os adquirentes dos lotes. Se o Oficial do Registro de Imóveis julgar insuficiente a comprovação feita, suscitará a dúvida perante o juiz competente. (grifei)

Acesso ao Sumário

reais sobre o imóvel a ser loteado.

Nessa hipótese, pouco importa, para fins de ingresso do título no álbum imobiliário, eventual comprovação de que as ações penais não prejudicarão os adquirentes dos lotes e, particularmente, a demonstração de solvabilidade da loteadora, de seus atuais e ex-sócios, dos atuais e ex-proprietários da coisa. A constatação da existência dessas espécies de processos criminais, por si só, afeta, temporariamente, pelo menos, a idoneidade do empreendimento, que envolve elevadíssimos interesses relativos ao direito urbanístico e à oferta pública de lotes.

Essa, inclusive, a justa compreensão do C. CSM: Apelação nº 439-6/5, rel. Des. José Mário Antonio Cardinale, j. 6.12.2005; Apelação nº 856-6/8, rel. Des. Ruy Camilo, j. 11.11.2008; Apelação nº 1.114-6/0, rel. Des. Ruy Camilo, j. 16.6.2009; Apelação nº 0008191-43.2012.8.26.0445, rel. Des. Renato Nalini, j. 10.12.2013; e Apelação nº 9000001-12.2015.8.26.0063, sob minha relatoria, j. 15.3.2016.

Não há, aqui, aliás, ofensa alguma ao princípio da inocência, também conforme a tranquila jurisprudência administrativa deste C. CSM. A propósito, no julgamento da Apelação nº 38.678-0/6, rel. Des. Márcio Martins Bonilha, j. 31.7.1997, decidiu-se:

> ... essa imposição legal não ofende a regra constitucional que consagra a presunção de inocência, insculpida no artigo 5º, LVII, da Constituição Federal. Relembre-se o que antes já ficou consignado naquele julgado deste Colendo Conselho Superior da Magistratura, que asseverou: "Inspirado no interesse maior, o coletivo, o público, nada impedia que a lei do parcelamento vedasse o registro de loteamento enquanto não deslindado feito penal da espécie mencionada". Acrescentando ainda que: "Nem por isso, todavia, há afronta à presunção de inocência do acusado. Apenas se condiciona o registro do loteamento, a bem da segurança dos adquirentes, ao desfecho absolutório do processo".
>
> O registro do loteamento depende, portanto, de certidão criminal negativa, que demonstre inexistir pendência capaz de levar risco ao empreendimento imobiliário, cujos lotes deverão ser vendidos em oferta pública. Com essa exigência não se está afirmando a culpa dos que estejam sendo acusados desses delitos, antes que ocorra o trânsito em julgado, como aduziu a recorrente.
>
> Importante seja considerada a *ratio legis*, que, no caso, não leva em conta a culpa desses acusados, mas apenas procura cercar de cuidados o registro do loteamento urbano, com o claro escopo de assegurar o sucesso do empreendimento e de proteger os adquirentes das unidades imobiliárias.
>
> Para tanto, indispensável garantir que a atividade esteja confiada a quem não tenha contra si qualquer pendência que possa, de qualquer modo,

Acesso ao Sumário

ainda que no futuro, comprometer-lhe a idoneidade.

Vale dizer que o registro não estará definitivamente impedido, mas apenas deixado para melhor oportunidade. Sobrevindo solução absolutória, poderá ser deferido.

Sob outro prisma, neste ambiente administrativo, descaberia resolver, mesmo incidentalmente, sobre a constitucionalidade da regra infraconstitucional invocada. No tocante ao tema, além do mais, os esclarecimentos de Vicente Celeste e Vicente de Abreu Amadei são oportunos:

> No que tange às *certidões de ações penais*, se positivas em relação a crimes contra o patrimônio e a crimes contra a administração pública, o registro do parcelamento ficará proibido; condenações criminais por outros ilícitos penais, entretanto, não obstam o registro. ... Saliente-se, por fim, que impedir o registro do parcelamento apenas em vista de processo-crime em curso não é "afronta à presunção de inocência do acusado", pois "apenas se condiciona o registro de loteamento, a bem da segurança dos adquirentes, ao desfecho absolutório do processo" (Ap. Civ. 24.942-0/4-São Carlos, j. 30.10.95, rel. Des. Alves Braga, DOE 6.12.95, Cad. 1, p. 47. Sobre a matéria, ainda, CSM, Ap. Civ. 31.760-0/0-Porto Feliz).[3]

Em arremate, estéril se apresenta a evocação da teoria do diálogo das fontes; não aproveita, ao pretendido registro, o teor dos arts. 54, 55 e 56 da Lei nº 13.097/2015[4]. Não tem relevância, para a situação enfrentada – que se refere

3 *Como lotear uma gleba: o parcelamento do solo urbano em todos os seus aspectos (loteamento e desmembramento)*. 3ª ed. Campinas: Millennium, 2012. p. 291-292.

4 **Art. 54.** Os negócios jurídicos que tenham por fim constituir, transferir ou modificar direitos reais sobre imóveis são eficazes em relação a atos jurídicos precedentes, nas hipóteses em que não tenham sido registradas ou averbadas na matrícula do imóvel as seguintes informações:
I – registro de citação de ações reais ou pessoais reipersecutórias;
II – averbação, por solicitação do interessado, de constrição judicial, do ajuizamento de ação de execução ou de fase de cumprimento de sentença, procedendo-se nos termos previstos do art. 615-A da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil;
III – averbação de restrição administrativa ou convencional ao gozo de direitos registrados, de indisponibilidade ou de outros ônus quando previstos em lei; e
IV – averbação, mediante decisão judicial, da existência de outro tipo de ação cujos resultados ou responsabilidade patrimonial possam reduzir seu proprietário à insolvência, nos termos do inciso II do art. 593 da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil.
Parágrafo único. Não poderão ser opostas situações jurídicas não constantes da matrícula no Registro de Imóveis, inclusive para fins de evicção, ao terceiro de boa-fé que adquirir ou receber em garantia direitos reais sobre o imóvel, ressalvados o disposto nos arts. 129 e 130 da Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005, e as hipóteses de aquisição e extinção da propriedade que independam de registro de título de imóvel.
Art. 55. A alienação ou oneração de unidades autônomas integrantes de incorporação imobiliária, parcelamento do solo ou condomínio edilício, devidamente registrada, não poderá ser objeto de evicção ou de decretação de ineficácia, mas eventuais credores do alienante ficam sub-rogados no preço ou no eventual crédito imobiliário, sem prejuízo das perdas e danos imputáveis ao incorporador ou empreendedor, decorrentes de seu dolo ou culpa, bem como da aplicação das disposições constantes da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. (Vigência)
Art. 56. A averbação na matrícula do imóvel prevista no inciso IV do art. 54 será realizada por determinação judicial e conterá a identificação das partes, o valor da causa e o juízo para o qual a petição inicial foi distribuída.

Acesso ao Sumário

à *registrabilidade* do loteamento –, a discussão, ora prematura, extemporânea, sobre a eficácia de negócios jurídicos futuros pertinentes à comercialização dos lotes, dependentes daquela inscrição, vedada, entretanto, *in concreto*, insista-se, pois, no contexto dos autos, sob a lógica de controle legal preventivo, presumidas a inidoneidade e a precariedade do empreendimento.

Quero dizer: a questão da inoponibilidade de fatos e situações não inscritos (especificamente, no caso, dos processos penais) perante futuros e eventuais negócios jurídicos constitutivos, translativos ou modificativos de direitos reais sobre imóveis não se coloca. Os efeitos impeditivos advindos daqueles processos criminais, travando o registro do loteamento, cujas credibilidade e confiabilidade restam, *ope legis*, estioladas, independem de inscrição no fólio real.

Porém, se fosse para chamar a doutrina preconizada pela interessada, sua incidência não a beneficiaria. O diálogo coerente, coordenado e sistemático (de complementariedade) por meio dela, então, proposto conduziria, diante da *ratio* comum que anima o § 2º do art. 18 da Lei nº 6.766/1979 e os arts. 54 e 55 da Lei nº 13.097/2015, voltada à proteção de terceiros adquirentes, à confirmação do empeço registral; jamais levaria à inobservância daquela norma (do § 2º do art. 18), ao seu esvaziamento, em técnica infensa à teoria lembrada.

Posto isto, **pelo meu voto, porque procedente a dúvida, dou provimento ao recurso**.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0003127-56.2015.8.26.0248, da Comarca de Indaiatuba, em que são partes é apelante VALDEMIR BORDONAL, é apelado OFICIAL DE REGISTRO DE IMÓVEIS E ANEXOS DA COMARCA DE INDAIATUBA.

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 29.505)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PAULO DIMAS MASCARETTI (Presidente), ADEMIR BENEDITO, XAVIER DE

Acesso ao Sumário

§ 1º Para efeito de inscrição, a averbação de que trata o caput é considerada sem valor declarado.
§ 2º A averbação de que trata o caput será gratuita àqueles que se declararem pobres sob as penas da lei.
§ 3º O Oficial do Registro Imobiliário deverá comunicar ao juízo a averbação efetivada na forma do caput, no prazo de até dez dias contado da sua concretização.
§ 4º A averbação recairá preferencialmente sobre imóveis indicados pelo proprietário e se restringirá a quantos sejam suficientes para garantir a satisfação do direito objeto da ação.

AQUINO, LUIZ ANTONIO DE GODOY, RICARDO DIP e SALLES ABREU.

São Paulo, 4 de agosto de 2016.

PEREIRA CALÇAS, Corregedor Geral da Justiça e Relator

Ementa: REGISTRO DE IMÓVEIS – ALTERAÇÃO DE ÁREA COMUM CONDOMINIAL – CONVENÇÃO QUE PREVÊ NECESSIDADE DE ANUÊNCIA DA TOTALIDADE DOS CONDÔMINOS PARA TANTO – AUSÊNCIA DE TERMO DE ANUÊNCIA DE UM DOS CONDÔMINOS – NA ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA DE BEM IMÓVEL, AO POSSUIDOR DIRETO FIDUCIANTE COMPETE DAR ANUÊNCIA PARA ALTERAÇÃO DA ÁREA COMUM – RECURSO DESPROVIDO.

VOTO

Cuida-se de recurso de apelação tirado de r. sentença do MM. Juiz Corregedor Permanente do Oficial de Registro de Imóveis e Anexos da Comarca de Indaiatuba, que julgou procedente dúvida suscitada para o fim de manter a recusa a registro de memorial de rerratificação de instituição e especificação de convenção condominial, à míngua de expressa anuência da totalidade dos condôminos.

O apelante afirma, em síntese, que todos os condôminos já haviam consentido, por ocasião de escritura pública de acerto e localização de divisas, com registros, cancelamentos e averbações que se fizessem necessários, de modo que despicienda nova manifestação de anuência por ocasião da rerratificação aludida. Sustenta ser desnecessário o consenso unânime entre os condôminos, quórum que não se coadunaria com a legislação pátria. Pondera que, em casos de alienação fiduciária do imóvel, basta a anuência da instituição financeira fiduciária, fazendo-se despicienda a concordância do possuidor fiduciante com a alteração da convenção.

A Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo desprovimento do recurso.

É o relatório.

Almeja o recorrente o registro do memorial de rerratificação de fls. 8/12, por meio do qual, como se extrai das plantas de fls. 15/18, busca-se alteração da área comum.

Neste passo, o item 3 da Convenção Condominial arquivada no Cartório de Registro de Imóveis expressamente estipula (fls. 108):

Acesso ao Sumário

"Somente por acordo unânime de todos os condôminos, tomado em Assembleia Geral, especificamente convocada para esse fim, poderão ser feitas inovações ou modificações nas coisas de uso comum ou alterados respectivos destinos".

Assim é que se faz de rigor, para registro do memorial em comento, anuência da totalidade dos condôminos. E a exigência de unanimidade não advém, diversamente do quanto sustentado pelo recorrente, de qualquer dispositivo da Lei 4591/64, mas da própria convenção condominial referida, que, neste particular, por traçar quórum qualificado, sobrepõe-se à Lei Civil.

Não basta a tanto a concordância aposta pelos condôminos quando da elaboração da escritura pública de acerto de localização de divisas, lavrada em 21/11/08 (fls. 67/69). Tampouco o teor do respectivo item 7 há de servir de anuência para registros de quaisquer ordens, aí incluídos os de ato que modifique área comum. Com efeito, desarrazoado admitir prévio e genérico consentimento com a prática de atos futuros, de conteúdo, portanto, ignorado quando de sua concessão, especialmente quando se trata de alteração de área comum, cuja gravidade norteou exigência, na convenção condominial, de unanimidade para respectiva aprovação.

Neste passo, os documentos de fls. 54/66 contemplam anuência da quase totalidade das unidades condominiais, exceção feita à de número 31, o que fulmina o requisito de unanimidade estipulado na convenção condominial.

Por fim, nas hipóteses de alienação fiduciária, é o fiduciante adimplente, possuidor direto do imóvel e, pela natureza do instituto, seu potencial proprietário, quem há de, na situação em exame, externar concordância.

Desta feita, bem postada a recusa do Sr. Oficial, nego provimento ao recurso.

Acesso ao Sumário

NOTICIÁRIO

RODRIGO ANTONIO MENEGATTI (Juiz Diretor do Fórum da Comarca de Pacaembu)

Discurso proferido por ocasião da instalação da 2ª Vara da Comarca de Pacaembu (Cerimônia realizada em 28.07.2016)

HOJE É UM **DIA DE JÚBILO** NESTA COMARCA DE PACAEMBU, POIS CONTAMOS COM INSTALAÇÕES (QUASE QUE SEXAGENÁRIAS) QUE JÁ NÃO ATENDEM MAIS AS NECESSIDADES LOCAIS. TEMOS UM ELEVADO NÚMERO DE FEITOS, UMA DISTRIBUIÇAO MENSAL DE QUASE 600 PROCESSOS, 02 UNIDADES DA FUNDAÇÃO CASA, 03 UNIDADES PRISIONAIS EM FUNCIONAMENTO, ALÉM DE MAIS 02 UNIDADES PRISIONAIS EM CONSTRUÇÃO.

A INAUGURAÇÃO DESTA MAJESTOSA OBRA E A INSTALAÇÃO DA 2ª VARA JUDICIAL SE TRADUZ NO DIVISOR DE ÁGUAS PARA A PRESTAÇÃO JURISDICIONAL LOCAL, QUE TEM COMO DESTINATÁRIO PRINCIPAL A SOCIEDADE/CIDADÃOS/JURISDICIONADOS; VAI AO ENCONTRO AINDA AOS NOVOS DESAFIOS DA JUSTIÇA E DO **PROJETO DA JUSTIÇA BANDEIRANTE,** CALCADOS NA MELHOR E MAIS EFICIENTE PRESTAÇÃO JURISCIONAL.

POR ISSO, SENHOR PRESIDENTE, DADO O EMPENHO E PROFICIÊNCIA DE VOSSA EXCELÊNCIA FRENTE A TAL PROJETO (JUSTIÇA BANDEIRANTE), AQUI LEMBRO AS PALAVRAS DO ILUSTRE **POETA PAULO BOMFIM**, QUE BEM RETRATA OS RASTROS QUE VEM (VOSSA EXCELÊNCIA) DEIXANDO NA ADMINISTRAÇÃO DE NOSSO TRIBUNAL. DIZ O MESTRE: “HÁ OS QUE RENUNCIAM A TUDO, HÁ OS QUE SE ADAPTAM A TODOS, PREFERIMOS UMA TERCEIRA SOLUÇÃO: PEGAMOS A VIDA FRENTE A FRENTE, FACE A FACE, SEM FALSOS SONHOS, SEM FUGAS COVARDES, SEM ILUSÕES PARA SUBSTITUIR A REALIDADE”.

ASSIM **DOUTOR PAULO DIMAS**, AGRADECEMOS IMENSAMENTE VOSSA EXCELÊNCIA QUE, À FRENTE DO MAIOR TRIBUNAL DO PLANETA, TEM SE DEDICADO EXTREMAMENTE PARA UMA MELHOR PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. A PRESENÇA DE VOSSA EXCELÊNCIA NESTA COMARCA NOS DEIXA AINDA MAIS ENTUSIASMADOS E ESPERANÇOSOS PARA A CONTINUIDADE DOS TRABALHOS FORENSES NESTA CASA DE JUSTIÇA.

AGRADEÇO TAMBÉM O SR. **PREFEITO MUNICIPAL E O**

GOVERNADOR DO ESTADO DE SÃO PAULO, QUE EM MUITO CONTRIBUÍRAM PARA QUE ESSE MOMENTO ACONTESSECE.

AGRADEÇO TAMBÉM A PRESENÇA DE TODAS AS AUTORIDADES, FUNCIONÁRIOS, POLICIAIS E PÚBLICO EM GERAL, QUE ABRILHANTARAM AINDA MAIS ESTA DATA.

MUITO OBRIGADO A TODOS!

ANDRE GUSTAVO LIVONESI (Juiz da 2ª Vara da Comarca de Lucélia)

Discurso proferido por ocasião da instalação da 2ª Vara da Comarca de Lucélia (Cerimônia realizada em 28.07.2016)

Boa tarde a todos!

Excelentíssimo Senhor Desembargador Paulo Dimas Mascaretti, Presidente do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, em nome de quem, peço licença, para cumprimentar as autoridades e a todos aqueles que prestigiam esse evento.

Hoje é um dia de comemoração. É com imenso orgulho e sensação de felicidade, que a Comarca de Lucélia recebe a todos nessa tarde.

A instalação da 2ª Vara Judicial é a realização do compromisso do Poder Judiciário do Estado de São Paulo de entregar uma prestação jurisdicional célere, eficiente, eficaz e Justa a seus jurisdicionados.

O Poder Judiciário, muitas vezes, é a única, a última esperança e garantia para que a justa pretensão seja satisfeita.

Há uma frase de Rui Barbosa dizendo que: “A Justiça atrasada não é Justiça, senão injustiça qualificada e manifesta”.

Assim, a inauguração desta Vara Judicial tem um significado muito maior do que apenas mais uma unidade. Representa a vontade do Poder Judiciário de se fazer presente, atuante na sua atividade de assegurar ao povo um sentimento de segurança, de confiança e de perspectivas melhores para as novas gerações.

O objetivo é desafiador. Em 2014 foram distribuídos nesta Comarca 5.511 processos, somadas as diversas competências. Em 2015 foram 5.987 e neste ano já se nota novo acréscimo.

Essa perspectiva é confirmada em todo o Estado. Hoje, encontra-se no site do Tribunal de Justiça, uma matéria publicada pela Revista VEJA, na qual consta que foram baixados apenas no mês de junho 302 mil processos, o que representa um acréscimo de 27% em relação ao mesmo mês do ano passado.

É evidente o esforço de magistrados e servidores para fazer frente a essa demanda, sempre crescente. Ela é influenciada por diversos fatores, muitos deles externos e que fogem ao controle do Poder Judiciário.

Mas, se de um lado existem essas dificuldades, de outro há colaboração. Destaco a cooperação do Poder Executivo e Legislativo Municipais, que inclusive fizeram a doação de um terreno ao Tribunal de Justiça, com mais de 13 mil metros quadrados para a construção de um novo Fórum em Lucélia.

Existe o diferenciado comprometimento dos nossos servidores, sempre dispostos a fazer um pouco mais. Registro a colaboração do Ministério Público, das autoridades e advogados.

Há uma frase, atribuída a Madre Teresa de Calcutá, que diz: "Por vezes sentimos que aquilo que fazemos não é senão uma gota de água no mar. Mas o mar seria menor se lhe faltasse uma gota".

E é com a motivação de que cada pessoa receba exatamente aquilo que tem direito, em prazo que se revele útil, prometo os melhores esforços e que o mesmo sentimento de orgulho e de alegria que hoje se faz presente, será renovado a cada dia.

Por fim, gostaria de registrar uma homenagem à 30ª Circunscrição Judiciária - Tupã, liderada por muitos anos pelo juiz Reinaldo Mapelli e hoje pelo Juiz Paolo Pellegrini Junior, responsáveis por nortear o compromisso de magistrados e servidores com os valores do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Pela atenção e presença de todos, meus sinceros agradecimentos.

Acesso ao Sumário

REGINALDO CESAR FAQUIM (Promotor de Justiça)

Discurso proferido por ocasião da instalação da 2ª Vara da Comarca de Lucélia (Cerimônia realizada em 28.07.2016)

Excelentíssimo Senhor Doutor PAULO DIMAS DE BELLIS MASCARETTI, DD. Presidente do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, na pessoa de quem saúdo todas as dignas Autoridades já nomeadas

pelo Cerimonial,

Excelentíssimo Senhor Doutor JOÃO PAULO GIOVANINI GONÇALVES, DD. Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado de São Paulo, na pessoa de quem saúdo todos os Ilustres servidores do Ministério Público, que com Vossa Excelência e comigo cumprem o mister do Ministério Público na Promotoria de Justiça de Lucélia: Analistas Carlos e Lucas; Oficial Sérgio; Estagiários Nathália, Caique e Caio,

Excelentíssimo Senhor Doutor Fernando Galindo Ortega, DD. Promotor de Justiça de Tupi Paulista, amigo de longa data,

Excelentíssimo senhor Doutor Sidnei Alzídio Pinto, em nome de quem cumprimento os Advogados da Ordem dos Advogados do Brasil,

Servidores do Poder Judiciário e cidadãos presentes. Recebam, todos, a saudação do Ministério Público.

É dia de celebração. É instalada a Segunda Vara Judicial da Comarca de Lucélia.

Estamos felizes!

A data é marcada por esta memorável conquista dos cidadãos de Lucélia, Inúbia Paulista e Pracinha.

Alegra a nós, senhor Presidente, que trabalhamos nesta Comarca de Lucélia, saber que com outras comarcas vizinhas compomos a microrregião que é a mais pacífica do Estado de São Paulo e a sexta mais pacífica do País (Dados divulgados pelo IPEA[1] em março deste ano, dados estatísticos de 2014). Não é algo que se consiga facilmente. A esse respeito, peço licença para fazer créditos aos integrantes das Polícias Civil e Militar desta microrregião; membros do Poder Judiciário e do Ministério Público e seus Servidores; Advogados; e, permitam-me, à Assistência Social profissionalizada e qualificada que começa a ser reconfigurada e consolidada no Brasil à partir da LOAS - L ei Orgânica da Assistência Social.

Acesso ao Sumário

Também não há como não celebrar alguns resultados alcançados pelo Poder Judiciário nesta Comarca de Lucélia nos últimos anos, como (i) ágil destinação legal de objetos apreendidos e de processos físicos findos, contribuindo para a otimização do reduzido espaço existente; (ii) a acentuada redução do acervo dos processos judiciais; (iii) a redução do tempo de espera em pauta das audiências – atualmente em apenas dois meses; (iv) o julgamento de todos os processos do Júri em tempo preparados; (v) o julgamento de diversos processos de apuração de responsabilidade por atos de improbidade administrativa, que tanto assolam a sociedade.

1 Instituto de Pesquisas Econômicas Avançadas, Mapa da Violência.

São resultados grangeados através da abnegação de honrados Juízes e servidores em exercício ou que já passaram por esta Comarca, apesar da intensa distribuição diária de processos e das mais variadas e relevantes questões trazidas à solução do Poder Judiciário.

Mas não é apenas a tão almejada celeridade processual – obtida com êxito nesta Comarca – que deve nos inspirar. Antes, devem guiar-nos, atuando de forma a atingi-los, os ideais que constituem a essência da realização da Justiça. Em última análise, (i) Dar a cada um o que é seu; (ii) rechaçar as pretensões ilegítimas; (iii) impedir lesões a Direitos.

E quanto à persecução desses ideais, deixa-nos felizes a instalação da Segunda Vara, pois é natural que ainda existam desafios a ser enfrentados e é claro outros também surgirão. Mas agora as forças são redobradas e a confiada esperança é de que todos os problemas serão enfrentados e vencidos.

Por oportuno, apresento efuzivas congratulações, pela relevante atuação nesta Comarca, aos Juízes Doutor André Gustavo Livonesi, em sua anterior passagem como juiz substituto e que agora assume a titularidade da Segunda Vara Judicial; e ao Doutor Fábio Renato Mazzo Reis, juiz titular da Primeira Vara Judicial.

Cumprimento também a valorosa classe dos Advogados, permitindo-me a observação de que a realidade vivenciada nesta comunidade demonstra que é possível exercício de funções independentes (Advocacia, Ministério Público e Magistratura) sem que se renuncie à indispensável harmonia entre todos e do respeito de um ao outro.

Congratulo-me, enfim, com os servidores que já passaram e os em exercício nesta Comarca. E ao ensejo em que os saúdo, peço licença, encontrando-me ainda em tempo, para homenagear um dos seus pares recentemente aposentado, por tantos anos dedicados ao serviço do Poder Judiciário: O ilustre bacharel Adilson Pereira de Souza.

Para concluir, os nossos votos são de que a atuação de cada um de nós evolua a atingir os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Senhor Presidente, receba o Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo os cumprimentos do Ministério Público do Estado de São Paulo!

Muito obrigado a todos.

Acesso ao Sumário

LUIZ FERNANDO VAGGIONE (Desembargador)

Discurso proferido por ocasião de sua posse como Desembargador do Tribunal de Justiça de São Paulo (Solenidade realizada em 02.08.2016)

Excelentíssimo Senhor Presidente do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Desembargador **Paulo Dimas de Bellis Mascaretti**, na pessoa de quem saúdo todas as autoridades presentes à mesa, previamente anunciadas pelo Cerimonial.

Saudações também são dirigidas aos Excelentíssimos Senhores Desembargadores, Juízes de Direito, Advogados, Defensores Públicos, membros do Rotary Club Internacional, que honram com sua presença esta solenidade de posse.

Saúdo os membros do Ministério Público, Promotores e Procuradores de Justiça, com os quais tive o privilégio de conviver nesses 32 anos de carreira.

Aos meus familiares, o meu carinho.

Senhoras e Senhores:

Ao me preparar para elaborar o presente discurso, recordei-me de todo o caminho percorrido até hoje. Os dias, meses e anos sucederam-se sem que eu percebesse, deixando para trás recordações. Algumas delas ligadas a momentos difíceis, mas também de muitas outras ensejadoras de grande satisfação com a plena realização do trabalho profissional. Foi nesse estado de espírito que me lembrei do momento em que ingressei no Ministério Público do Estado de São Paulo e do quanto esse fato transformou minha vida e de minha família.

Portanto, minhas palavras iniciais são dedicadas ao Parquet paulista e aos meus colegas de carreira. Foram 32 anos de muitos desafios, de muito aprendizado, de árduo trabalho, com o consequente crescimento pessoal e profissional.

Acesso ao Sumário

À Instituição agradeço a concessão de autorização para a realização de curso fora do Brasil, por meio do qual obtive acesso à sabedoria de renomados professores, exposta em aulas, conferências e congressos, já que à época a Itália preparava-se para a entrada em vigor de seu novo Código de Processo Penal. Foi nesse contexto que também realizei estágio junto à Magistratura italiana, observando a preocupação com o combate ao terrorismo e, notadamente, contra as organizações criminosas de cunho mafioso. Não posso deixar de sublinhar o acesso direto à cultura, nas suas variadas manifestações, como poder transformador de meu olhar, de minhas reflexões e, consequentemente, de meu crescimento como pessoa.

Ao retomar minhas funções, busquei incorporar os novos conhecimentos

e experiências no cotidiano da atividade do Parquet.

Designado pela Procuradoria Geral de Justiça, assumi funções de assessoria na direção da Escola Superior do Ministério Público, reconhecidamente profícuo período de crescimento profissional. Com os colegas que iniciavam a Carreira, frequentando os Módulos da Escola Paulista do Ministério Público, renovei a esperança no triunfo da Justiça e o desejo de trabalhar para uma sociedade melhor.

Do Ministério Público do Estado de São Paulo levo a lembrança dos julgamentos no Tribunal do Júri, inicialmente na Comarca de Jundiaí, e, mais tarde, no Fórum Criminal da Comarca da Capital.

Carrego comigo a valiosa experiência de trabalho – já na segunda instância – vivenciada no Setor de Recursos Extraordinários e Especiais Criminais, com equipe competente e colaborativa, o que me possibilitou vivenciar uma das melhores experiências de trabalho na Instituição.

Agradeço também aos nossos funcionários, pois sem a competência e dedicação deles seria impossível levar a bom êxito a missão do Ministério Público.

Enfim, deixo o Ministério Público sem jamais esquecer sua importância em minha vida!

Com o tempo surgiu em mim a vontade de assumir novos desafios e, desde o primeiro momento, recebi o apoio e o encorajamento necessários ao bom desfecho do processo seletivo para o preenchimento de vaga neste Egrégio Tribunal de Justiça, destinada ao Quinto Constitucional do Ministério Público.

Nada se consegue solitariamente.

Para não parecer injusto, peço a compreensão para não nomear todos aqueles que me auxiliaram na conquista do cargo cuja posse hoje se celebra. Essas pessoas são sabedoras do meu reconhecimento e eterna gratidão. O incentivo e apoio dos amigos do Setor de Recursos Extraordinários do Ministério Público, da Procuradoria de Justiça, do Órgão Especial do Colégio de Procuradores, da Corregedoria Geral do Ministério Público, de integrantes do Conselho Superior, de colegas Promotores e Procuradores de Justiça e de integrantes da Magistratura paulista, foram fundamentais. A todos o meu respeito, minha gratidão e a minha lembrança.

De agradecimento e profundo respeito também são as palavras dirigidas aos ilustres Desembargadores do Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Agradeço aos meus pais Gilberto e Iracema. Com eles aprendi que o estudo, o trabalho e a retidão de caráter são ferramentas indispensáveis para

Acesso ao Sumário

o sucesso pessoal e profissional. Aos meus pais, hoje aqui presentes, o meu carinho e o reconhecimento da dedicação à minha formação.

Palavras especiais de gratidão e afeto ofereço à minha esposa Maria de Lourdes, incansável batalhadora, companheira em todos os momentos de minha vida nessa convivência de 40 anos. Sem sua sabedoria, inteligência, compreensão e apoio seria impossível alcançar tão prestigiosa conquista.

Com minhas filhas, Maria Fernanda e Maria Luísa, compartilho a felicidade desse momento e peço-lhes a compreensão pelas horas subtraídas do convívio familiar em razão das exigências profissionais.

Registro, derradeiramente, o meu respeito aos colegas que participaram do processo de seleção ao cargo no qual ora sou empossado. Suas qualidades pessoais e profissionais engradeceram a disputa e tornaram esse relevante momento ainda mais singular.

Ao receber a notícia da nomeação, em telefonema pessoal de Sua Excelência, o Governador Geraldo Alckmin, agradeci e disse que a honraria prestando um serviço público de qualidade à população de São Paulo.

Portanto, não pouparei esforços para responder às manifestações de apoio e reconhecimento, desdobrando-me para bem desempenhar minhas novas atribuições.

Tudo farei para dignificar o Tribunal de Justiça de São Paulo, desempenhando com discrição, zelo, competência, equilíbrio, coragem e senso de Justiça, as causas a mim submetidas para julgamento.

É o que almejo concretizar, com muita dedicação pessoal. Tenho a certeza que contarei com o apoio dos Órgãos Superiores do Tribunal de Justiça de São Paulo, com a experiência pessoal e profissional dos ilustres integrantes dessa Colenda Corte e com o auxílio da minha equipe de Gabinete, na tarefa de bem julgar.

Obrigado a todos pela presença, atenção e manifestações de contentamento e apoio à minha pessoa e ao ato que hoje celebramos.

EROS PICELI (Desembargador)

Discurso proferido por ocasião da inauguração de sua imagem na galeria de retratos da Vice-Presidência do Tribunal de Justiça de São Paulo (Cerimônia realizada em 04.08.2016)

Desembargadores, Juízes, Membros do MP, da Advocacia, das Polícias, Servidores deste nosso Poder Judiciário, sras. e srs.,

Meus amigos,

Para cerimônia singela, como esta, as palavras devem ser também simples, e principalmente breves, como sempre entendi.

Por dois anos exerci no TJ o cargo de Vice-Presidente. Neto de quatro avós italianos e imigrantes, aportados em São Paulo no final no século XIX, Carlo e Maria, Carlo e Catharina, filho de José e Maria, Deus me concedeu muitas dádivas. Servi à Força Pública do Estado, onde ingressei criança, com 15 anos, e saí homem, depois de 11 anos.

Com a Faculdade de Direito, ingressei no MP do Estado de SP, onde permaneci por três anos. Na magistratura, novo concurso, já estou há mais de 37 anos.

Faço este retrospecto para passar aos senhores a experiência vivida em cargo de direção do TJ. Aprendi que, longe do exercício do Poder, na expressão errada da palavra, aprende-se a exercer o Dever de prestar serviços sempre melhores à sociedade. Convivi com grandes homens, Renato Nalini, Sergio Rezende, Hamilton Akel, Artur Marques, Geraldo Pinheiro Franco, Ricardo Anafe, a quem aprendi a respeitar. Aprendi mais, que o exercício da Vice-Presidência, assim como de todos os demais cargos do Conselho Superior da Magistratura, exige do seu ocupante uma visão macroscópica do Poder Judiciário, nem sempre restrita a esta ou aquela situação peculiar deste ou daquele juiz ou servidor. Exige coragem de seus integrantes para muitas vezes dizer não. Afinal, servimos não a este ou aquele grupo de pessoas, mas ao TJ, ao Poder Judiciário, ao Estado, ao Brasil. Esta visão também permite estabelecer metas de trabalho para cada vez mais promover a inclusão completa do Judiciário Paulista nos princípios de moralidade e de ética, tantas vezes propagada, algumas vezes não seguida. Serviu, enfim, para me preparar melhor para a jornada da vida.

Permitiu conhecer o trabalho dos juízes, de 1º e de 2º graus, não há diferença substancial no trabalho de cada qual, que lutam arduamente e enfrentam todos os dias o volume massacrante de processos, que só faz crescer. Mas, não se esqueçam os nossos críticos, o Judiciário Paulista muito faz. Os processos, na sua grande maioria, têm curso razoável e têm fim, claro que com as sempre presentes exceções. Eu preciso fazer um agradecimento especial a todos os juízes do Estado, que enfrentam o trabalho de peito aberto, e não esmorecem. Eu preciso agradecer a todos os servidores pelo apoio que prestam aos juízes, na atividade jurisdicional.

Mas, como disse no início, as palavras devem ser simples, portanto, curtas, e termino para agradecer com sinceridade a todos os servidores que se dedicaram intensamente a essa Vice-Presidência, o que faço na pessoa da

Acesso ao Sumário

Diretora Rosana de Souza, a meus juízes assessores, Alice Galhano Pereira da Silva, Ana Cláudia Dabus Guimarães e Souza de Miguel, Carlos Henrique André Lisboa, sem os quais impossível prosseguir no trabalho e desenvolver outros, como a digitalização de toda a Vice, da Comissão Processante, da criação de súmulas.

Finalmente, não posso deixar de agradecer a Deus por ter me dado a conhecer e viver com minha esposa, Ana Maria, com 49 anos de início de namoro amanhã, dia 5 de agosto, meu filho Eros, casado com Alessandra, meu filho Rui, casado com Roberta, meus netos João Pedro e Lara, nossas luzes, além de minha mãe Maria.

E a todos os presentes, meu muito obrigado pela presença.

ALEXANDRE MIURA IURA (Juiz de Direito)

Discurso proferido por ocasião da inauguração do prédio do Judiciário e da instalação do Juizado Especial Cível da Comarca de Salesópolis (Cerimônia realizada em 05.08.2016)

Excelentíssimo Senhor Presidente do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Desembargador Paulo Dimas de Bellis Mascaretti, em nome de quem peço vênia para cumprimentar todos os presentes.

A inauguração de hoje é uma grande conquista para Salesópolis. Hoje temos um Fórum à altura da cidade, onde a população pode ser atendida com conforto e dignidade.

Senhor Presidente Paulo Dimas, gostaríamos de parabenizá-lo pela Gestão Participativa que tem sido uma marca de sua Administração. A sua presença nesta solenidade muito nos honra.

Acesso ao Sumário

Registramos nossos agradecimentos ao Desembargador José Renato Nalini, atual Secretário de Estado da Educação, pela sensibilidade em 2015 ao reconhecer a necessidade de um novo prédio para Salesópolis.

Gostaríamos de externar nossos sinceros agradecimentos ao Desembargador Roberto Galvão de França Carvalho, exemplo de magistrado íntegro e firme, que ano passado muito gentilmente do alto de sua experiência nos apontou os passos a serem trilhados para esta mudança.

Agradecemos ao Desembargador Paulo Ayrosa, Coordenador da 46ª Circunscrição Judiciária por levar à Presidência do Tribunal de Justiça as

vicissitudes que enfrentávamos no prédio anterior.

Consignamos nossos agradecimentos ao Deputado Estadual Estevam Galvão por todo o apoio bem como pelo empenho na aprovação da Lei Complementar 1.274 de 17 de setembro de 2015 pelo qual Salesópolis foi elevada à categoria de Comarca. Agradecemos por sua atenção aos Projetos de Lei que primam pelo aprimoramento do Poder Judiciário, notadamente ao PLC 24/2016, que irá viabilizar uma melhor prestação da atividade jurisdicional em diversas cidades de nossa região, tais como Jacareí, São José dos Campos, Mogi das Cruzes e Suzano.

Agradecemos ao Armando Luis Pires e a toda sua equipe de trabalho que durante as adaptações deste prédio às premissas construtivas do Tribunal de Justiça em muitos pontos foram além do que lhe eram exigidos em contrato, como por exemplo no pergolado externo, no material das paredes, no climatizador evaporativo, e na iluminação em LED no piso superior.

Agradecemos de forma muito especial ao Juiz Diretor da 9ª Região Administrativa Judiciária, Doutor Flavio Fenoglio Guimarães, cuja atuação foi decisiva para a conquista de hoje ao interceder por Salesópolis perante a Administração do Tribunal na Capital.

Agradecemos ao Doutor Érico Di Prospero Gentil Leite que quando Diretor da 9ª Região Administrativa Judiciária nos apoiou nesta empreitada, vindo diversas vezes até aqui para tratar deste prédio.

Externamos também nossos agradecimentos ao Doutor Carlos Gutemberg de Santis Cunha, Titular da 4ª Vara Criminal de São José dos Campos, que nos deu sugestões valiosas neste prédio.

Agradecemos também aos juízes Mario Sérgio Leite e Fernando Bartolleti, que em todos os momentos nos prestaram todo apoio necessário para a concretização desta mudança.

Gostaríamos de compartilhar a alegria de hoje com nossa antecessora em Salesópolis, Doutora Barbara Syuffi Montes, com a certeza de que este momento também é fruto de seu trabalho.

Agradecemos ao Prefeito Benedito Rafael da Silva por estar conosco em novembro de 201 5 quando fomos expor a situação de Salesópolis à Presidência do Tribunal.

Deveras, neste momento também destacamos o apoio do Vereador Paulo Arouca Sobreira, então Presidente da Câmara, do Vereador Sérgio dos Santos, atual presidente da Câmara, e dos vereadores Claudinei José de Oliveira, Benedito Lélis Renó, Sandra Regina de Assis, Paulo Roberto de Faria, Mario Barbosa Pinto, Francisco Marcelo de Morais Correa, Edney Campos dos Santos, Cristian Luiz Candelária, e Deise Aparecida Corrêa Duque.

Acesso ao Sumário

Agradecemos também ao Eduardo Alcântara, Secretário de Administração do Tribunal de Justiça, ao Diretor da SAD 1 Sílvio Ronaldo Geishofer, à Coordenadora da DARAJ Patrícia Consiglio Figueiredo, ao Carlos Eduardo Alves de Castro da STI, pela atenção dada à Salesópolis. Destacamos também o trabalho diligente da Célia, da Ana, do João, da Alessandra e do Manoel aqui de Salesópolis pela inestimável colaboração neste prédio.

A inauguração de hoje é fruto do trabalho árduo de muitas pessoas. A todos que trabalharam para esta inauguração, nossos sinceros agradecimentos. Muito obrigado.

LETÍCIA LOURENÇO PAVANI (Promotora de Justiça)

Discurso proferido por ocasião da inauguração do prédio do Judiciário e da instalação do Juizado Especial Cível da Comarca de Salesópolis (Cerimônia realizada em 05.08.2016)

Cumprimento todas as autoridades presentes na pessoa do Excelentíssimo Senhor Desembargador Presidente do Egrégio Tribunal de Justiça Bandeirante, o que faço na pessoa do Excelentíssimo Senhor PGJ – que não pode comparecer ao evento por compromissos anteriormente assumidos.

Sinto-me privilegiada em poder usufruir deste feito, pois **assumi** cargo em data recente, junho de 2016, e logo em julho mudamos de prédio.

A sociedade de Salesópolis de certo ganhará muito com as novas instalações do Fórum deste Foro Distrital, uma vez que **o local antigo não atendia as normas básicas de acessibilidade**, o que de certo já trouxe muitos dissabores àqueles com dificuldade de locomoção bem como com deficiência, uma vez que o acesso à sala de audiências era feito por uma escada íngreme. O novo prédio de certo permite **melhores condições de trabalho aos servidores** o que refletirá na prestação de seus serviços e atendimento ao cidadão desta cidade.

Acesso ao Sumário

Parabenizo ao Excelentíssimo Magistrado, Dr. ***Alexandre Miura***, que em tão pouco tempo de convivência já pude perceber o quão atuante e preocupado com as questões da sociedade a refletir na excelência de seu trabalho. Aproveito o ensejo para de igual modo firmar esse compromisso para com essa cidade.

Não poderia deixar de observar e parabenizar ao Dr. Paulo Dimas e aos demais responsáveis pela adm. do TJ pelo excelente trabalho realizado, uma vez que diante do **momento orçamentário atual**, com recursos escassos, conseguiu inaugurar e estruturar este prédio, o que denota a excelente gestão dos recursos

públicos. Não poderia deixar de observar e agradecer pela excelente atuação junto ao Congresso Nacional buscando coibir as manobras que tentam diminuir e retirar a força e autonomia do Judiciário e do Ministério Público, a exemplo do Projeto de Lei 257.

Espero sinceramente que todos que venham a adentrar esse fórum possam encontrar a realização da mais lídima justiça.

Deus nos abençoe nesse lugar.

JOZELITO RODRIGUES DE PAULA (Presidente da 81ª Subseção da Ordem dos Advogados do Brasil – Mauá)

Discurso proferido por ocasião da inauguração das novas unidades judiciais da Comarca de Mauá (Cerimônia realizada em 19.08.2016)

Senhoras e Senhores, Autoridades, Advogadas e Advogados, e demais presentes;

Exmo. Sr. Presidente do Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo – Desembargador Dr. Paulo Dimas de Bellis Mascaretti;

Exma. Sra. Juíza de Direito – Diretora do Fórum de Mauá – Dra. Maria Eugênia Pires Zampol, em nome da qual cumprimento a todos Magistrados, Desembargadores e Promotores aqui presentes;

Exmo. Sr. Presidente da Ordem dos Advogados do Brasil, Seção São Paulo – OAB SP – Dr. Marcos da Costa, neste ato representado pelo Exmo. Sr. Conselheiro Seccional Dr. Luiz Sílvio Moreira Salata;

Exmo. Sr. Prefeito do Município de Mauá – Dr. Hélcio Silva;

Exmo. Sr. Deputado Estadual Atila Jacomussi (aqui da nossa cidade de Mauá) em nome do qual cumprimento aos demais deputados e vereadores presentes;

Exmos Senhores Juízes empossados para as novas varas, que estão sendo inauguradas:

Dr. Marcus Vinícius Onodera – Juiz da 1ª Vara da Família e Sucessões;

Dr. Marcos Alexandre Santos Ambrogi – Juiz da 2ª Vara da Família e Sucessões;

Dr. Daniel Serpentine – Juiz da Vara do Júri, Execuções Criminais,

Infância e Juventude;

Exmo. Sr. Presidente da 7ª Turma de Ética e Disciplina – TED do ABCDMR, e ex- conselheiro Seccional, Dr. Sidney Levorato, em nome do qual cumprimento aos demais Conselheiros Seccionais;

Exmo. Sr. Presidente da OAB Ribeirão Pires – Dr. Ricardo Risck, em nome do qual cumprimento os demais presidentes das OABs da região do grande ABCDMR;

Ilmos. Diretores da OAB Mauá: Danilo Sanjiorato – Vice

Dagmar Ramos Pereira – Sec Geral

Adrima Galvano da Cruz – Sec Geral Adjunta

Edinilson de Sousa Vieira – tesoureiro, em nome dos quais cumprimento a todos os Advogados e Advogadas aqui presentes.

Inicio minha fala com uma mensagem de agradecimento ao Exmo. Sr. Presidente do E. Tribunal de Justiça **Dr. Paulo Dimas de Bellis Mascaretti**, pelo rápido atendimento aos anseios da nossa Comarca de Mauá, principalmente ao pedido feito pela OAB Mauá, no que tange a instalação das Varas criadas recentemente, e hoje aqui sendo inauguradas suas respectivas instalações, quais sejam:

1ª e 2ª Varas da Família e das Sucessões, e uma Vara mista que acumulará: Júri, Execuções Criminais, Infância e Juventude.

Ressaltando que haverá apenas uma Secretaria para atender as duas varas da família e uma outra Secretaria para atender Vara mista.

Portanto, com a efetiva instalação das varas ora citadas, nossa Comarca de Mauá, seus jurisdicionados, advogados e o público em geral, terão um benefício extraordinário, visto que tal medida certamente trará brevidade no andamento dos processos e consequente celeridade da justiça.

Senhoras e Senhores,

Preciso ressaltar também, que esse esforço não foi somente da OAB Mauá, pois, tivemos um apoio relevante do nosso Deputado Estadual Atila Jacomussi, que agendou reunião com o Exmo. Presidente do TJSP Dr. Paulo Dimas, onde pudemos colar a situação real de Mauá e pedir a rápida instalação das Varas hoje inauguradas.

Da mesma forma agradecemos ao Prefeito de Mauá (licenciado) Donisete Braga, hoje aqui representado pelo colega Dr. Hélcio, que, na ocasião, juntamente com o Conselheiro Dr. Sílvio Salata e membros de nossa Diretoria, estiveram também em reunião com Digníssimo Presidente do TJ, para o mesmo fim.

Portanto, só temos a agradecer a todos que de forma direta ou indireta colaboraram no sentido de que tal benesse para nossa justiça mauaense acontecesse.

Ínclito Presidente,

Estamos muito satisfeito com as instalações das referidas Varas hoje na nossa Comarca de Mauá, que mais uma vez agradecemos o vosso empenho. Todavia, como foi explanado à Vossa Excelência, em uma das reuniões em seu Gabinete, é importante ressaltar também, que na Comarca de Mauá existe apenas um **Anexo Fiscal**, onde tramitam aproximadamente 129.000 (cento e vinte e nove mil) processos. Sendo 7.000 (sete mil) processos da Fazenda Estadual e 122.000 (cento e vinte e dois mil) processos da Fazenda Municipal (incluído aproximadamente 3.000 três mil processos da SAMA – Autarquia Municipal que cuida do fornecimento de água/esgoto). E que há apenas seis servidores (incluindo a diretora e chefes) lotados na respectiva Secretaria do dito Anexo para atender tal demanda, o que é humanamente impossível, diante da enorme demanda, uma vez que o ideal seriam dezesseis servidores.

Diante do exposto, reitero à Vossa Excelência, que seja analisada a possibilidade de disponibilizar para o referido Anexo Fiscal, mais servidores, para que seja atendida a demanda, dando efetiva celeridade processual e rápida recuperação das receitas, tanto do Estado, quanto do Município de Mauá.

Por fim, quero consignar que este ano, estamos comemorando os 35 anos de instalação da OAB Mauá, motivo pelo qual, agradecemos também a todos os advogados e advogadas e aos servidores da justiça de nossa Comarca, que vem nos ajudando, seja de forma direta ou indireta, em prol do fortalecimento da advocacia e engrandecimento de nossa Instituição, enfim todos com objetivo de uma OAB cada dia melhor e sempre em sintonia com o poder judiciário!

Por derradeiro, quero lembrar de uma mensagem de Augusto Cury, que diz:

"Desejo que você:
Não tenha medo da vida, tenha medo de não vivê-la.
Não há céu sem tempestades, nem caminhos sem acidentes.
Só é digno do pódio quem usa as derrotas para alcançá-lo.
Só é digno da sabedoria quem usa as lágrimas para irrigá-la.
Os frágeis usam a força; os fortes, a inteligência.
Seja um sonhador, mas una seus sonhos com disciplina,
Pois sonhos sem disciplina produzem pessoas frustradas.
Seja um debatedor de idéias. Lute pelo que você ama."
(Augusto Cury)

Amamos a Justiça!

Muito obrigado!

LUIS AUGUSTO FREIRE TEOTÔNIO (Juiz Diretor da 6ª RAJ)

Discurso proferido por ocasião da instalação da Nomenclatura do prédio da 6ª RAJ (Cerimônia realizada em 25.08.2016)

SENHOR PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO, DES. PAULO DIMAS DE BELLIS MASCARETTI;

SENHOR DESEMBARGADOR IVAN SARTORI;

SENHOR JUIZ ASSESSOR CHEFE DO GABINETE CIVIL DA PRESIDÊNCIA, DOUTOR FERNANDO BARTOLETTI;

SENHOR JUIZ DIRETOR DO FORO DE RIBEIRÃO PRETO, DOUTOR PAULO GENTILE;

SENHOR PRESIDENTE DA OAB, DOUTOR DOMINGOS STOCCO;

SENHORES JUÍZES DA REGIÃO ADMINISTRATIVA, DEMAIS AUTORIDADES;

SENHORAS, SENHORES, SERVIDORES;

FAMILIARES DO HOMENAGEADO DINIR SALVADOR ROCHA.

Hoje é um dia especial. Dia que a Sede da 6ª Região Administrativa Judiciária (Ribeirão Preto) é batizada formalmente com o nome do Juiz Dinir Salvador Rocha.

Tal denominação surgiu com o assento regimental do Órgão Especial do E. Tribunal de Justiça de São Paulo, datado de 11 de dezembro de 20l3, subscrito pelo ex-Presidente, Des. Ivan Sartori, presente nesta cerimônia.

Hoje, pelas mãos do Senhor Presidente, Des. Paulo Dimas, que determinou se efetivasse a denominação, tal é feito.

Acesso ao Sumário

Trata-se de um reconhecimento. Reconhecimento por parte do Tribunal de Justiça, por mais de 20 anos de judicatura do Juiz Dinir Salvador Rocha, com início no ano de 1968, quando nomeado Juiz Substituto da Circunscrição Judiciária de Ribeirão Preto.

Judicatura realizada, em quase toda sua totalidade na Região administrativa de Ribeirão Preto, tendo passado pelas Comarcas de Nuporanga, Batatais, Morro Agudo e Orlândia.

Em Orlândia, em especial, onde permaneceu por vários anos, foi o Juiz Dinir fundador da Guarda Mirim, tirando das ruas crianças necessitadas, preocupando-se com um dos maiores dramas sociais das sociedades modernas.

Dizia o homenageado, inclusive o fez em discurso quando recebeu o título de Cidadão Orlandino, que a cidade, pertencente a nossa Região Administrativa, foi sua escola de vida, seu laboratório de experiências sociais, onde começou a se preocupar com o menor carente e seus dramas.

Formado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, por vocação, iniciou carreira na magistratura em 1968, ao lado do Ministro Peluso, do Supremo Tribunal Federal e teve, em seguida, como seu Juiz Substituto, o Desembargador Ivan Sartori.

Recebe, Senhor Presidente, Des. Paulo Dimas, o Juiz Dinir Salvador Rocha, merecida homenagem.

Muito além de um ato administrativo de atribuição. Trata-se de verdadeiro mecanismo de construção da memória histórica, uma vez que é eleito pelo Poder Judiciário, através do Tribunal de Justiça, como personalidade para ser perenizado na lembrança coletiva.

Batizar um espaço público é uma das possibilidades de que o titular da homenagem não venha a ser esquecido, dentro ou fora dos círculos especializados.

Uma vez formalizada, tem a homenagem o potencial de incorporar fatos e personagens históricos em dados da vida cotidiana.

Não somente os seus pares, os Juízes, doravante, mas quaisquer outras pessoas, transeuntes mesmo, poderão observar a denominação dada ao Prédio da Região Administrativa e constatar a importância do Juiz Dinir Salvador Rocha, ao entrar para a memória de nossa Região Administrativa, e consequentemente, do Poder Judiciário bandeirante.

Imagino, Senhor Presidente, nesse momento, o orgulho de seus familiares, em especial a Senhora Maria do Carmo Rios da Rocha e dos filhos Dinir Salvador Rios da Rocha e Taciana Glaura Rios da Rocha, ao lembrarem do homenageado, sabedores que seu nome foi emprestado a batizar Prédio sede de Região Administrativa, que agrega 48 Comarcas e quase 200 Juízes de Direito.

Nós, da 6ª Região Administrativa Judiciária de Ribeirão Preto, incluindo aqui o Dr. Sylvio Ribeiro de Souza Neto, atualmente na Assessoria da E. Presidência, compartilhamos desse imenso orgulho, com votos de felicitações à honrada família, bem assim a cúpula do Poder Judiciário bandeirante, na pessoa do Senhor Desembargador Presidente, Paulo Dimas de Bellis Mascaretti.

Muito obrigado.

Acesso ao Sumário